

"ROSSI - DOMINGO D. - ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE FUNCIONARIO PÚBLICO - RECURSO DE CASACION".-

[Expte. Nº 2937 - L. III, pág. 94, Año 2006 - Jurisd.: Cám. Primera - Sala II - Pná.]

///C U E R D O:

En la Ciudad de Paraná, Capital de la Provincia de Entre Ríos, el treinta de octubre de dos mil seis, reunidos los Sres. miembros de la Sala Nº 1 de Procedimientos Constitucionales y Penal del Excmo. Superior Tribunal de Justicia, a saber, Dres. CARLOS A. CHIARA DIAZ, DANIEL OMAR CARUBIA y BERNARDO IGNACIO SALDUNA, asistidos por la Secretaría autorizante, Dra. Alicia S. Pedrazzoli, fue traída para resolver la causa caratulada: "ROSSI - DOMINGO D. - ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE FUNCIONARIO PÚBLICO - RECURSO DE CASACION".-

Estudiados los autos, la Excma. Sala planteó las siguientes cuestiones a resolver:

Primera cuestión: ¿Es procedente el recurso de casación interpuesto a fs. 1823/38 por el Dr. Julio A. Federik, abogado defensor del encartado Domingo Daniel Rossi, contra el pronunciamiento de fs. 1745/1821?

Segunda cuestión: ¿Cómo deben imponerse las costas causídicas?

A LA PRIMERA CUESTION PROPUESTA, EL SEÑOR VOCAL, DR. CHIARA DIAZ DIJO:

I.- Por el acto sentencial del 12/6/06, la Sala II de la Excma. Cámara Primera en lo Criminal de Paraná (fs. 1745/1821), en el punto I, NO HIZO LUGAR a los planteos de NULIDAD de la requisitoria fiscal de elevación a juicio de todo lo actuado por "notitia criminis" y de la INCONSTITUCIONALIDAD de la figura del art. 286 (2) del C. Penal. En el punto II, DECLARÓ a DOMINGO DANIEL ROSSI, autor material y responsable del delito de ENRIQUECIMIENTO ILICITO DE FUNCIONARIO PUBLICO, condenándolo a la pena de tres años de prisión condicional, inhabilitación absoluta por el término de ocho años y a abonar una multa de Noventa mil pesos (\$90.000) -arts. 5, 22 bis, 40, 41, 45 y 268 (2) del Código Penal, según texto anterior a la Ley Nº 25.188-, fijándole reglas de conducta a cumplir en el término de tres (3) años.-

En el pronunciamiento en crisis se sostuvo que "se ha arribado a la certeza de que durante

el período comprendido entre los años 1983 a 1995 en que se desempeñó como intendente de la ciudad de Santa Elena, Departamento La Paz (E.R.)-1983/1987 y 1991/1995- y como Vice- Gobernador de la Provincia de Entre Ríos -1987/1991-, produjo un enriquecimiento patrimonial que no condice con los haberes que percibía por el ejercicio de dichos cargos públicos y que, requerido formalmente en fecha 11 de Febrero de 1999 a justificar la procedencia de dicho incremento patrimonial, lo hizo insuficiente y sin respaldo documental alguno en fecha 10 de Marzo de 1999, obviando además reputar los demás extremos precisados en la pieza fiscal de fs. 387/8, referidos al inmueble ubicado en calle Colón Nº 231 (según Título) o Nº 465 (parcelario) de la ciudad de Paraná (E.R.), no acreditando el abultado y desproporcionado patrimonio, que se ve reflejado fundamentalmente, en los Informes producidos por el Ing Bank, Sucursal Paysandú (R.O.U.) y Banco Surinvest, Sucursal Montevideo (R.O.U.) las cuales resaltan la existencia de importantes sumas de dinero, que intentó disimular con la participación de Fermina González (madre), María Alba Rossi (hermana) e Isolina García (ex - cónyuge) a quienes colocó como titulares de las cuentas y/o plazos fijos referidos".-

En otro de los párrafos se sostuvo que "Tanto en la Oposición de la Elevación a Juicio, como en la Apelación contra el auto denegatorio (fs. 1201/vta.; 1219/1211), la defensa no se agravia de Indefensión por incompletud en la acusación, lo que tampoco aparece en el rechazo del Rec. de Queja (fs. 1219)".-

II.- Contra tal acto sentencial se disconformó el Dr. Julio Federik (fs. 1823/38), abogado defensor del encartado Domingo Daniel Rossi, planteando recurso de casación, por lo resuelto en los puntos I y II del pronunciamiento de grado, de conformidad a lo preceptuado en el art. 477, inc. 2º, del Código Procesal Penal, enunciando cinco motivos en los cuales fundaba sus agravios.-

II.1- El primer motivo agravante era el rechazo al planteo de nulidad del requerimiento de la elevación a juicio que fuera efectuado en la audiencia de debate, en razón de la falta de precisión en cuanto ascendía el incremento patrimonial que debía ser justificado, afectándose de tal modo -se sostuvo- el derecho de defensa al atribuirse un delito que tenía invertida la carga de la prueba.-

Resaltó que el tipo penal del art. 268 (2) del Código Penal contenía un elemento normativo que era el "apreciable aumento patrimonial" y sobre el mismo debía basarse la justificación que se requería al imputado, de ahí que era indispensable contar con un monto básico para la intimación primera, sin perjuicio de seguirse luego todos los pasos necesarios en la instrucción, correspondiendo concretarlo en el requerimiento de juicio oral en qué había consistido el enriquecimiento, señalándose un monto determinado, de modo que el imputado pudiera ejercer cabalmente la contradicción y munirse de las pruebas pertinentes para alcanzar la posibilidad de justificarse. Señaló que en el sub exámine el Fiscal de Cámara actuante recién apareció en su alegato final con un monto que triplicaba el del requerimiento, y así, habiendo sido sometido a juicio por un millón y medio de dólares que efectivamente se habían justificado, terminó acusado por una cifra rayana en los cinco millones, con lo cual le quedó claro y rotundamente afectado el derecho de defensa.-

Consideró al respecto que el agravio se basaba en la desestimación del planteo de nulidad articulado, precisando que la congruencia exigía por lo menos que los montos fueran homogéneos o semejantes sino era imposible reconocer la igualdad en la relación procesal, y no podía sostenerse críticamente la congruencia cuando se multiplicaba por tres en las conclusiones finales de la acusación al sostener la existencia del delito, porque los mismos no aparecían justificados, tratándose en definitiva de otro hecho, de un hecho diverso.-

Al considerar que dentro de la figura penal atribuida se invertía la carga de la prueba, es evidente la afectación del derecho de defensa, toda vez que el imputado fue llamado a juicio a justificar cantidades distintas.-

Expresó que no cabía duda que el rechazo de la nulidad planteada con respecto a la requisitoria fiscal había dado pié a la acusación defectuosa de la Fiscalía de Cámara, que igualmente era nula por acusar por un hecho diverso, siendo la nulidad absoluta por no cumplirse con la manda del art. 408, segunda parte, del Código Procesal Penal.-

Consideró que se habían violado los arts. 63, 351, inc. 2, y 66 del Código Procesal Penal, debiéndose aplicar las normas de los arts. 169, 170 y 171 del mismo cuerpo ritual, pretendiéndose como solución la declaración de nulidad del requerimiento fiscal conforme a lo establecido en el art. 175 del Código adjetivo.-

II.2- Enunció como segundo motivo de agravio el rechazo al planteo de nulidad en virtud de la "notitia criminis" ilegal, porque consideró que la causa en análisis era producto de un hecho ilícito, originada en la violación del secreto profesional, constituyéndose el mismo en la única y exclusiva vía de conocimiento de los hechos investigados, atento a que se había utilizado documentación que el imputado tenía en el estudio jurídico del extinto esposo de la testigo Pemayón, que fuera sacada por ésta y cuya divulgación, ocasionando perjuicios, era un delito de violación de secretos, previsto en el art. 156 del Código Penal.-

Consideró que no había otra vía independiente para abrir la investigación, siendo todo lo logrado a través de esa primera conducta delictiva, habiéndose quedado acreditado en el juicio que era directa la relación entre la violación del secreto, la publicación periodística dando cuenta de los hechos y la intervención judicial. Destacó que el producto del delito de violación de secretos no podía ser oponible a quien resultó la víctima de tal conducta delictiva y titular del bien jurídico quebrantado, citando jurisprudencia en socorro de su postura.-

Resaltó que los cinco puntos en los cuales consideraba que el Tribunal a-quo había fundado el rechazo a la nulidad planteada incurría en errores, afirmando que no existía la vía independiente a la que hacía referencia la sentencia cuestionada, violentándose el principio constitucional que ampara el debido proceso penal y pretendiendo como solución la aplicación del art. 411, inc. 3, del Código Procesal Penal y, con ello, la declaración de nulidad del proceso desde su primera foja.-

II.3- Citó como tercer motivo de agravio el rechazo al planteo de nulidad acerca del ejercicio de la acción penal más allá del ámbito de su vigencia, debido a que se pretendía una justificación patrimonial del imputado sobre períodos que excedían largamente el monto máximo de la pena de prisión prevista en la figura penal imputada, en razón de intimarse una justificación en el año 1999 del supuesto enriquecimiento desde que aquel había iniciado su actividad pública en el año 1983.-

Sostuvo que si bien en la figura penal del art. 268(2) del Código Penal no establecía hasta que momento podía extenderse el requerimiento, consideraba que no podría extenderse por un período superior a los veinte años como acontecía en el presente, porque no se

trataba de un delito de lesa humanidad, chocando con la interpretación sistemática del Código Penal, atento a que el sistema de prescripción ponía límites al ejercicio de la acción penal y, en el caso en examen, el requerimiento efectuado en el año 1999 se efectuaba cuando ya habían pasado más de los seis años que es el máximo de la pena establecida en la norma penal invocada ut supra, estimando que ningún individuo puede ser perseguido más allá de los límites que surgen de la misma ley. Entendía que es una interpretación equivocada sostener que el deber de justificar principiaba desde que el funcionario o empleado público había comenzado su actuación como tal, no siendo semejante este planteo al de la prescripción que se resolviera con anterioridad, señalando que no era la figura atribuida un delito de acción continuada o permanente, puesto que la estructura de estos tipos no condecía con la investigada.-

Expresó que se había violado el art. 63 del Código Procesal Penal, pretendiendo que sea declarada la nulidad del requerimiento y, consecuentemente, de la sentencia por aplicación de los arts. 171 y 411, inc. 3º, del Código del rito.-

