

PROVINCIA: RÍO NEGRO

LOCALIDAD: VIEDMA

FUERO: PENAL

EXPTE.Nº: 17639/02 STJ

SENTENCIA Nº: 64

PROCESADO: MASSACCESI HORACIO

DELITO: VIOLACIÓN DE LOS DEBERES DE FUNCIONARIO PÚBLICO

OBJETO: RECURSO DE CASACIÓN

VOCES:

FECHA: 09-04-03

FIRMANTES: LUTZ - SODERO NIEVAS - BALLADINI EN ABSTENCIÓN (NO FIRMA POR COMISIÓN DE SERVICIOS)

///MA, de abril de 2003.-

----- Habiéndose reunido los señores miembros del Superior Tribunal de Justicia doctores Luis A. Lutz, Víctor Hugo Soderó Nievas y Alberto Ítalo Balladini, con la presidencia del primero y la asistencia del señor Secretario doctor Francisco Antonio Cerdera, en las presentes actuaciones caratuladas: "LARREGUY, Carlos s/Denuncia s/Casación" (Expte.Nº 17639/02 STJ), y concluida la deliberación, se transcribe a continuación el acuerdo al que se ha arribado en conformidad con las prescripciones del art. 438 del C.P.P., planteándose la siguiente:-----

C U E S T I Ó N

----- ¿Es procedente el recurso deducido?-----

V O T A C I Ó N

Los señores Jueces doctores Luis Lutz y Víctor Hugo Soderó Nievas dijeron:-----

-----1.- Mediante sentencia interlocutoria Nº 51, de fecha 25 de Abril de 2002, la Cámara en lo Criminal de la Primera Circunscripción Judicial resolvió -en lo pertinente- hacer lugar a la apelación interpuesta por el Ministerio Público Fiscal y revocar la decisión que dispone el sobreseimiento de Horacio Massaccesi en relación con los hechos nominados tercero y quinto.-----

-----2.- Contra dicho pronunciamiento la defensa de la parte mencionada interpone

recurso de casación, que fue desestimado por el a quo a fs. 3302/3303. Esto motiva la queja ante este Cuerpo, a la que se hace lugar. Por Presidencia se dispone que el expediente quede en Oficina por el plazo de diez días para su examen por los

///2.- interesados. El señor Procurador General emite su dictamen a fs. 3310/3311, luego de lo cual, producida la audiencia prevista por los arts. 434 y 437 C.P.P., los autos quedan en condiciones para su tratamiento definitivo.- - -

-----3.- Con el fin de fundar la habilitación del recurso en tratamiento señalamos que no desconocemos jurisprudencia según la cual la revocación de un sobreseimiento definitivo no reúne la calidad de sentencia definitiva, tal como fue citado por el señor Procurador en su dictamen.- - - - -

----- Empero, entendemos que tal postura constituye un principio general, una regla, que cede ante supuestos excepcionales como el de autos.- - - - -

----- En este sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que "[e]s improcedente el recurso extraordinario deducido contra la resolución que revocó el sobreseimiento definitivo y dispuso que se practique la audiencia señalada por el art. 591 del Código de Procedimientos en Materia Penal. Ello es así, pues las resoluciones cuya consecuencia sea la obligación de seguir sometido a proceso criminal no reúnen, por regla, la calidad de sentencia definitiva a que se refiere el art. 14 de la ley 48"(CSJN, "GOIJMAN", Se. del 05-02-87).- - - - -

----- Interpretamos que la cuestión traída a consideración por la señora Defensora debe ser atendida en la primera oportunidad posible, pues -de lo contrario- la prosecución del trámite tendría como consecuencia frustrar el derecho invocado, dado que su reparación sería tardía.- - - - -

----- Ello atento a que la recurrente -en tanto habilita la jurisdicción del Tribunal al impedir la firmeza de la

///3.- decisión atacada- permite advertir a este Superior Tribunal de Justicia, luego de la lectura del expediente, graves defectos en el trámite procesal declarables de oficio -art. 160 2º párrafo C.P.P.-, que, de no ser atendidos en esta ocasión, tendrían como consecuencia para el imputado someterlo, y mantenerlo, a un proceso en donde los hechos endilgados datan del año 1995, sobre los cuales aún no se le habría recibido siquiera declaración indagatoria.- - - - -

----- En este sentido, el tiempo transcurrido entre los eventos que se investigan y tal trámite procesal hace razonable pensar que la próxima oportunidad de intervención del

Tribunal de Casación -en ocasión de un eventual fallo final de la causa- produciría una enmienda a todas luces inadecuada.- - - - -