II.4- Como cuarto motivo de agravio, referenció el rechazo del planteo de inconstitucionalidad del tipo penal previsto en el art. 268(2) del Código Penal, porque esta figura no respetaba el principio de legalidad, ni el derecho penal de acto, violando el estado de inocencia y desconociendo abiertamente el principio nemo tenetur, pilares todos ellos del sistema constitucional penal de un Estado de Derecho.-

Transcribió párrafos del pronunciamiento que se referían al cuestionamiento que en este aspecto fue efectuado por la defensa del imputado, en orden a la garantía constitucional de que nadie está obligado a declarar contra sí mismo, a autoincriminarse, a colaborar con su propia persecución penal, conforme a los arts. 17, 18, 19 y 33 de la Constitución nacional y 8 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, considerando que la interpretación efectuada por el Tribunal a-quo adolecía de vicios en el razonamiento, debido a que toda la normativa citada con respecto a la ética pública era posterior a los hechos investigados en la presente causa e inaplicable por imperio del art. 2 del Código Penal.-

Consideró que al no admitirse la inconstitucionalidad planteada, la sentencia se tornaba

arbitraria por no cumplir con la exigencia de fundamentación que bajo sanción de nulidad prescribía el art. 411, inc. 3, del C.P.P., solicitando la nulidad del pronunciamiento y, una vez resuelta, la declaración de la inconstitucionalidad planteada.-

II.5- Por último fundamentó el quinto motivo de agravio contra el fallo atacado por entender que en la especie había existido un arbitrario y manifiesto apartamiento a las reglas de la sana crítica racional, no cumpliéndose con la exigencia del art. 406 del Código Procesal Penal, atento a que era evidente un quiebre lógico-racional del razonamiento jurisdiccional para fundar la sentencia en base a las pruebas obrantes en la causa.-

Estimó que del análisis de las dos cuentas bancarias existentes en el Uruguay se había arribado a conclusiones contradictorias, y así se valoraba diferente la utilización de las mismas, más allá de lo sostenido por el propio imputado, no compadeciéndose con las objeciones de la defensa, tal como se consignó en el acta del debate.-

Expresó que era arbitrario el cálculo de gastos, como así también el de los ahorros fijados en la sentencia según la pericia efectuada en autos por el Contador Cozzi, no obstante que como fuera señalado en el debate, dicha pericia adolecía de importantes errores por falta de fundamentación, los cuales fueron trasladados al acto sentencial impugnado, fijándose los gastos sin tener en cuenta las circunstancias personal del imputado, referidos a su modo y nivel de vida, precisando a contrario de lo sostenido por el a-quo, que no había existido apropiación de los fondos del Partido Justicialista, los cuales fueron depositados en la cuentas de Rossi y sacados de las mismas para las campañas electorales.-

En este punto consideró que la sentencia agraviaba la norma del art. 406 del C.P.P. en tanto la exposición de la plataforma de los hechos incurría en una motivación contradictoria, lo cual tenía una incidencia decisiva en el pronunciamiento, pretendiéndose la nulidad del acto sentencial en función del art. 411, inc. 3º, del C.P.P.-

III.- Habiéndose concedido el recurso de casación interpuesto (fs. 1839), se convocó a las partes involucradas a la audiencia prevista en los arts. 485 y 486 del ordenamiento ritual. A la misma comparecieron el imputado Domingo Daniel Rossi y su abogado defensor, Dr. Julio A. Federik, el representante del querellante particular -Oficina Anticorrupción y Ética Pública-, Dr. Luis Pedemonte y el Señor Fiscal Adjunto del Tribunal, Dr. Jorge Enrique

Beades.-

III.1- En el desarrollo de la audiencia mencionada hizo uso de la palabra el Dr. Julio A. Federik, defensor del imputado Domingo Daniel Rossi como parte recurrente de autos, sosteniendo que pretendía mejorar el embate impugnativo efectuado oportunamente contra el acto sentencial dictado por el Tribunal de grado, el cual a su juicio contenía severas falencias, advertidas en las cuestiones preliminares y en el desarrollo del juicio oral, que fueron rechazadas y que invalidaban de modo categórico a la acusación.-

Destacó que en el libelo recursivo se había efectuado una fundamentación prolija con respecto a los argumentos y razones más contundentes que avalaban la impugnación, llegándose a esta instancia con un conocimiento cabal de la arquitectura defensiva que se había desplegado en la causa.-

Señaló que el requerimiento fiscal de elevación a juicio había sido incompleto porque se necesitaba saber cuál era el monto del enriquecimiento por el que se lo involucró. Afirmó que en un caso como el examinado debía extremarse el celo acerca de la descripción del hecho frente a la inversión de la carga de la prueba, destacando que el requerimiento de autos no expresaba la cantidad, el cual después fue modificado, tal como se había advertido en la instancia a-quo, señalando que la causa llegó al momento del debate, donde se lo acusó al imputado por un hecho diverso. Destacó que recién en la etapa de los alegatos el Fiscal de Cámara dijo que la acusación no era por aproximadamente un millón y medio de pesos sino por casi cinco millones, tratándose a no dudarlo de un hecho diverso, enfatizando que lo grave no era lo que había dicho el representante del Ministerio Público Fiscal, sino que la sentencia lo haya tomado como propio, siendo por esta razón nulas la requisitoria fiscal, como así también la acusación y la decisión jurisdiccional.-

Hizo hincapié sobre el carácter de imprescindible de la determinación del monto, sobre todo en un proceso de años en el que a último momento, cuando la defensa ya nada podía hacer, se acusó a Rossi por algo distinto. Relató que la defensa pidió una prueba pericial que determinara cuanto había recibido el encartado del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo, a lo que se hizo lugar, no cumpliendo el perito oficial con lo encomendado, no obstante lo cual se mostró sorprendido que el Tribunal sentenciante hubiera basado en

dicha pericial su decisión, afectándose claramente entonces el derecho de defensa.-

Insistió en que nadie podía ignorar que se estaba acusando por un hecho diverso y que cuando este aparecía eran varias las posibles soluciones que contemplaba la legislación argentina y la doctrina, siendo una de ellas la que receptaba el código del rito vigente, o sea la de volver todo para atrás, y así, cuando el código de fondo hablaba del enriquecimiento apreciable se refería a un elemento normativo del tipo penal y este requería una precisión, fundamentalmente por la aludida inversión de la carga probatoria.-

Con respecto al segundo motivo de agravio expresado en el memorial de autos, expresó que éste tenía que ver con la notitia criminis. Al respecto aclaró que cuando declaró en el debate la testigo Pemayón, esposa del Dr. Neuman, dijo que la documentación respecto de las cuentas bancarias atribuidas al encausado y de un formulario firmado para la extracción de 50 mil dólares, se lo había entregado su extinto marido con el propósito de perjudicar a Rossi, hecho que fuera negado por Neuman, como también por el propio imputado. Es a partir de allí que la ex esposa de Rossi, Isolina García, lo llamó a un periodista del semanario "Análisis" y se realizó una exhaustiva investigación, recordando que se planteó la teoría del "fruto del árbol envenenado", la cual entendía que resultaba a medida en el sub judice, citando antecedentes jurisprudenciales que avalaban su tesis.-

Señaló que consideraba legítima la publicación del aludido semanario, aunque éste contenía un vicio detrás y ello no tenía nada que ver con la existencia de una vía independiente, promoviendo como consecuencia de ello el Fiscal Rojkin la acción. Sostuvo que la sentencia confundía el concepto de vía independiente con la legitimidad de la presentación de la denuncia, destacando que acá la cuestión era otra, porque cabía analizar si se había tratado de documentación recibida por el abogado y si este tenía la facultad de entregársela a un tercero para causar un perjuicio. En tal sentido consideró que la fundamentación de la sentencia al respecto era absolutamente infantil, al igual que las explicaciones brindadas en relación a la relación de amistad entre Rossi y Neuman.-

Recordó que los abogados tenían la obligación de guardar el secreto profesional y en cuanto a la afirmación del decisorio impugnado, en relación a que Rossi no querelló a Neuman por la violación de ese secreto, tal omisión no hacía desaparecer por sí la conducta

delictiva. La misma crítica efectuó respecto a las afirmaciones de la sentencia relacionadas al momento en que deduce el planteo nulificante, aseverando que ello tenía que ver con algunos otros aspectos ponderables, pero no con el derecho procesal.-

En lo concerniente al tercer motivo, precisó que la sentencia sostenía que el planteo era confuso y que repetía lo esgrimido al deducirse la prescripción de la acción. Consideró que el planteo articulado por su parte no era una cuestión de prescripción, sino que se refería al ejercicio de la acción penal hacia atrás, porque entendía que el requerimiento a los funcionarios públicos no podía ir más allá del plazo máximo de la pena de la figura penal imputada. Afirmó que debía haber un límite hasta el cual podía ser requerido cualquier funcionario, no pudiéndose efectuar la intimación hacia atrás por un lapso de tiempo superior al que establecía el código para el ejercicio de la acción penal.-

Haciendo referencia al cuarto motivo de agravio, expresó que no se iba a explayar sobre lo ya dicho en la pieza recursiva, a la cual se remitía.-

Con respecto al quinto motivo de sus agravios, expresó que había existido arbitrariedad en la valoración de la prueba. Sobre el particular reseñó los dichos del testigo Maya en cuanto al manejo y depósito de los fondos de campaña y sobre los cálculos que se habían efectuado en el pronunciamiento de los montos de las cuentas abiertas en el Uruguay, precisando el concepto de arbitrariedad técnica, afirmando que en forma grosera se había violado el principio de la sana crítica.-

Dejó aclarado la sorpresa general y la cólera del imputado cuando se hizo mención a la cifra de los casi cinco millones de pesos, puesto que jamás se había dispuesto de esa suma, relatando los hábitos mesurados de Rossi, quien vivía sin ostentación, resaltando además las divergencias entre las opiniones de los diferentes peritos que informaron en la causa.-

En definitiva sostuvo que eran varias las razones por las cuales debía declararse la nulidad de la causa, conforme a lo expresado precedentemente y a lo sostenido en el respectivo memorial de interposición, ratificando lo solicitado en el escrito postulatorio del remedio en trámite, conforme a la argumentación jurídica expuesta.-

III.2- Seguidamente habló en representación de la parte querellante constituida -la Oficina

Anticorrupción y Ética Pública- el Dr. Luis Pedemonte, quien manifestó que haría breves consideraciones acerca de los argumentos expuestos durante el trámite del juicio y sostuvo que paradójicamente el defensor no se explayaba sobre el principal embate casatorio referido a la figura delictual aplicada y su impugnación constitucional, en contra de lo cual se manifestó.-

Con respecto a las nulidades incoadas estimó que se debía tener en cuenta el objeto procesal y la falta de precisión en cuanto al monto, todo lo cual fue oportunamente planteado y resuelto por la sentencia, no existiendo norma alguna violada que habilite la declaración de nulidad que se impetraba, por lo tanto se remitió a lo sostenido en dicho acto sentencial a los fines de evitar reiteraciones.-

Referente al análisis de la figura penal, insistió con la doctrina legal expuesta en la sentencia y sostuvo que la imputación tal como venía formulada se compadecía con el tipo penal.-

En lo atinente a la arbitrariedad manifestó que la defensa a través de esa tacha solo expresaba una mera disconformidad con lo resuelto, no visualizándose vicios de logicidad. Citó antecedentes jurisprudenciales en apoyo de su postura, no quedando demostrado además en el embate recursivo de que manera el pronunciamiento jurisdiccional pudo llegar a otra conclusión.-

Entendió que las diferencias en los cálculos no invalidaban la estructura del razonamiento lógico de la sentencia, puesto que esa diferente cantidad de montos no afectó nunca la garantía de defensa en juicio, solicitando en definitiva el rechazo del recurso incoado.-

III.3- A continuación hizo uso de la palabra el Sr. Fiscal Adjunto del Superior Tribunal, Dr. Jorge Enrique Beades, quien señaló desde el principio que el Ministerio Público Fiscal que representaba se ubica en las antípodas de lo que había manifestado la defensa técnica del imputado en cuanto a los vicios de la sentencia. Sostuvo que el fallo en crisis era una pieza procesal impecable en cuanto a su argumentación, que había dado respuesta a todas las cuestiones procesales planteadas a lo largo de una dilatada investigación.-

Con respecto al primer punto abordado, o sea la falta de precisión del objeto procesal, o mejor dicho de la imputación, se refirió a lo dicho por el Dr. Pedemonte en relación a cual

era el objeto de imputación, el que quedó claramente expuesto en la requisitoria fiscal. Incluso fue impugnado por la defensa pero luego resultó confirmado por el Tribunal de Alzada, llegando así a la instancia del plenario, sin hacerse referencia a ninguna cifra en concreto, ya que mencionó un enriquecimiento patrimonial apreciable, calificado de abultado y desproporcionado, refiriéndose estrictamente a cuentas bancarias del Uruguay y a algunos bienes, que eran el sustento de ese incremento patrimonial sustancial. Los cálculos que se realizaron, si bien fueron disímiles, no afectaron por ello el derecho de defensa, habida cuenta que la acusación era por haber incrementado el encartado sustancialmente su patrimonio en las épocas en que se desempeñó como intendente de Santa Elena o vice-gobernador de la Provincia, señalando que en ningún momento se hizo mención a una cifra precisa y definitiva, estando sí probado que ese incremento existió al surgir el mismo de las cuentas bancarias existentes en Uruguay y de otros bienes ubicados en nuestra provincia. Destacó que el imputado conoció perfectamente siempre de qué se lo estaba acusando y de qué se tenía que defender.-

En cuanto al segundo embate, constituido por el supuesto vicio en la procedencia de la notitia criminis, expresó que la defensa recurrente consideró que el desaparecido Dr. Neuman había violado el secreto de profesión al entregar documentación que tenía en su poder por actuar como abogado del imputado, lo cual no estaba en modo alguno acreditado, y no podría jamás probarse puesto que quien lo pudo cometer ya no estaba entre nosotros, ni nunca quedó patentizado en hechos verificables. Sostuvo que tales argumentaciones eran meras suposiciones y con ese criterio tan ligeramente fundado se podría suponer también que el Dr. Neuman tuvo esa papelería no por su función de abogado de Rossi, sino como cómplice de una maniobra tendiente a ocultar fondos de procedencia non sancta, por lo que la existencia de esos papeles en poder de la viuda del citado letrado no podía interpretarse como una violación a aquel secreto, sino en otro carácter ilícito.-

Con respecto a la cuestión de la constitucionalidad de la norma del art. 268(2) del Código Penal, señaló que ella ha sido duramente cuestionada por un sector de la doctrina nacional, sin que sobre la misma se hubiera expedido aún la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Expresó que el Ministerio Público que representaba defendía la legitimidad de esa norma, la cual preveía dos momentos consumativos: uno que requería un accionar positivo, o sea el enriquecimiento manifiesto y considerable, y otro negativo, en cuanto a la omisión de una justificación suficiente, estimando que no se violaba ningún derecho del imputado, puesto que en cualquier proceso penal había una gradación que iba desde la mera sospecha hasta el arribo a una sentencia definitiva con certeza, existiendo la sospecha en cualquier delito y, en el examinado en autos, consistía en la existencia de un enriquecimiento apreciable, obtenido durante el desempeño de la gestión pública.-

Precisó que el Ministerio Público Fiscal en la etapa instructoria demostró la existencia de cuentas bancarias en el exterior y el monto de las mismas, es decir estuvo a su cargo la prueba, debiendo el imputado cargar con la justificación de aquello como una chance adicional para desinclinarse. Hubo una intimación para que ejerza su derecho de defensa, y al no desvirtuarse tales elementos probatorios no hay violación de aquel derecho, sino desaprovechamiento de una oportunidad de no ser perseguido y condenado.- Consideró que no estaba entonces afectado el principio de legalidad, el cual tenía en nuestro país raigambre constitucional al estar expresamente consagrado en pactos internacionales. Conforme a lo dispuesto en el art. 268(2) del Código Penal, el imputado sabía que podía defenderse y debidamente imputado no quiso o no pudo justificar tal incremento patrimonial significativo, por lo tanto no había inconstitucionalidad respecto a ese artículo.-

Finalmente en cuanto a la valoración de la prueba, consideró que lo manifestado por la parte recurrente no pasaba de ser una mera discrepancia con lo que se había concluido y resuelto en la sentencia. Consideró que el fallo contenía una valoración lógica y coherente efectuada por quien comandó el acuerdo y al cual se habían adherido sin reservas los restantes integrantes del Tribunal actuante. Expresó que no era saludable para descalificar un acto sentencial sacar de contexto determinados párrafos o palabras, que dentro del marco general de la pieza procesal se mostraban congruentes. Sostuvo también que la apreciación probatoria no aparecía como arbitraria o respondiendo a hechos que no fueron investigados y meritados.-

En relación a la preocupación de la parte recurrente porque el Tribunal consideró el planteo de prescripción confuso, entendió que tal cuestionamiento era erróneo, en tanto se intimó a un funcionario a que justifique el incremento desmedido de su patrimonio operado en el desempeño de su función por haberse constatado que éste era desproporcionado con los ingresos que tenía y tal requerimiento se hizo antes de transcurrir el término de la prescripción, en este caso el del art. 268(2) del Código Penal. La intimación fue efectuada en el año 1999, o sea cuatro años después que el encartado dejó la función pública, es decir, mientras el poder de acción por ese delito se encontraba vigente, debiendo tal justificación apuntar a todo el período durante el cual se desempeñó en la función pública, puesto que lo que debe explicarse es de qué modo se incrementó su patrimonio desde el inicio de la gestión funcional hasta que cesó en la misma, como si se tratara de un delito continuado.-

Por las razones expuestas solicitó que se desestimara el embate casatorio y se deje confirmada la sentencia en todas sus partes.-

III.4- Por último, concedida la palabra al imputado Domingo Daniel Rossi, éste manifestó que ratificaba el planteo recursivo efectuado por la defensa técnica, relatando que la mayor angustia que recibió en el debate fue cuando el Fiscal de Cámara le imputó resúmenes de cuentas que sumaban casi cinco millones de dólares, no pudiendo ya defenderse de esa atribución errónea.-

Se refirió a su trayectoria laboral, tanto privada como política, reiterando que en las elecciones de noviembre del 2003 optó por presentarse a consideración de la gente de su ciudad aun procesado, sin fueros constitucionales, y resultó electo por más del 60% de los votos, recordando todos los cargos electivos desempeñados y subrayando que para las próximas elecciones se presentará otra vez como candidato a Intendente y no en cargos donde pueda lograr fueros o protección contra acusaciones como la presente.-

IV.- Reseñados en los párrafos anteriores los argumentos y alcances del fallo cuestionado, los agravios de la parte recurrente, la opinión del representante del querellante particular y del Ministerio Público Fiscal y del propio imputado, comenzaré el análisis del thema decidendi, adelantando desde ya mi postura por el rechazo íntegro del

embate casatorio y la consecuente confirmación de la sentencia puesta en crisis.-

IV.1- A esos efectos, resalto con Roxin que los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades reconocidas por el ordenamiento legal, que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado para alcanzar esos objetivos y posibilitar su armónico funcionamiento.-

Por lo tanto, comprende también los deberes de cumplimiento impuestos por normas creadas por el Derecho, sin ser estimado el concepto de bien jurídico de manera estática, porque se mantiene abierto a los cambios sociales y a los progresos del conocimiento científico, siempre que se dé dentro del marco de los objetivos constitucionales (cfr. "Derecho Penal", Parte General, T. I, pág. 56 y sgtes., ed. Civitas 2000).-

La figura del art. 268(2) se ubica den-tro del Título 11, dedicado a los delitos contra la Administración Pública, no habiendo acuerdo acerca de cuál es el bien jurídico que pretende proteger, porque mientras Caballero sostiene que es el interés social de toda la comunidad en que sus funcionarios y empleados públicos no corrompan la función pública y justifiquen su enriquecimiento al ser requeridos, en calidad de exigencia legal y social (ver "Enriquecimiento Ilícito de los Funcionarios y Empleados Públicos" (después de la reforma constitucional de 1994), en LL 1997-A, pág. 793), Carlos Creus afirma que protege la imparcialidad de los órganos de la Administración Pública frente a terceros, sobre todo cuando se la ve atacada por quienes utilizan los poderes propios de la función para lucrar y/o permitir beneficios a terceros (cfr. "Derecho Penal", Parte Especial, T. 2, 6ª edición de Astrea, pág. 310).-

Para el profesor Donna, el bien jurídico tiende a proteger el interés de la Administración Pública, sin que la transparencia, gratuidad y probidad de la misma estén incluidas como algo específico, porque ello no resulta de ningún antecedente legislativo ni de la estructura de la norma (ver "Derecho Penal", Parte Especial, T. III, pág. 394 y sgtes., edición Santa Fe, 2005).-