----- Así, entendemos que el derecho de defensa en juicio exige una consideración inmediata de la temática propuesta a discusión, en tanto el agravio se funda en arbitrariedad de sentencia con un planteo razonable. "Debe reputarse incluido en la garantía de la defensa en juicio y reconocido en el art. 14, ap. 3º inc. c, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que tiene jerarquía constitucional, el derecho de todo imputado a obtener, después de un juicio tramitado en legal forma, un pronunciamiento que, definiendo su situación frente a la ley y a la sociedad, ponga término, del modo más rápido posible, a la situación de incertidumbre y de innegable restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal".- - - - -

- -

----- Destacamos -de nuevo- que en el caso que nos ocupa, ya transcurridos aproximadamente ocho años desde la comisión de

///4.- los hechos investigados, a quien recurre para que se ponga fin a su situación de incertidumbre no se le ha recibido aún declaración indagatoria, sí explicativa en fecha 20 de abril de 1998 (es necesario señalar que esta declaración supone que el sospechado se allanó a superar un obstáculo constitucional derivado de su condición de senador nacional, anticipando su comparendo para colaborar con la investigación; sin poder prever un juicio de reproche luego de excedido el plazo razonable de dos años que establece el art. 1º de la Ley 2941). Esto también evidencia la marcada lentitud del trámite de la causa, por lo que cabe atender en esta oportunidad su reclamo. La espera de pronunciamiento definitivo -en su estricto sentido- haría tardía la intervención del Tribunal de Casación, por lo que cabe estimar al actual equiparable a definitivo.- - - - -

- - -

----- De tal modo, "[l]a sentencia ha de reputarse definitiva, aunque sin serlo en su estricto sentido procesal, cuando media en el caso cuestión federal bastante y se produce un agravio que, por su magnitud y por las circunstancias del hecho que lo condicionan podría resultar frustratoria de los derechos constitucionales en que se funda el recurso, por ser insuficiente, imposible o tardía la reparación ulterior" (CSJN, 1994, en ED 163-489).- - - -

----- Asimismo, "[c]orresponde equiparar a la sentencia definitiva exigida por el art. 14 de la ley 48, a aquellas que originan agravios cuya enmienda en la oportunidad procesal en que se los invoca, exhiben "prima facie" entidad bastante para conducir aun resultado

diverso que de ser mantenido generaría consecuencias de insuficiente reparación

///5.- ulterior" (CSJN, 02-06-98, in re "GUDIÑO", La Ley 1999-A, 94).- - - - -

- - - - -

----- Es por las razones expuestas que propiciamos la habilitación del recurso.- - - - -

- - - - -

-----4.- Procedencia de los agravios.- - - - -

----- La impugnante aduce la existencia de un razonamiento autocontradictorio, pues se valora de modo diferente la situación de su pupilo con otro consorte de causa finalmente sobreseído. Alega que se trata de situaciones idénticas, por lo que el pronunciamiento transgrede el principio de igualdad (art. 16 C.N.).- - - - -

----- En este sentido sostiene que si el segundo de ellos es desincriminado, puesto que por su posición jerárquica en la estructura administrativa provincial era razonable suponer que desconocía la inexistencia de los viajes cuyo cobro se pretendía -atento a una lógica delegación de funciones- (postura admitida y convalidada por la Fiscalía), por qué no aplicar el mismo criterio con el primero que -incluso- ocupaba una función de ejecución superior a la de aquél. Agrega que ambos habrían aportado por acción u omisión, un eslabón en el nexo causal que tuvo como resultado el no cumplimiento de las disposiciones legales, por lo que quien viene recurriendo también debió verse favorecido por la prescripción de la acción penal por el delito de violación de los deberes de funcionario público (art. 248 C.P.), tal como lo decidió la señora Juez de Instrucción. Agrega que la plataforma fáctica era común para ambos, por lo que entiende arbitraria la distinta subsunción.- - - - -

----- La Agente Fiscal -y también el Fiscal de Cámara-, en

///6.- lo sustancial del recurso de apelación cuyos fundamentos son receptados por la Cámara del Crimen para revocar el sobreseimiento, dice: "El Dr. Massaccesi al conformar con su firma la prestación de un servicio cuya no realización no podía desconocer ya que era él su destinatario, daba el puntapié inicial para la iniciación del trámite que motivara luego un pago incausado que afectó patrimonialmente de manera perjudicial al erario público" (fs. 3047). Se trataría -a juicio de la representante de la acción pública- del inicio de la maniobra defraudatoria del art. 174 inc. 5º en función del 172 del Código Penal.- - -