Opinan lo contrario Javier de Luca y Julio López Casariego, ya que para ellos no se protege el patrimonio de la Administración Pública, ni el de los particulares engañados o intimidados por los funcionarios públicos corruptos. Tampoco el normal o regular

funcionamiento de la actividad administrativa o de los funcionarios o de la prestación de los servicios, ya que lo que importa es proteger la imagen de transparencia, gratuidad y probidad de la Administración y de quienes la encarnan (ver "Enriquecimiento Ilícito y Constitución Nacional", LL 2000-A, pág. 249).-

Para otros, se quiere preservar la ética del funcionario para mantener el respeto de los organismos del Estado por parte de los ciudadanos, que es afectado o agredido por la conducta descripta en el tipo penal respectivo. Es decir, se apunta a la preservación del decoro, la dignidad y la insospechabilidad de la Administración Pública (cfr. Inchausti, Miguel A.: "Enriquecimiento Ilícito de Funcionario", pág. 39 y sgtes., ed. Ad-Hoc, marzo de 2001).-

En definitiva, jurisprudencialmente se han concretizado tales concepciones y se ha dicho en casos puntuales que se persigue sostener el honesto y correcto comportamiento de los funcionarios y evitar que la función pública se utilice para obtener beneficios al margen de la ley, en vez de satisfacer el bienestar general (CN Crim. y Correcc., Sala I in re "Vallone, José S.", fallo del 11/06/98, en LL, 1999-B, pág. 336).-

Se quiere entonces establecer que el funcionario público es un órgano de la administración cuyo accionar influye en el prestigio de la función pública (CN Crim. y Correcc., Sala I in re "Papalardo, Héctor", res. del 16/05/05). Por lo tanto, se quiere también prevenir las conductas anormales que persigan a través de la condición de funcionario público el logro de aumentos patrimoniales significativos, lesionando la transparencia, gratuidad y probidad de la administración (CN Crim. y Correcc., Sala IV in re "Gugliermine, Raúl", fallo del 4/10/99, en LL, 2002-B, pág. 712).-

El accionar delictivo previsto se desdobra entre la constatación de un enriquecimiento patrimonial apreciable del funcionario público o de la persona interpuesta para disimularlo, posterior a la asunción de un cargo o empleo público, y el no cumplimiento de justificar la procedencia lícita, como infracción a una norma de deber específica.-

Convergen pues, la condición de funcionario público, quien al asumir esa función queda advertido que no podrá hacerse rico aprovechando tal calidad, ni mantener en secreto su patrimonio. En consecuencia, los funcionarios tienen deberes que no los poseen en la

misma medida las personas comunes y si no quieren sufrirlos, bastará con que no se conviertan en funcionarios, conforme lo decía ingeniosamente Soler en 1960. Además, tiene que haberseles comprobado un desproporcionado y notorio incremento patrimonial, frente al cual y al ser debidamente requeridos, no lo justifiquen en su licitud, que no puede ser estimado inconstitucional ya que se trata de una suerte de "chance" que actúa como condición objetiva de punibilidad y le da la posibilidad de justificar su procedencia legítima.-

Como bien lo sostienen Javier de Luca y Julio López Casariego, así está legislado en la Argentina, "y no es correcto cuestionar su constitucionalidad porque su relación y funcionamiento no respete todos y cada uno de los elementos de alguna clasificación más o menos aceptada por los científicos..." (cfr. "Enriquecimiento Patrimonial de Funcionarios, su no justificación y problemas constitucionales", en Revista de Derecho Penal -Delitos Contra la Administración Pública- T. II, pág. 117, dirigida por el Dr. Edgardo Donna, ed. Rubinzal-Culzoni, 2005).-

IV.2- Dentro de esos parámetros se proyectó la sentencia atacada, la cual hizo un pulcro análisis de las pruebas y diligencias cumplidas hasta llegar a la demostración de los elementos de los cuales se extrajo certeza a fin de delinear el objeto procesal endilgado, haciéndolo del siguiente modo:

"...Luego de este extenso, pero imprescindible relato de la prueba producida en la audiencia, del análisis de ésta, del resto de la prueba de la etapa preparatoria y preliminar, así como de la postura de las partes en la Discusión Final, adelanto mi conclusión coincidente con la Fiscalía de Cámara y la Querella, en el sentido de que se ha arribado a la certeza, como grado convictivo racional ineludible para el dictado de una condena, es decir para la construcción de la culpabilidad en un proceso penal de un Estado de Derecho, sobre la existencia del hecho que se le ha endilgado al encartado Rossi, y su autoría material.-

En otros términos, se ha arribado a la certeza de que durante el período comprendido entre los años 1983 a 1995 en que se desempeñó como intendente de la ciudad de Santa Elena -Departamento La Paz (E.R.) -1983/1987 y 1991/1995- y como Vice-Gobernador de la Provincia de Entre Ríos - 1987/1991, produjo un enriquecimiento patrimonial apreciable

que no se condice con los haberes que percibía por el ejercicio de dichos cargos públicos y que, requerido formalmente en fecha 11 de Febrero de 1999 a justificar la procedencia de dicho incremento patrimonial, lo hizo insuficiente y sin respaldo documental alguno en fecha 10 Marzo de 1999, obviando además reputar los demás extremos precisados en la pieza fiscal de fs. 387/8, referidos al inmueble ubicado en calle Colón N° 231 (según Título) o N° 465 (parcelario) de la ciudad de Paraná (E.R.), no acreditando el abultado y desproporcionado patrimonio, que se ve reflejado fundamentalmente, en los Informes producidos por el Ing Bank, Sucursal Paysandú (R.O.U.) y Banco Surinvest, Sucursal Montevideo (R.O.U.) las cuales resaltan la existencia de importantes sumas de dinero, que intento disimular con la participación de Fermina González (madre), María Alba Rossi (hermana) e Isolina García (ex-cónyuge) a quienes colocó como titulares de las cuentas y/o plazos fijos referidos..." (cfr. fs. 1774 vta./1775 vta.).-

IV.3- Acerca de ello, el instituido pudo conocer cabalmente los términos de la atribución delictiva en todas las etapas pertinentes del proceso, tal cual lo expresó el sentenciante, a saber:

"El Sr. Defensor del imputado Rossi, volvió a plantear en su alegato final, la nulidad de la Requisitoria Fiscal y ahora de la Acusación, porque al no estar determinado el monto del enriquecimiento ilícito, era imposible saber de que defenderse, y que se ha variado la imputación, vulnerando la estrictez de la tipicidad.-

Entendemos que, pese al esfuerzo de la defensa, el embate no es procedente, pues como dijimos al resolver esta cuestión como Preliminar, "...es evidente que se ha dado cumplimiento acabado a los principios de correlación o congruencia y que ello ha garantizado plenamente el derecho de defensa del imputado, como ya ha sido resuelto al concretarse planteos similares en la etapa preparatoria. La simple lectura del hecho incriminado, reiterado por el Sr. Fiscal Dr. Martínez a fs. 1177/1189, satisface con holgura el relato del suceso histórico incriminado con significación jurídico penal en la figura del art. 268(2) del C.Penal, sin que el elemento normativo del tipo -enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo...- requiera de la precisión de un monto determinado, el que en su caso podrá ser establecido como culminación del debate

oral."

En efecto, si algo no se puede esgrimir en este proceso, más allá de todo celo defensivo, es indefensión, salvo que se le quiera otorgar tal denominación a los cuestionamientos que han sido desechadas, tanto en la etapa Preparatoria como de Juicio.-

Ya al momento de inicio de la presente causa, con la requisitoria Fiscal de Medidas Previas (cfr. fs. 1/6), se acompañó un ejemplar de la Revista Análisis, y una copia de movimientos de la cuenta en el Banco Surinvest de la Rca. Oriental del Uruguay, que le eran atribuidas a Rossi como presunto enriquecimiento ilícito en la Función Pública.-

Es decir, desde el primer momento de la apertura de investigación, el objeto procesal ha sido exactamente el mismo: la existencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable, incompatible con los ingresos de la función pública en el encartado, y que se verificaban en la tenencia a nombre de terceros familiares -como interpósitas personas-, de depósitos de importantes sumas dinerarias en bancos del país vecino.-

Ahora bien, como lo dijo el testigo Gómez, autor de la investigación periodística, y acompañante de la ex-cónyuge de Rossi, Isolina García al Uruguay con el fin de averiguar sobre las cuentas bancarias, él continuó con la verificación de este tema, ante la negativa enfática de Rossi, al conocerse la publicación que inicia la causa, de que tuviese cuentas en el exterior.-

Precisamente, en fecha 12/8/97, casi un mes después de la noticia fiscal, el encartado Rossi efectuó una presentación espontánea (fs. 76/79), con el patrocinio de los letrados Neuman y Federik, donde se tilda a la denuncia de falsa y escandalosa, motivada en el divorcio de la sobreseída García, y en el que se califica de falso al resumen de cuenta, y de apoderamiento ilegal de documentación del cliente al abogado Neuman. En el citado escrito, amén de no reconocer la existencia de cuentas en el exterior, que recién en su indagatoria en la Audiencia Rossi admitió, se explaya sobre que su ex-cónyuge nada le reclamó en el divorcio, y que la casa de Paraná era de su hermana.-

A fs. 232/234 vta. el imputado, ahora con la asistencia del letrado Olivera, interesa el archivo de las actuaciones fundado en que el incremento de su patrimonio se operó conforme a los ingresos de la función pública, calificando de falsas e interesadas mediática

o políticamente a lo denunciado por el medio periodístico.-

Ante el apresurado Archivo dictado a fs. 240/241 vta., luego de una de las tantas negativas del Banco Surinvest a informar escudados en el secreto bancario, que es realizado por el encartado Rossi a fs. 247/249 vta. es la Sala I de la Cámara en lo Criminal, la que recogiendo la postura de la entonces Fiscal de Cámara Dra. Pañeda, revoca aquel, y ordena la continuación de la investigación.-

Es recién a fs. 327/328, y mediante orden judicial de levantamiento del secreto, el ING BANK (ROU) informa sobre la apertura en la sucursal Paysandú en fecha 12/6/89 de la cuenta nro. 311723 a nombre de Domingo Daniel Rossi González y/o Isolina Guadalupe García de Rossi, por la suma de U\$S 19.000, en documentación suscripta únicamente por el primero, la que fue cerrada el 3/7/97 con el retiro de fondos -U\$S 272.464,33-, abriéndose el mismo día, la cuenta 261092 a nombre de Fermina González González/María Alba Rossi -madre y hermana del acusado-, que fue cancelada el 4/8/97 retirando la suma de U\$S 263.662,19. A fs. 871/872, obra informe detallado del movimiento de fondos de dichas cuentas, aunque bajo el logo de Banco Comercial.-