----- Así, el Tribunal a quo sostiene que "no resulta atendible el argumento exculpatorio esgrimido por Massaccesi acerca de que con su firma no avalaba el contenido de la facturación, sino que conformaba la contratación, cuando normalmente esta es la causa

de aquella; igualmente no es atendible aún cuando se entienda referida su explicación a conformar el trámite administrativo, desde que la misma no era necesaria para su consecución, esto es de que el gasto allí detallado fuera oblado; tampoco resulta admisible llegar a suponer que no supiera o recordara que viajes hizo -y cuales no- máxime frente a su facturación" (fs. 3280).-

----- Reseñado así lo sustancial del trámite y de las posturas contrapuestas, corresponde analizar su adecuación a derecho.- - - - -

----- En primer lugar cabe desestimar los argumentos de la señora Defensora.- - - - -
- - - - -

----- En este orden de ideas, como fue reseñado, ésta alega la violación del principio de igualdad toda vez que el

///7.- recurso de apelación y su aceptación por parte del Tribunal de Alzada pondrían de manifiesto un tratamiento desigual entre dos funcionarios del Estado rionegrino -uno sobreseído, al otro con un sobreseimiento revocado-. Esto no es así pues -en el contexto de la pretensión del Ministerio Público Fiscal- el dato fáctico para evaluar es si resultaba creíble la ausencia de conocimiento, alegada por ambos, acerca de la inexistencia de los vuelos cuyas facturas se intentaban cobrar en un trámite administrativo. En este punto, la situación de ambos es diferente, pues el segundo de ellos era el destinatario del supuesto viaje, por lo que no podría alegar el desconocimiento, como sí lo podría hacer el primero. Entonces no hay violación del artículo 16 de la Constitución Nacional pues las situaciones son diferentes.-

----- Tampoco cabe invocar en el caso la teoría de la imputación objetiva de Gunther Jakobs, pues si bien ambos ocupan puestos jerárquicos en la estructura administrativa, el fundamento de la apelación respecto de Massaccesi no es por un delito de omisión -ausencia de control de la legalidad del acto-, sino por otro que lo tendría como sujeto activo -partícipe- de una defraudación contra el Estado, por haber suscripto una factura. En este orden de ideas, en lo vinculado con la infracción de los límites de un rol determinado -la defensa sostiene que Massaccesi, por la estructuración constitucional de su función como gobernador, no tenía que controlar la legalidad del acto (no era portador de ese rol)-, el mencionado doctrinario sostiene ("La imputación objetiva en el derecho penal", pág. 26): "En el ámbito de la omisión es evidente que no todos

///8.- responden de cualquier consecuencia lesiva que estén en condiciones de evitar, sino que obligado sólo lo está quien es titular de una posición de garantía". Como se

observa, la argumentación defensiva no atiende a que el reproche de la apelación no involucra a Massaccesi en tanto garante del acto, sino por su acción defraudatoria.- - -

-

----- Es por las razones que anteceden que el recurso sub examine no puede prosperar.- -

- - - - -

----- Empero, como fue afirmado supra, una vez habilitada su instancia por el recurso de casación, este Tribunal no se encuentra restringido a sus límites, en caso de advertirse la violación de garantías constitucionales no denunciadas (arts. 159 y 160 C.P.P.).- - - - -

- - - - -

----- En este orden de ideas, entendemos que la diferente imputación ensayada respecto del sospechado en procura de lograr la subsunción de los hechos probados, no ya en el delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público sino en el de defraudación, implica una inoportuna inclusión de extremos fácticos distintos de aquéllos comprobados por el juez de instrucción y firmes para la sentencia atento a la ausencia de recurso en tal aspecto.-

----- En efecto -en lo que ahora interesa-, la acusación involucra al imputado en dos hechos, que el magistrado instructor tiene establecidos en su materialidad.- - - - -

----- En el primero sostiene que se habrían presentado para su cobro a la Gobernación de la Provincia de Río Negro, mediante nota que dio origen al expediente administrativo N° 260362-A-95, las facturas de la empresa Orión Traslados Aéreos, por traslados del entonces gobernador doctor Horacio

///9.- Massaccesi, N° 0000-00000005 (de fecha 25-04-95), N° 0000-00000015 (de fecha 02-05-95) y N° 0000-00000035. Dichos servicios no se habrían realizado, por lo que su presentación constituye un engaño a la Administración con la finalidad de inducirla a error para cobrar indebidamente las sumas respectivas, pago que no se efectivizó por cuanto, al requerirse a tal empresa mayores precisiones de los vuelos, ésta no fue ubicada en el domicilio impreso en las facturas.- - - - -

----- En el segundo, de similares características, se habrían presentado para el cobro otras dos facturas, también por traslados de la misma persona. Los servicios de transporte aéreo no se habrían efectuado, pero la administración pagó las sumas correspondientes inducida a error, según constancia de orden de pago N° 011219.- - - - -

----- Sobre tales hechos el sospechado presta declaración explicativa. El señor Juez de instrucción los tiene por acreditados, estima que encuadran en el delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público -art. 248 C.P.- y los encuentra prescriptos por prescripción de la acción penal.- - - - -

----- Como dijimos, el argumento central del recurso de apelación entiende que la conducta del sospechado debe subsumirse en el delito defraudatorio -por haber conformado, suscripto, las facturas para dar inicio al expediente administrativo en procura de su cobro, ello a sabiendas de que el servicio aéreo no se habría prestado-. Para el señor Fiscal de Cámara se trataría de una participación necesaria en el ardid de tipo documental subsumible en la figura de

///10.- estafa calificada contra una administración pública (arts. 174 inc. 5º y último párrafo y 172 C.P.), consumada para el segundo hecho reseñado y en grado de tentativa para el primero.- - - - -

----- Así, de un simple cotejo entre lo materialidad acreditada por el Juzgador -firme para la sentencia- y el "error iuris" señalado por los apelantes, se advierte que el segundo tiene como presupuesto -necesita- de la inclusión de extremos fácticos no contenidos en la primera: esto es, el aporte concreto del sospechado en la suscripción de las facturas, que da lugar a su intervención en el hecho investigado, es conceptuado por el apelante como cometido por un partícipe necesario -habría propiciado el ardid de una figura defraudatoria.- - - - -

----- En este sentido, es necesario repasar algunas nociones básicas referidas a la participación criminal -Libro primero, Título 7 del Código Penal.- - - - -

----- Destacamos -como principio común de toda participación- que exista una conciencia de que la acción común de cada uno forma parte del todo.- - - - -

----- Desde la doctrina tradicional -en lo que interesa-, Soler destaca como elemento relevante para caracterizar a la participación la comunidad de acción, según la cual la acción del sujeto es parte objetiva y subjetiva de una misma obra común. En su aspecto subjetivo, es saber que el acto producido tiende al hecho total, por medio de la concurrencia de otra participación (II, 259 y ss.).- - - -

----- Núñez, por su parte, señala una comunidad de hecho y convergencia intencional, en donde el aporte es "en ayuda"

///11.- recíproca o unilateral, con acuerdo o no, pero siempre con una convergencia de las particulares intenciones en el mismo objetivo. (II, 273 y ss.).- - - - -

----- "Las exigencias de un hecho común, en su materialidad y en su subjetividad,

suponen en este último aspecto una voluntad positiva de obrar en común... La participación, como tipo genérico ampliatorio de responsabilidad penal, se condiciona a una comunidad de acción que, como tal, tiene también su aspecto subjetivo..." (De la Rua, "Código Penal Argentino", pág. 845). En este sentido, no hay participación sino en la medida en que se conoce el carácter común del hecho.- - - - -

- - - - -

----- "La complicidad o participación requiere una intencionalidad dolosa que importe el conocimiento de los sujetos intervinientes de que estaban colaborando para el logro de un objetivo ilícito común" (ver voto del doctor Fayt, en CSJN, 24-07-84, ED. 110-314), diferenciándose así la participación de la mera intervención en cualquier delito.- - - - -

- - - - -

----- Señalados estos caracteres generales, recordamos que el fundamento de la apelación -en donde se discrepa con el sobreseimiento por prescripción de la acción del delito previsto por el art. 248 C.P.- sostiene que, al suscribir las facturas, el imputado participa de modo necesario en el de defraudación. Tal participación supone la existencia de una comunidad objetiva y subjetiva tendiente al delito, en la que el partícipe necesario actúa cocausando o cooperando en la causación de un resultado delictivo jurídicamente unitario, mediando la convergencia intencional.- - - - - ///12.-- Dicho esto, destacamos que el aporte concreto atribuido al simple imputado -que presta un auxilio o cooperación para la ejecución del hecho histórico- aparece completamente "desgajado" de aquél. Para que se entienda bien, la lectura del recurso de apelación -también de la sentencia del Juez de Instrucción que propicia el sobreseimiento- permite observar que, por una parte, se tienen por acreditados determinados hechos -en síntesis, haber presentado una factura al cobro-, pero luego de analizar la prueba que permite tal aserto, se ocupa de aquélla referida al accionar del imputado -haber conformado con su firma tal factura- y lo hace como si ambas referencias fueran conceptos estancos, independientes, cuando en rigor el aporte de Massaccesi debió ser incluido -como cooperador, por división de tareas, etc.- en la primer materialidad.- - - - -