En el requerimiento Fiscal de Instrucción formal obrante a fs. 387/388, que es al mismo tiempo requerimiento a los fines de la justificación por el funcionario del enriquecimiento apreciable, nuevamente se detallan las cuentas tanto del banco Surinvest como del Ing Bank, al igual que la vivienda a nombre de la hermana, es decir está perfectamente determinado cual era el incremento presumiblemente ilícito que el acusado Rossi debía -si quería- explicar en cuanto al origen, ya que no estaban mencionados en su Declaración Jurada Ley 3886 (Confr. fs. 125/128).-

En la presentación que Rossi efectúa, titulada "Justifica Patrimonio"(fs. 390/406), -con la asistencia de los letrados Federik y Olivera-, el encartado hace un vago reconocimiento de las cuentas bancarias en el exterior, las que aún de considerarse existentes se verían justificadas plenamente con su patrimonio, fruto del trabajo desde los 14 años, y con la función pública.-

Pero este difuso reconocimiento tenía como finalidad que no se continuara con los Exhortos al Surinvest para que informara sobre las cuentas en la ROU, y tuvo que ser nuevamente la

Alzada, al resolver un planteo Fiscal, el que revocara la decisión del Instructor de fs.407/408, y ordenara la producción de esta prueba.-

Esta finalidad queda patente en la petición de Sobreseimiento de fs. 605/606, fundada en el secreto bancario, que en suposición de la Defensa impediría el informe de Surinvest, lo que es denegado por el "a quo" a fs. 609/vta.-

La cerrada negativa del encartado a la información sobre las cuentas del banco Surinvest (ROU) quedan aún más a las claras, cuando la pensionada Fermina González, -luego sobreseída como partícipe del hecho atribuido a su hijo-, aparece (fs. 691/692) apoderando a uno de los Estudios Jurídicos más importantes del vecino país, los que solicitan -y obtienen- la revocación del oficio con levantamiento del secreto bancario (fs. 693/700), en fecha 23/12/99.-

Pese a los obstáculos opuestos por el encartado - a través de su interpósita madre-, se logró a través de un nuevo Exhorto, que la Segunda Instancia revoque otra negativa de la 1a.Instancia y ordene los informes (confr. Exhorto Internacional obrante por cuerda, fs. 54/56 vta.).-

El Dr. Pereira Shurmann, en representación de Fermina González, madre y cómplice sobreseída del encartado, interpuso Casación contra la resolución que abría el secreto bancario, contratando incluso un dictamen del catedrático más influyente del Uruguay, el Prof. Gonzalo Fernández, con resultado negativo, ya que obviamente la Corte Suprema entendió que una providencia por la que se dispone el diligenciamiento de medidas probatorias, no integra el elenco de sentencias casables (fs. 121/122), recién en fecha 20 de febrero de 2002, y emitiéndose la Información por el Banco el 16/9/2002 (confr. movimiento de las cuentas de fs. 206/213; fs. 953/961 del principal).-

Finalmente, ya en la etapa preliminar de Juicio, se informó sobre el movimiento de la cuenta nº 5507975, que estuvo a nombre de Isolina García, y que fuera cerrada el 4/6/90 (confr. fs. 51/52 del Exhorto internacional obrante por cuerda; ídem testimonios de fs. 1583/1584 del principal).-

Con la defensa del letrado Neuman, -junto a Federik-, a partir de fs. 868, el imputado Rossi es llamado a prestar indagatoria, bajo la misma imputación fáctica que se ha reseñado

"supra", haciendo uso de su derecho constitucional de abstención (fs. 1001/1002 vta.).-

Esta misma imputación es la que luce en el Auto de Procesamiento de fs. 1047/1056.-

Con la defensa del letrado Neuman, Rossi impugna el procesamiento alegando incongruencia, pero no por indefensión sino porque se había dictado Sobreseimiento de las personas interpuestas en el Enriquecimiento (confr. 1057/1059).-

Entre otros fundamentos (confr. 1103/1109 vta.), se arguye nuevamente sobre que no hay pruebas de que las cuentas extranjeras no fuesen de titularidad de las sobreseídas Isolina Guadalupe García, Fermina González y María Alba Rossi de López -ex cónyuge, madre y hermana del acusado.- Estas habían sido sobreseídas por Prescripción de la acción penal en orden al art. 268(2)CP, en su texto anterior (confr. fs. 46/48 , confirmado por la Sala I de la Cámara del Crimen a fs. 67/69vta, del Incidente obrante por cuerda).-

Pero también el Sr. Defensor Federik, en su Mejora, alega contra lo que considera "cálculos Arbitrarios sobre Depósitos Uruguayos", en que habría incurrido el "a quo", es decir dando por obvio que conoció cual era el objeto de la imputación.-

La Alzada rechazó todos los argumentos del apelante, confirmando el Procesamiento a fs. 1112/1122.-

Finalmente, a fs. 1177/1189 el Dr. Martínez, Fiscal de la jurisdicción de La Paz, formula Requerimiento de Elevación a Juicio, con igual descripción del Hecho Imputado a Rossi que las relatadas "supra".-

Tanto en la Oposición a la Elevación a Juicio, como en la Apelación contra el auto denegatorio (fs. 1201/vta.; 1219/1211), la defensa no se agravia de Indefensión por incompletud en la acusación, lo que tampoco aparece en el rechazo del Rec. de Queja (fs. 1219).-

Obvio es resaltar, que tampoco en la comparecencia a Juicio, ni el planteo de Inconstitucionalidad reiterado ante este Tribunal, la defensa aduce indefensión alguna (fs. 1231/1242; 1285/1295 vta.). Este último llegó en queja ante la Sala de Casación, la que rechazó la misma (Conf. testimonio de fs. 1334/1335).-

Como se vio en la reseña de lo acaecido en el debate, el imputado Rossi en su indagatoria reconoció expresamente su titularidad de las cuentas en el exterior, en el Ing Bank, a su

nombre y de su ex-esposa y su madre y en el Surinvest -una sola cuenta- que por consejo del síndico, amigo, abogado del Banco de Entre Ríos, por cuestiones fiscales, la puso a nombre de su esposa y madre, la que cambió cuando vino la separación.-

En síntesis, el encartado que en sus presentaciones originarias negó enfáticamente la existencia de cuentas bancarias de su pertenencia; ante el levantamiento del secreto adujo que esas cuentas no estaban a su nombre, para finalmente admitir su titularidad, a través de un proceso que ha durado casi nueve años, con innumerables planteos nulificantes, de recusación, agotando toda posibilidad recursiva -apelación y Casación, no puede seriamente pretender que no se ha podido defender, cuando el objeto de la imputación es precisamente la tenencia de gruesas sumas de dinero en esas cuentas, que obviamente conocía por operar en depósitos y retiros.-

Cualquier afectación material a la integralidad del derecho de defensa es llanamente insostenible.-

Como bien dijo la Fiscalía de Cámara, se ha cumplido a rajatablas a con el "principio de correlación o congruencia" como "due process", es decir la congruencia material entre el "factum" objeto de la intimación y de la decisión jurisdiccional, y que esa "materialidad" contiene todos los elementos descriptivos y adscriptivos de la atribución, dentro de la reconstrucción histórica que el enjuiciamiento penal en un Estado de Derecho significa.-

Y como ha dicho el vocal Carubia en el precedente "Cejas" que acoge expresamente esta tesis, reiterada luego en innumerables fallos posteriores, esta correlación o congruencia "...debe mantenerse durante todo el desarrollo del proceso" desde la Requisitoria Fiscal de Instrucción, el auto de Probabilidad delictiva, la apertura de Juicio, acusación y sentencia.-

Esta idea no solo contiene el conocido principio del "ne procedat ex officio", sino el impedir la afectación a la defensa por sorpresividad, de allí que algunos proyectos modernos incluyan la advertencia previa del Tribunal a ésta de la posible modificación de la calificación jurídica, para que prepare su defensa, siguiendo a la Ordenanza Proc. Penal alemana (confr. nuestro tratamiento del tema, comentando la doctrina de la Sala Penal de Casación, en "El recurso de Casación y el control de la garantía constitucional del juicio previo" en JER, nº 55, ed. Delta, por todos).-

En realidad lo que planteó el Sr. Defensor, Dr. Federik, no es un problema de indefensión y por ende de nulidad, sino de apreciación y merituación de la prueba, de suerte que como culminación del debate oral se pueda concluir con certeza en que se dio el elemento normativo del tipo - enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para diskmularlo..., que no había sido declarado por el Funcionario quebrantando su deber positivo, y que luego no justificó -demostrando su origen legítimo-, al ser debidamente requerido.-

Es obvio que esto es un problema de prueba sobre la legitimidad de dicho acrecimiento patrimonial, y no de atribución, ya que ésta no requiera de la precisión de un monto determinado, el que por otra parte era totalmente conocido por el acusado quien por su propios dichos manejaba personalmente dichas cuentas.-

Que difieran en sus conclusiones finales acusatorias la Querella o la Fiscalía, sobre el monto definitivo de enriquecimiento no justificado, frente a la pretensión absolutoria de la defensa, no supone, reitero indefensión alguna..." (cfr. fs. 1776 vta./1781 vta.).-

IV.4- Como vemos, el impugnante pretende haber tenido una correlación numérica absoluta entre la atribución sobre la cual se hizo el requerimiento de justificación del enriquecimiento patrimonial apreciable hasta la acusación del debate y la sentencia de grado, para considerar preservado su derecho de contradicción y respuesta, cuando en verdad ello no es exigido por el tipo penal, ni tampoco por los requisitos del debido proceso, sobre todo si le fue siempre factible conocerlo en sus alcances y proyecciones a partir de la determinación de los bancos donde se depositaba el dinero y de los otros bienes que adquirió.-

A su vez resulta ser una pretensión insólita la de situar como inicio deslegitimado del proceso a partir de lo que se denomina una fuente ilícita, violatoria del secreto profesional, atribuido al Dr. Neuman, sin demostrar que efectivamente ello aconteciera y resultara la exclusiva fuente causal de inicio de las investigaciones, apareciendo ciertamente aquél en situaciones muy cercanas a la complicidad, encubrimiento o apoyo en la consecución de las maniobras de enriquecimiento ilícito adjudicadas a Rossi. Por eso, lo expuesto por el Dr. García al respecto no fue de ninguna manera rebatido y para mejor ilustración lo

transcribimos seguidamente:

"El letrado Dr. Federik, planteó durante el juicio, y reiteró en el alegato, la nulidad de todo lo actuado por "notitia criminis" ilegal, cual habría sido la entrega por parte del Dr. Neuman a la testigo Pemayón de documentación que tenía en orden al secreto profesional, y que al ser este delito cometido por Neuman el origen directo de toda la causa, invalidaría todo el proceso, en virtud de la teoría del "fruto del árbol envenenado", citando los conocidos precedentes de la CSJN.-

Como bien dijo el Sr. Fiscal de Cámara Dr. Chémez, nada hay en la causa que permita llegar a tamaña conclusión como la que pretende la Defensa, ya que no se demuestra que Neuman tuviese esos papeles en virtud de secreto profesional, sino por contacto personal, o aún complicidad o encubrimiento, lo que se ve a las claras en que Rossi no querelló a Neuman, sino que incluso luego lo nombró su defensor sin decir nada de la ilicitud del accionar del letrado.-

Ana Yolanda Pemayón prestó declaración testimonial en el debate, en términos similares a los de la etapa preparatoria (fs. 24/28), en el sentido de que encontró unos papeles que le habían sido entregados por su ex- marido, el Dr. Carlos Alberto Neuman, quien le dijo que le iban a servir, que se los dio cuando estuvo muy enfermo, un año antes del 97, documental que le fue exhibida (fs. 6/12), y que el papel de fs. 8 es el que le dio Neuman, haciendo ella las anotaciones a mano. En la audiencia ratificó su versión anterior de que a Neuman no le dieron el cargo prometido de Juez de Paz, y que entonces por ello le dio los papeles, por si el día de mañana Rossi no le daba alimentos o trabajo, entendió ella como para presionarlo, y que ella se lo dijo a Isolina García, porque ese papel tenía su firma.-

Aclaró incluso Pemayón en su testimonial de Instrucción, que Neuman al dejarla no le pidió nada, cree que no se acordaba de los papeles que le había dado, y que se había enojado cuando ella le contó que había hablado con Isolina García, incluso golpeándola. Según Pemayón en ese momento Neuman era el "consejero" de Rossi.-

Como vimos "supra", en fecha 12/8/97, casi un mes después de la noticia fiscal, el encartado Rossi efectuó una presentación espontánea (fs. 76/79), con el patrocinio de los letrados Neuman y Federik, donde se tildaba a la denuncia de falsa y escandalosa,

motivada en el divorcio de la sobreseída García, y en el que se calificó de falso al resumen de cuenta, y de apoderamiento ilegal de documentación del cliente al abogado Neuman, alegando ya en ese entonces que no se puede utilizar esta documentación en virtud del secreto profesional. En el citado escrito, amén de no reconocer la existencia de cuentas en el exterior, que recién en su indagatoria en la Audiencia Rossi admitió, se explaya sobre que su ex- cónyuge nada le reclamó en el divorcio.-

En su escrito de fs. 247/249 vta., el encartado Rossi, ahora con la asistencia del letrado Olivera se manifiesta en pro del archivo que fuera revocado luego por la Alzada, y cambia su estrategia, e imputa a Pemayón el delito de Encubrimiento -del art. 268 (2)CP-, por haberlo conocido y no denunciado, y al mismo tiempo de Extorsión por la posible utilización de los documentos contra Rossi. Más allá de lo absurdo del planteo, nada se dijo aquí sobre violación del secreto.-

Nada articula la defensa en su escrito de fs. 390/406 ante el Requerimiento Fiscal, sobre los dichos de Pemayón, como así tampoco en la Apelación del Auto de Procesamiento (fs. 1057/1059), efectuada por el letrado Neuman, ni en la Mejora de Fundamentos que hace el co-defensor Federik a fs. 1093/1104. Igual ausencia de mención ocurre en la Oposición a la Elevación a Juicio, y en la Apelación contra el rechazo (confr. fs. 1201/ vta.; 1210/1211).-

Esta necesaria relación de lo articulado por la Defensa durante la causa, es a los fines de resaltar lo que hemos de calificar como un grosero artilugio defensivo.-

En efecto, pese a conocerse desde el inicio de la causa que la testigo Pemayón entregó a Isolina García los papeles que en realidad le pertenecían por aparecer como titular de la cuenta en el banco Surinvest, y que a su vez le habían sido dados por Neuman, es recién en esta audiencia de Debate que el otrora co-defensor de Rossi, hoy fallecido es denunciado por la Defensa por violación al Secreto Profesional.-

Es decir que la defensa de Rossi, abandonó su primigenia postura de "apoderamiento ilegítimo de papeles privados del cliente de Neuman", alegada en vida de éste como co-defensor, para atribuirle directamente la tipicidad dolosa del art. 156 del CP.-

Pero ningún elemento existe en la causa para concluir en que los papeles entregados por Pemayón a Isolina García, fuesen provenientes del secreto de la profesión de abogado. La

demanda de "Separación personal", que luce a fs. 98/99, es solo de un mes anterior a la aparición del Semanario Análisis, y es obvio que para manejar las cuentas en la ROU, como admitió que hacía personalmente Rossi, no necesitaba asistencia letrada, aunque si quizás un cómplice.-

Con picardía el letrado Federik, interesó que quedase constancia en acta de que la testigo dijo que: "el papel se lo entregó siendo su ex-marido abogado de Rossi", cosa que nunca dijo la testigo Pemayón, como vimos "supra", de allí el rechazo del Tribunal, con la advertencia de que ello era solo una conclusión de la Defensa.-

Pemayón con mucha claridad señaló que esto le había sido entregado tiempo atrás, ante un incumplimiento de una promesa de Rossi, para que le sirviera, obviamente en caso de que Neuman faltase, pero en ningún momento ello aparece como fruto de una asistencia en juicio o en una posición legal, que impidiese entregar estos papeles a su concubina. Tan es así que Pemayón admite que cuando Neuman se fue de su casa, sí era "consejero" de Rossi, y que no se acordaba de lo que le había entregado.-

Que Rossi consintió en que esto no integraba el "secreto profesional", lo demuestra, como dijo el Dr. Chémez, el hecho de que no querelló a Neuman, en virtud del art.73 y 156 del CP, -como víctima de un delito de acción privada-, sino que lo nombró su defensor, cargo que compartió con el Dr. Federik hasta su muerte, y que en ese lapso no alegó tal vulneración al art. 156 del CP.-

Pero no solo cabe la sospecha de que Neuman conocía los depósitos en el exterior a nombre de terceras personas, - en el caso, Isolina García-, como amigo, socio, cómplice o encubridor, como destacó el Dr. Chémez, sino que en definitiva la información pertenecía a la ex-cónyuge de Rossi. Ella era la que aparecía como titular de la cuenta bancaria, y que ignoraba su existencia, y que al saber la situación, no hesitó en brindar la información al periodista Gómez, e incluso en efectuar la presentación espontánea ante el Sr. Juez, Dr. Vilarrodona obrante a fs. 13/15 vta. en presencia del Sr. Defensor Oficial, y advertida de la posibilidad de autoincriminación en los términos del art. 268 (2)CP.-

Es por ello que la presentación del Sr. Fiscal Dr. Rojkin a fs. 1/5 acompañando un ejemplar del semanario "Análisis", que contiene el trabajo de investigación periodística de Sergio

Gómez, tal como él lo relató, es una fuente plenamente legítima del inicio del proceso, y de ningún modo significa una "notitia criminis ilegal".-

También hubiese sido una fuente independiente y legítima de inicio de la investigación instructoria, obviamente seguida de la requisitoria Fiscal pertinente, la declaración espontánea autoinculpatoria de Isolina Garcia, ya aludida, pues se trató de un acto voluntario con todas las garantías de la defensa en juicio.-

No hay entonces nulidad de lo actuado, y la alusión a la doctrina de la CSJN cimentada en casos de tortura, coacción o allanamiento ilegal de domicilio de los inculpados, es francamente descontextuada.-

Es decir quien tenía la facultad de guardar lo anoticiado o divulgarlo era precisamente Isolina Guadalupe García, quien como dijo en la audiencia pretendía limpiar su nombre, es decir demostrar su desconocimiento de haber intervenido como persona interpuesta en el presunto enriquecimiento ilícito de su ex-cónyuge.-Que la referida ex-cónyuge no haya podido ante la prescripción, demostrar que actuó como instrumento no doloso del "intraneus" competente institucional, -Rossi-, no quita la legitimidad de su presentación espontánea y su interés en la información, incluso con facultad de obtenerla forzosamente en Estado de Necesidad Justificante..." (ver fs. 1781 vta./1784 vta.).-

IV.5- Por consiguiente, tampoco puede prosperar lo argüido en punto a la supuesta afectación del principio de legalidad, con la intención ulterior de considerar otra vez lo atinente a la rechazada prescripción de la acción penal, ya que como muy bien lo explica y decide el sentenciante:

"La defensa efectuó también un confuso planteo de afectación al principio de legalidad, por la falta de límites al deber de Justificar del Funcionario, ya que pese a no tratarse de un delito de lesa humanidad, ni de homicidio, en el presente caso se ha requerido en 1999 que justifique lo que ocurrió desde 1983. Según la defensa el imputado solo debería justificar el límite máximo de la pena es decir seis años.-

Por más que la Defensa haya intentado diferenciar su planteo, el mismo en parte, como bien le replicó la Acusación pública y la Querella, implica un replanteo del tema de la prescripción, ya resuelto y denegado en dos oportunidades por la Sala Penal del STJ, el

primero al declarar mal concedido el Recurso (fs. 39/vta. del incidente obrante por cuerda); el segundo en fecha 24/6/2003, por mayoría, en lúcidos votos a fs. 153/158 del incidente apiolado.-

En nuestra opinión coincidente con el voto del vocal Chiara Díaz, sea que se entienda al tipo del art.268 (2), como de omisión de justificar, o como un delito complejo que se construye desde el quebrantamiento de un deber positivo -de transparentar- y de otro deber negativo -no enriquecerse ilegalmente-, siendo el Requerimiento una condición objetiva de punibilidad, es decir un elemento del tipo objetivo como tipo garantía, siempre la prescripción comienza a correr desde que acaece esta última.-

Ahora bien, requerido dentro de un término racional, como en el caso, el lapso a justificar, es el término en que el sujeto haya desempeñado la función pública que suscita la posición de Garante Institucional. No hay en esto afectación a garantía alguna, ya que uno de los requisitos legales para ser funcionario es, como veremos, el deber de transparencia a través de la declaración de toda variación patrimonial. Todo funcionario sabe también por ej., que mientras dure la misma toda prescripción se suspende, y nadie ha sostenido que esto afectara la legalidad o principio del hecho.-