- - - - -

----- Del modo como son descriptos los hechos, no se advierte extremo fáctico alguno que permita suponer

-merituar- la necesaria comunidad objetiva y subjetiva que requiere toda participación.-

- - - - -

----- La absoluta separación de tales hechos -por un lado la presentación de la factura,

por el otro su suscripción- hace de Massaccesi un mero interviniente -no ya partícipe-, de lo que se deduce -en el caso:- - - - -

-----a) La participación necesaria del sospechado en el delito de defraudación implica, por un lado, el reconocimiento de circunstancias fácticas ajenas a la decisión del Juez de Instrucción, cuya materialidad circunscribe el objeto procesal a resolver en la instancia ///13.- de apelación, atento a que tal materialidad en sí no fue cuestionada en el recurso.-

- - - - -

----- Con esto queremos significar que la Fiscalía pudo discrepar con el facto establecido, pero sólo lo hizo respecto de errores de derecho -sustancial y de razonamiento-, de tal modo que la materialidad establecida por el magistrado instructor limita la jurisdicción del tribunal a quo, quien debió relacionar los agravios con aquello consentido.- - - - -

----- No podemos interpretar algo distinto luego de la lectura del recurso de apelación del señor Fiscal de Cámara, quien al principio de su impugnación reconoce el contenido de los hechos fijados -ver fs. 3205/3213, primer hecho/decimosexto hecho-. Tales hechos se condicen con el desarrollo argumental de fs. 3244/3247, pero son completamente independientes de aquéllos donde se intenta determinar el aporte del sospechado -fs. 3247/3251-, dado que no se reprocha en éstos convergencia intencional alguna para lograr una defraudación calificada. De tal modo la suscripción de la factura no puede ser conceptuada

-subjetivamente- como parte de una obra común -con otros- para perjudicar al estado.- -

- - - - -

----- Insistimos, el recurso de apelación era la oportunidad procesal para que el señor Fiscal de Cámara manifestara su discrepancia con lo decidido por el instructor, procurando con su crítica reordenar los hechos e incluir en el tercero y en el quinto de ellos el concreto aporte accesorio de Massaccesi para su realización, en convergencia con el resto de los partícipes. Nada de esto se advierte en la vía

///14.- impugnativa. Los hechos que se tienen por establecidos son idénticos a los del auto de procesamiento, conforme lo sostenido al principio del recurso, y no se observa censura alguna en tal ítem.- - - - -

----- Así, al no haber ingresado debidamente la temática de los hechos al contradictorio -para delimitarlos, aclararlos, modificarlos, etc.-, el pronunciamiento en crisis supone, desde una perspectiva, el desconocimiento del a quo de su firmeza y, según otra, la receptación de una ampliación de la imputación inoportuna, pues habría sido formulada

en el recurso de apelación, sin criticar en dicho aspecto el auto de procesamiento.- - - -

- - - - -

----- Los hechos del auto de procesamiento constituyen la hipótesis fáctica que suministra las bases del pronunciamiento del Juez de Instrucción; su firmeza determina el ámbito en el que debe desenvolverse el Tribunal del Alzada.- - - - -

- - - - -

----- Por tanto, "[e]l objeto procesal fija, entonces, el límite máximo del pronunciamiento del tribunal de juicio y en caso de excederlo la sentencia será pasible de ser declarada nula en cualquier instancia y grado del proceso" (Claudia B. Moscato de Santamaría, "El principio de congruencia en el ordenamiento procesal penal de la nación", en LL. 1997-E, 1171, conforme al artículo 18 C.N.).- - - -

----- En este orden de ideas, la Cámara en lo Criminal no podía hacer uso de las facultades que le otorga el rito en orden al cambio de calificación una vez verificado el error de subsunción, pues tal cambio implica -en el caso- una modificación del objeto procesal: violación del principio de

///15.- congruencia.- - - - -

----- Una correcta imputación -en los hechos que corresponden a Massaccesi- debió describir, de modo claro y preciso, cuál era su concreto aporte en el delito. No puede disociarse su acción de la otra, pues se trata de una obra común -el ardid de la estafa, según sostiene el Fiscal-. Por lo tanto, la decisión en crisis, al no advertir tal circunstancia, admite una indebida "mutatio libelli" que afecta el orden secuencial y preclusivo del proceso y la debida defensa en juicio. Ello en violación de los artículos 18 de la Constitución Nacional y 159 inc. 3º y 415 del Código Procesal Penal.- - - - -

- - - - -

-----b) Desde otro punto de vista, dado que el desarrollo fáctico admitido por el recurrente sólo permite -en hipótesis- pensar a Massaccesi como "mero interviniente" en el delito, su calificación como partícipe necesario implica violentar el principio de legalidad reconocido por el artículo 18 de la Carta Magna nacional, por oponerse al texto expreso de la ley -arts. 45 y ss. C.P.- - - - -

----- El derecho penal es un sistema riguroso y cerrado de ilicitudes discontinuas, y no tolera ningún tipo de integración, extensión o analogía, tendiente a completar los elementos esenciales de las figuras creadas por la ley: mero interviniente no es lo mismo que partícipe (Fallos 237:636 y 301:395).- - - - -

----- Es que, aun desde la tesis del dominio final de la consumación del delito, es

necesario que la acusación desarrolle y pueda contener descriptivamente la hipótesis de un plan desarrollado en común para punir a título de

///16.- partícipe primario (CNCrim. y Correc., sala I, 15-04-86, en ED 118-498).- - - - -

----- Finalizamos afirmando que en nuestro ordenamiento jurídico el juicio es el modo de sustanciar y examinar la acusación contra una persona por la comisión de un delito; la secuencia es acusación, juicio y castigo (arts. 60 in fine y 115 C.N.), por lo que aquélla es la base del juicio como presupuesto del castigo. La acusación -también, en el caso, los hechos firmes del juez de instrucción, atento a los límites jurisdiccionales de la instancia de apelación- es la relación, clara, precisa y circunstanciada de los hechos que el poder punitivo opone al particular (art. 8º Convención Americana sobre Derechos Humanos) y conforma la plataforma en la que se apoyan las bases del proceso.- - -

-----c) Asimismo, si es exigencia de la acusación que ésta sea clara, precisa y circunstanciada (ver Marcelo A. Sancinetti, "La Nulidad de la acusación por indeterminación del hecho y el concepto de instigación", pág. 44), son los hechos del decisorio que sobresee a Massaccesi, consentidos por ausencia de crítica en la apelación, los que fijan la plataforma fáctica inamovible del Tribunal de Alzada. El paso de un facto propio del autor del delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público a otro de partícipe necesario del delito de defraudación implica

-en el caso- una modificación parcial del primero -por agregado- en tanto la participación necesaria, coadyuvante del hecho del autor, necesita del desarrollo de circunstancias de hecho que pongan de manifiesto el acuerdo de Massaccesi con otros, en convergencia intencional, como

///17.- realizador de una obra en común. De lo contrario, Massaccesi es no un partícipe sino un mero interviniente, y no reconocer esta circunstancia al momento de analizar el recurso de apelación vuelve descalificable la sentencia cuestionada, pues violenta el derecho de defensa en juicio, al impedirle al sospechado demostrar lo contrario.- - - - -

----- A las deficiencias señaladas, que justifican la oportuna intervención de este Cuerpo en un pronunciamiento que formalmente no es definitivo -pues no tendría otra consecuencia que provocar la continuidad del proceso-, agregamos la errada intervención del aparato judicial que pretende sostener una investigación criminal -por hechos ocurridos en 1995- respecto del aquí recurrente, a quien sólo se le habría recibido una "declaración explicativa" en fecha 20-04-98, sin habersele designado abogado defensor (ver fs. 1377), ni intimado en forma (hechos, prueba, y delito

incriminado o imputado).- - - - -

----- A ello cabe sumar el sorprendente cambio de actitud de la Agente Fiscal, responsable del mantenimiento de la acción penal, que -sin la incorporación de nueva prueba que signifique un cambio de la situación procesal previa-, pretende atribuir al simple sospechado -luego del transcurso de varios años- un delito ahora defraudatorio, por no resultarle satisfactoria la explicación ya brindada en aquella oportunidad, sobre la que anteriormente -es lo llamativo- no había formulado posición alguna.- - - - -

----- Debe recordarse que el sobreseimiento de la señora Juez de Instrucción subrogante se debió a la prescripción de la acción penal del delito previsto por el art. 248 C.P. -no ///18.- ejecutar las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere al funcionario (Ley N° 847 de Contabilidad), violación de los deberes de funcionario público-, luego de analizar los extremos fácticos sobre los que Massaccesi prestó su explicativa.- - - - -