Es verdad que quizás una reforma debería establecer un plazo máximo para Requerir, de modo que éste no pueda extenderse "sine die", pero este tema no tiene que ver con el lapso a justificar que necesariamente debe durar tanto como la función pública.-Esto es similar a lo que acaece con los delitos permanentes, o con el delito continuado..." (cfr. fs 1784 vta./1785 vta.).-

IV.6- Asimismo resultó íntegra y cabalmente analizado el espectro probatorio referido al apreciable enriquecimiento patrimonial del encartado, para lo cual se desmenuzaron minuciosamente las constancias legítimamente incorporadas al proceso, en especial, la pericia del Contador Nicolás Cozzi y los aportes del testigo Budasoff, informes bancarios, los movimientos de las cuentas individualizadas, los ingresos obtenidos y los gastos y ahorros aducidos, bajo el prisma de las reglas de la sana crítica racional, que no son otras que las propias del correcto entendimiento humano, la sicología, la experiencia común y los principios de las ciencias, dando cuenta del mismo del siguiente modo:

"...Una vez desechados los planteos nulificantes o de legalidad incoados por la defensa, hemos de adentrarnos a la cuestión sustancial, es decir: al enriquecimiento patrimonial de Rossi, totalmente exorbitante de su posibilidad de evolución normal con los ingresos debidos de la función pública, la previa no declaración de su evolución tal cual era su deber, y el infructuoso intento de la Defensa de engrosar artificialmente los haberes de Rossi para acercarlos a los fondos bancarios, recién ahora admitidos por el encartado a través de los interpositos sobreseídos.-

En lo que atañe al enriquecimiento apreciable la prueba es contundente desde los dichos coherentes y veraces de Isolina García, de Ana Pemayón, del periodista Sergio Gómez, y hasta de quien ofició como chofer, Benítez, amén de la documental acompañada a la causa, ya referida tanto la que tuvo Pemayón como la obtenida en las entidades bancarias. Así podemos tener por demostrado que ante el aviso de Pemayón, viajaron con García a la sede del Surinvest en Buenos Aires, donde ésta retira \$ 10.000 de una de las cuentas, luego se van a Montevideo y le dicen que no hay nada en la cuenta, eso el primero de julio. Como bien recordó la Fiscalía, el 3 de julio, de la cuenta que estaba a nombre de Isolina García y Rossi, se retiran aproximadamente \$ 273.000 y se depositan en otra cuenta \$ 263.000.-

En septiembre del 97, Pemayón, García y Gómez van a Montevideo, oficiando de chofer Juan Carlos Benítez (confr. fs. 195/vta.), obteniendo la ex-cónyuge de Rossi, fotocopias del movimiento de la cuenta, 5508247 de su titularidad con la madre de Rossi, y una nota de ésta ordenando la transferencia de fondos a la cuenta nro. 1137777, que se hallaba a nombre de ésta y de la hermana de Rossi, María Alba, en fecha 13/5/97, es decir confirmando la operación de cambio de fondos ante la separación de Rossi. Esta documental, es aportada por el testigo Sergio Gómez a fs. 154/166.-

Como destacamos "supra", todo esto fue negado enfáticamente por Rossi y calificado de falso en sus distintas presentaciones ya reseñadas, en las que pretendía el archivo de lo actuado, en orden a la imposibilidad de acceder a datos sobre las cuentas en bancos de la ROU, por el secreto Bancario. Obvio es señalar que esta táctica se derrumba cuando luego de un denodado y elogiado esfuerzo del Ministerio Público Fiscal se logra que la justicia del

vecino país ordene el levantamiento del secreto, y la contestación de los exhortos reiterados, aunque recién ello haya ocurrido en septiembre de 2002.-

Debemos entonces afirmar como claramente demostrado, que Rossi no solo incumplió con su deber de transparencia en la función pública al no declarar las cuentas en el exterior, (confr. fs. 125/128), sino que negó en todo momento la existencia de las cuentas y su titularidad, y contrató a través de su instrumento, la pensionada Fermina González, a uno de los importantes estudios jurídico penales del Uruguay, para llegar hasta la Corte Suprema intentando evitar la contestación de los exhortos con la información bancaria.-

Ante la contundencia de los informes bancarios, Rossi en su indagatoria termina admitiendo que él manejaba dichas cuentas, aunque pretende minimizar tanto los montos allí depositados y las diversas transferencias, como la circunstancia de haber cambiado los fondos a otra cuenta a nombre de su madre y hermana, ambas como se ha visto imposibilitadas de poseer semejante cantidad de dinero.-

En realidad, la admisión de Rossi que adquiere el carácter de confesión libre y voluntaria en el acto de su defensa material, objetiva como verdad material a los dichos tanto de Isolina García, como a los de Pemayón o del periodista Sergio Gómez.-

Así el ING BANK (ROU) informa sobre la apertura en la sucursal Paysandú en fecha 12/6/89 de la cuenta nro. 311723 a nombre de Domingo Daniel Rossi González, y/o Isolina Guadalupe García de Rossi, por la suma de U\$S 19.000, en documentación suscripta únicamente por el primero, la que fue cerrada el 3/7/97 con el retiro de fondos -U\$S 272.464,33-, abriéndose el mismo día, la cuenta 261092 -plazo fijo-, a nombre de Fermina González González/María Alba Rossi -madre y hermana del acusado-, que fue cancelada el 4/8/97 retirando la suma de U\$S 263.662,19.-

El movimiento detallado de dichas cuentas es informado a fs. 871/872, aunque bajo el logo de Banco Comercial. Allí se puede comprobar que se han tratado de importantes sumas de dinero depositadas en plazo fijo, capitalizando intereses, que solo se retiran una vez, -U\$S 35.020- el 18/4/95, y que luego se dejan depositados más de dos años hasta la cancelación. Obviamente que el cambio de cuenta y la transferencia de la suma a la nro. 261092, obedeció a la necesidad de "quitar de en medio" a la ex-cónyuge.-

Pero desde ya se pueden extraer dos conclusiones importantes de esta cuenta. La primera es que los continuos depósitos y la permanencia de los montos acreditando intereses por extensos períodos de tiempo, es absolutamente contradictoria con la pretendida excusa de Rossi, de que allí depositaba "fondos de la política", de indudable volatilidad, si nos atenemos a las propias manifestaciones del imputado o de quienes como el testigo Maya, han intentado cubrir con el manto del "siempre se hizo así", a la evidente ilegalidad del financiamiento de dicha actividad partidaria.-

La segunda conclusión es que los intereses que abonaban las entidades orientales, eran módicas, compatibles con la naturaleza de colocaciones en moneda "dura", que nunca superaban el 6% anual, lo que es lógico atento a la cercanía de la tasa Libor -internacional- para préstamos.-

De modo que la desorbitada tasa de interés "acumulativa" que ha tomado el testigo Budasoff, quien incumplió su tarea pericial de parte, pero efectuó según él dijo, las planillas presentadas por el acusado a fs. 965/971, y que por la similitud también tomó el Sr. Defensor en su alegato, lucen totalmente incorrectas y desfazadas de la situación bajo juzgamiento.-

En efecto, la defensa en su lógico afán absolutorio emplea una falacia argumental que no es de recibo. En su exposición el Dr. Federik, -al igual que Budasoff-, se refirió a la "capacidad de ahorro" del imputado Rossi, y esto es un equívoco no neutro ni casual, ya que lo que se le endilga a Rossi es su enriquecimiento ilícito con esos fondos depositados en el exterior, y que no ha justificado su legitimidad.-

En lenguaje llano no se le pregunta a Rossi por su "capacidad de ahorro", sino que se le ha comprobado un enriquecimiento incompatible con la función pública y el estado patrimonial declarado por él juradamente.-El imputado no está obligado a justificarlo, pero si desea puede hacerlo comprobando su legitimidad, por lo que es un equívoco manifiesto pretender que solo deba efectuar una ponderación -mendaz por cierto, como veremos- de una supuesta capacidad de ahorro totalmente inverosímil.-

Entonces para no "inflar" artificialmente los ingresos lo que debe hacerse es, o bien como el perito Oficial del Sup. Tribunal de Justicia, Contador Cozzi, calculando cuantos dólares

pudo adquirir el imputado con los ingresos, o bien darle a estos ingresos "ahorrados", el mismo interés que le daban en los Bancos de la ROU.-

Esta falacia argumental, se completa con un cálculo de gastos fijos -\$1500- en el encartado, pero con ingresos móviles, lo que es asaz incorrecto, y nos lleva a desechar por completo tanto a los imaginativos "cálculos" del testigo Budasoff, como a su esforzada defensa en los alegatos.-

Ahora bien, es con el informe del banco Surinvest, con sede en Montevideo y sucursal en Buenos Aires, resistido como vimos por el encartado, donde se logra demostrar el impresionante movimiento de fondos de sus cuentas, desde la originaria nº 5507975 a nombre de Isolina García, a la nº 113777, a nombre de Fermina González y/o Rossi, María Alba; y la nº 5508247 a nombre de la ex-cónyuge y de la madre del imputado (confr. movimiento de las cuentas de fs. 206/213 del Exhorto Internacional; fs. 953/961/1583/1584 del principal).-

De acuerdo al informe referido podemos, en consonancia como lo sostuviera la Fiscalía, analizar el desenvolvimiento de las cuentas, si bien ello se ve dificultado por el permanente traspaso de dineros a cuentas diversas -desconocidas como la nro 8254/8264 (fs. 1584), o la nº 7868, informada como de titularidad de Milberg, Daniel H/De Nevarez E.; la nº 8786 de Selenco SA; o la nº 4030 de Soulas, E./Crespo M./Soulas R. (confr. fs. 1583;206/213 del Exhorto obrante por cuerda;953/961 del principal).-

En otros términos, el seguimiento de las cuentas a nombre de personas interpuestas o instrumentos por parte de Rossi, consiste no solo en una continua sucesión de depósitos a plazo fijo acreditando intereses, sino también de extracciones o retiros de efectivo, y asimismo frecuentes débitos por transferencias, en montos importantes en dólares, a las cuentas aludidas "supra" (confr. el "debe" de la cuenta 5508247 ya mencionado), sin ninguna explicación válida o legítima por parte del acusado o la defensa, que sobre el punto no alegó absolutamente nada.-

En su ampliación de indagatoria, Rossi pretendió que estas cuentas eran de agencias financieras utilizadas para efectuar los movimientos sin tener que ir hasta la sede bancaria.-Aún de ser cierta esta rara especie de corresponsalía, ello de todos modos estaría

certificando las continuas extracciones de fondos, no justificados en su legitimidad.-