----- Atento a lo que declaró (puesto que no queda constancia en el acta de la descripción fáctica), éstos son la intervención de Massaccesi, suscribiendo una factura de un vuelo no realizado, cuya acción prescribe -como dijimos-, poniendo de manifiesto el desinterés del Ministerio Público en la continuidad del proceso y en el cumplimiento de garantías constitucionales básicas incorporadas a nuestra Constitución por el Pacto de San José de Costa Rica, que hacen referencia al tiempo razonable de duración de un proceso penal, pues los sospechados no pueden encontrarse sujetos a la discrecionalidad fiscal de modo indefinido. Hace a su derecho de defensa que se ponga fin, con celeridad, a la situación de incertidumbre que todo proceso penal conlleva.- - - - -

----- Los plazos procesales vinculados son ordenatorios, pero no pueden ser incumplidos tan groseramente, apartándose de los objetivos previstos por el artículo 185 del rito, en la duración estipulada por el art. 198 del mismo cuerpo.-

----- Incluso la Ley 2941 -reglamentaria del artículo 7 punto 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos- es conteste con tal preocupación pues también pone de manifiesto el interés del Estado en la eficacia y celeridad del trámite procesal, al ponerle límites al plazo de la prisión preventiva y al computar doble un día de prisión ///19.- preventiva.- - - - -

----- El viejo Código Procesal Penal de la Nación (Ley 2372 del 17-10-1888), ya estableció en su art. 442 un plazo de 30 a 60 días, como máximo, para la instrucción del sumario, y exigía una resolución expresa -"Transcurridos dichos términos, el juez

sobreseerá o elevará la causa a plenario, conforme a las disposiciones de este Código".-

- - - - -

----- Al comentar el instituto del sobreseimiento en este centenario código, también aplicado en Río Negro (arts. 432 y ss.), Barberis advertía ("Código de Procedimientos Penal", Tomo I, p. 441) que "[p]rolongar una investigación en el orden penal innecesariamente, implica atentar contra todos los principios humanos y jurídicos que regulan la libertad de los hombres; no obstante lo cual, la vida judicial nos ha permitido ver con demasiada frecuencia que ciertos magistrados y funcionarios judiciales incurrir frecuentemente en el vicio que repudiamos".- - - - -

----- Hoy, después de una década del nuevo sistema de enjuiciamiento -con la tutela de derechos y garantías en tal sentido, provenientes incluso de Pactos Internacionales-, hemos pasado de dos meses a dos años (plazo razonable), y el vicio ha degenerado el sistema penal consagrando nuevas formas inquisitivas.- - - - -

- -

----- Es necesario en este punto reseñar la postura institucional de este Tribunal de Casación, que recomienda evitar una sustanciación dilatada del proceso "siendo el derecho de los imputados tener un juicio pronto y justo, por parte del juez natural e imparcial. Por su parte, es obligación del Estado ejercer la acción pública en tiempo y forma para que los hechos que puedan ser susceptibles de condena por constituir

///20.- delito, sean sancionados y no queden impunes. Estas actuaciones, por diversas connotaciones que no deben exorbitar lo estrictamente jurisdiccional, ha adquirido una relevancia por la que se requiere exteriorizar a los imputados y a la sociedad la existencia de un sistema judicial que funciona normalmente dentro del estado de derecho, con seguridad jurídica y voluntad de cumplir con el deber de juzgar" (ver in re "TRABALLONI", Se. 140/02 y la doctrina legal citada).- - -

----- Empero, la búsqueda de justicia no significa un menoscabo del legítimo derecho de defensa de los imputados de tener un pronto y justo juicio dentro de las reglas del debido proceso, conforme fue referido en el precedente mencionado.- -

----- Sumamos al análisis crítico la actuación de la Agente Fiscal quien, al interponer el recurso de apelación contra la decisión de sobreseimiento, no subsume jurídicamente el accionar del sospechado; sí lo hace el Fiscal de Cámara cuando lo mantiene ante la Alzada, entendiendo que se trata de un partícipe necesario (ver fs. 3047).- - - - -

- -

----- Agregamos que también es errónea su postura en cuanto sostiene que la firma de

Massaccesi suponía el inicio de la maniobra estafatoria pues, a todo evento, de haberse formulado el "modus operandi" de modo completo, éste no podía omitir a las distintas empresas aéreas que otorgaban las correspondientes facturas, sobre la base de las cuales se iniciaban los expedientes administrativos para su pago. En ese sentido, al expedir una factura por un servicio no prestado, el acto doloso comienza su ejecución, ya que el contrato de transporte de pasajeros es no formal (Videla Escalada, "Manual de Derecho Aeronáutico", p. 230). Tampoco podía omitir considerar que existen mecanismos de control internos y externos debidamente

///21.- reglados sobre contratación, liquidación y pago de bienes o servicios que ningún funcionario podía evitar, hasta llegar a la consumación.- - - - -

----- Por último y a modo de conclusión, el Juez apelado no puede dar una distinta definición jurídica que tenga como premisa la motivación del hecho, "debe contenerse siempre dentro de los límites de la declaración de certeza del hecho realizada en la sentencia apelada" (Leone, "Tratado de Derecho Procesal Penal", Tomo III, págs. 106/107).- - - - -

----- Si el señor Juez de Instrucción entendió que no se daban los extremos para llamar a declaración indagatoria (art. 273 C.P.P.) por el delito previsto en el art. 174 inc. 5º en función del 172 C.P., la oposición del Agente Fiscal no satisface el requisito de interés para impugnar -según lo dispone el art. 60 C.P.P.-, porque no ha precisado debidamente la forma de participación que pretende, los partícipes, la culpabilidad ni su discrepancia con el facto establecido, ni ha puesto de manifiesto la existencia de nuevos datos probatorios que sustenten el cambio de su actitud procesal, que autorizaran al Estado a continuar la persecución de un delito, luego de declarada la prescripción de la acción correspondiente.- - -

----- En lo referido a la responsabilidad penal de quien suscribe con su firma la factura, es necesario recordar lo sostenido por este Superior Tribunal de Justicia in re "PÉREZ" (Se. 149/02), en el sentido de que "la firma es afirmación de individualidad, pero sobre todo de voluntariedad. En el primer aspecto ella significa que ha sido la persona firmante y no otra quien ha suscripto el documento. En el segundo que se acepta lo que allí se manifiesta... Esta fundamentalmente es el vínculo que una a la persona firmante con lo consignado en el

///22.- documento. Díaz de Guijarro piensa que es «como el testimonio de la voluntad de la parte; es el sello de la verdad del acto; es el que establece la individualización de las partes»...' (Gustavo A. Revidatti, 'Firma', Enciclopedia Jurídica Omeba, T. XII,

pág. 292).- De todos modos, para el desarrollo de nuestro voto no podemos dejar de recordar que '[e]l signatario [de un instrumento] puede, sin embargo, oponerse al contenido del acto, probando que las declaraciones u obligaciones que se encuentran en él, no son las que ha tenido intención de hacer o contratar' (art. 1017 C.C.)". Ello pues los supuestos defraudatorios son dolosos y, aunque quien suscribe tal instrumento hace suyo su contenido, "a los fines de la responsabilidad penal es relevante determinar (o descartar) si obró por error o engaño, pues la rendición supone una cuenta formal, con sus justificativos e indicaciones, en cuya elaboración también participaron otros" (STJ, prec. citado).-

-----5.- Por lo expuesto proponemos rechazar el recurso de casación y, sin embargo, anular de oficio el fallo cuestionado y remitir las actuaciones a la Sala B de la Cámara Criminal para que, con idéntica integración, resuelva el recurso de apelación conforme a derecho; esto es, circunscribiendo su calificación jurídica a los hechos consentidos del auto de procesamiento, que no incluyen un supuesto de convergencia intencional (art. 440 C.P.P.). NUESTRO VOTO.- - - - -El señor Juez doctor Alberto Ítalo Balladini dijo:- - - -

----- Atento a la coincidencia manifestada por los señores Jueces que me preceden en orden de votación, me abstengo de emitir opinión (art. 39 L.O.).- - - - -

----- Por ello, y dejando debida constancia de que el señor Juez doctor Alberto Ítalo Balladini, no obstante haber ///23.- participado del Acuerdo y haberse expedido en el sentido expuesto supra, no firma la presente por encontrarse en comisión de servicios,
EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

R E S U E L V E :

Primero: Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs.

----- 3282/3297 de las presentes actuaciones por la señora Defensora General doctora Marta Ghianni.- - - - - Segundo: Anular de oficio el Auto Interlocutorio N° 51/02 de
----- la Sala B de la Cámara en lo Criminal de Viedma y remitir las actuaciones al origen para que resuelva el recurso de apelación conforme a derecho (art. 440 C.P.P.).-
Tercero: Registrar, notificar y oportunamente devolver.-

ANTE MÍ: FRANCISCO A. CERDERA - SECRETARIO

PROTOCOLIZACIÓN:

TOMO: 2

SENTENCIA Nº: 64

FOLIOS: 353/375

SECRETARÍA: 2