Pues bien la cuenta nº 5507975 a nombre de Isolina García se abre el 26/04/90 y se cierra el 04/06/90, inicia con un depósito de U\$S 1.541.292 y el 04/05 ingresa la suma de 286.000 dólares, el 09/05 entra la suma de 23.975 dólares, tiene un interés de 397,45 dólares lo cual promediando tiene una tasa anual menor al 1%.-

Ya en fecha 7/5/90 opera una transferencia de U\$S 201.000 y el 9/5/90 otra de U\$S 24.000, ambas a la cuenta 7868.-De la suma de U\$S 1.136.049 que figura como haber de una baja de un depósito a PF, se traspasan también a la cuenta 8247, -la de mayor movimiento, de García y González-por U\$S 812.851,01, y 99.807,87, lo que se acreditó en dicha cuenta.-

Pero también hubo un traspaso de U\$S 400.000 a una cuenta 8254/8262 desconocida, al igual que un débito a la vista - efectivo-, de U\$S 202.348.-Esto quiere decir que ya al cierre de la cuenta 7975 existían retiros de fondos por una suma mínima de U\$S 827.348, que no se hallan justificados.-

También es interesante verificar la acreditación de intereses 397,45 dólares, que también se traspasan a la cuenta 8247, porque permite apreciar una tasa anual sumamente módica, menor al 1% anual, según dijo la Fiscalía.-

La cuenta nº 8247, como vimos, que corre del 26/5/90, con el traslado de fondos de la 7975, hasta el 13/5/97 en que se transfieren sus haberes a la cuenta nº 1137777, a nombre de la madre y hermana del acusado, es la que registra en general, una constante acreditación de depósitos a plazo fijo, por lapsos breves, con frecuente acreditación de intereses, pero que como esbozamos antes, contiene también una gran cantidad de extracciones por vía de traspasos a las cuentas antes mencionadas, o con directa puesta en cero de la cuenta.-

Como bien señaló el Dr. Chémez, el 31/08/90 esa cuenta queda en cero, ante un "débito depósito vista" de U\$S 994.597,36, y recién el 04/11/90 se deposita como baja de PF la suma de 1.035.947.-, quedando nuevamente en cero el 21/11/90 y el 04/01/91 ingresa 1.185.619,19 de depósitos a la vista, para constituir otro DPF.-

Como bien dijo la Fiscalía, al quedar la cuenta "en cero" y transcurrir tiempo, cortándose la

renovación de los plazos fijos, debe entenderse que son valores nuevos.-

En la foja 209 del Exhorto, se pueden comprobar los continuos traspasos de fondos a la cuenta 4030: así U\$S 55.000,-, el 6/4/92; U\$S 30.000, el 16/11/92; U\$S 25.000 el 8/12/92; U\$S 10.000 y 15.000, el 17/12/92 y 17/1/93; U\$S 20.000 el 29/4/93, lo que continúa en la foja 210.- Existen también numerosas transferencias a la cuenta nº 8786, las que aumentan en el monto en foja 211, y también a nombre de "Agro".-

Pues bien, al generarse el problema matrimonial, Rossi a través de su madre transfiere los fondos de esta cuenta 8247 a la cuenta 1137777, donde se la deja afuera a Isolina García. Ello se patentiza no solo en el extracto de movimientos (fs.212 del exhorto), sino también en la nota que obtuvieran García y Gómez en Montevideo, que obra a fs.165 firmada por Fermina González.-

Aquí debemos efectuar una precisión ya que el 15/01/97 se transfieren a la cta. 1137777, U\$S 646.120,30, y el 12/5/97, U\$S 523.363,29. Ambas cifras fueron cobradas, según luce a fs. 207 del exhorto.-

A estas sumas se les agregan las transferencias de los últimos fondos de la cuenta 8247, que alcanzan a la suma de U\$S 1.194.012,53, por dos depósitos y por unos bonos, los que sumados a la prima, totalizan U\$S 1.293.228.-, que son retirados de la cuenta al cerrarse ésta el 25/7/97, obviamente ante la publicidad del caso en el Semanario Análisis.-

Sumando estas cifras, sin adicionar los más de U\$S 200.000, en traspasos a las cuentas no informadas ni analizadas, el enriquecimiento derivado de las cuentas en la ROU llega a la suma de U\$S 4.948,319,05, fruto reitero de la verificación circunstanciada de la evolución y movimiento de las referidas cuentas.-

Reiteramos que Rossi admitió en su indagatoria no solo que tenía estas cuentas a nombre de sus familiares directos, sino que él era quien las manejaba.-Su negativa permanente y oposición a la procedencia del Exhorto a los entes bancarios, descartan el motivo "inocente" que alegó, de que había usado los nombres de su ex-cónyuge, madre o hermana, por cuestiones fiscales, o por la inseguridad económica del país.-

Como dijo con razón tanto la querrela como la Fiscalía, este accionar ilegal fue la metodología del encartado: colocar el dinero no declarado, recibido indebidamente durante

la función pública en otro país, confiando en la protección del secreto bancario propio de estos "paraísos financieros", embozando su titularidad bajo el nombre de interpósitas personas que no tenían ninguna capacidad económica, la madre de Rossi jubilada, su ex-mujer que no trabajaba, o la hermana docente jubilada.-

Y reiteramos, estas cuentas y sus montos fueron siempre conocidas exhaustivamente por el imputado, de donde que por sus propios actos -competencia- no puede alegar indefensión..." (cfr. fs. 1785 vta. /1781).-

IV.7- Lo ponderado se extiende también a la propiedad descubierta en Paraná a nombre de la hermana del encausado, a saber:

"En lo que refiere al tema de la casa en Paraná, hemos de coincidir otra vez con el Titular de la Acción Pública Dr. Chémez, en que no se puede admitir la propiedad a la hermana de Rossi, María Alba.- En primer lugar Isolina García fue enfática al relatar el diálogo de Fermina González con aquella, a raíz de que los chicos le pedían explicaciones -por la publicidad del enriquecimiento-, y ella le contestó que esa pregunta se la debían hacer al papá, es decir a Rossi, y que la misma contestación le efectuó cuando ella por teléfono le pidió explicación sobre el tema de la casa, que ella creía de propiedad del matrimonio, según ratificó en la audiencia (confr. su presentación espontánea de fs. 13/15).-

Esta creencia no era descabellada desde que ella relató que ocupaban la casa de calle Colón, que la amueblaron, que Rossi pagaba los servicios, que la hermana de Rossi a veces iba, y que la llevaban ellos (confr. fs. 119/123).-

A juzgar por el público conocimiento de los eternos problemas salariales del sector Docente, es descabellado pensar no solo que María Alba Rossi tuviera excedentes financieros para adquirir un inmueble en una ciudad en donde no vivía, a la que no tenía obligación de ir, y que encima ni siquiera intentara locar el inmueble para sostener sus gastos, admitiendo en cambio que su hermano la ocupase como si fuese el dueño, a tal punto que Isolina García -la cónyuge-, recién advirtió que la casa estaba a nombre de su cuñada en una boleta que dejaron en la puerta.-

El encartado Rossi en su declaración intentó justificar esta paradoja en que el cuñado cobró una indemnización y que tenía capacidad económica, pero en la Escritura de compraventa a

fs. 84 dice que el dinero con el que se abona la casa corresponde a dinero propio de María Alba Rossi, producto de la venta de los bienes del sucesorio de su padre, siendo estos bienes de escaso valor fiscal.-

El Sr. López declaró ante el Escribano, que no aportó dinero para esa compra, y del Sucesorio no pudo nunca salir el efectivo disponible para la adquisición del inmueble en Paraná, según surge de los testimonios del Inventario y del pedido de autorización que efectuó Fermina González en el año 93, para afrontar los gastos del juicio, de vender el auto Fiat, del acervo (fs. 82/85 vta.; 133/136).-

Pero es esencial en la conclusión incriminatoria, que Rossi utilizó igual metodología con el tema de la casa de Paraná, que con los fondos depositados en el exterior, es decir utilizar a su hermana insolvente como prestanombre, por lo que la excusa cae, al igual que en lo ya tratado "supra"..." (cfr. fs. 1791/1792).-

IV.8- Con todo ello, se arribó justificadamente en la instancia de mérito a conclusiones asertivas sobre el enriquecimiento, estableciéndose:

"...Teniendo entonces por demostrado el enriquecimiento de Rossi durante su función pública, y la omisión del mismo de declarar y transparentar dicho acrecimiento patrimonial, hemos de tratar la justificación que ha formulado Rossi, tanto en su presentación primigenia (fs. 390/406), como en el cálculo de ingresos que según su testimonio habría efectuado el testigo Budasoff, y que agrega Rossi a fs. 972/975, como así también lo expresado por éste en su indagatoria en el Debate, y reafirmado por la Defensa en los alegatos.-

La postura del acusado, independientemente de la obstaculización al levantamiento del secreto Bancario en la ROU, ha sido tratar de engrosar de cualquier modo los ingresos tanto de la actividad privada, como de los haberes percibidos en la Función Pública, como en la apropiación de fondos de la actividad política que le fueron entregados por su investidura e importancia partidaria.-

Como hemos adelantado "supra", estos ingresos aún en los supuestos en que han existido, no alcanzan ni remotamente para justificar, es decir para acreditar la legitimidad de los cuantiosos montos de los depósitos bancarios, o del valor del inmueble al que nos hemos

referido..." (cfr. fs. 1792/1792 vta.).-

IV.9- Precisamente en el voto del Dr. García se comienza por analizar pormenorizada y suficientemente los ingresos que el acusado expuso como obtenidos en la actividad particular, señalándose las deficiencias de tales descargos o explicaciones con gran contundencia y sin que ello haya sido discutido con un mínimo de seriedad y acopio de cifras por el impugnante.-

Nada mejor entonces que transcribir ad pedam literae lo argumentado al respecto:

"...En lo que refiere a los ingresos que Rossi pudo obtener de la actividad privada, hemos de tener en cuenta en primer lugar el dictamen del Sr. Perito Oficial del STJ, Contador Cozzi, quien señala que no puede determinarlos por falta de documentación mínima que lo avale.-

En efecto, si bien el encartado ha mencionado que trabajó desde los catorce años, que tuvo una moto, luego un vehículo que usó de taxi, un camión de transporte, y por último fue gerente de la Proveeduría del Frigorífico, de todo ello en cuanto a los ingresos que supuestamente le habrían dado fortuna no acompañó ninguna documentación, ni asentamiento en AFIP o ANSES.-

Es realmente sorprendente que quien ha de ser condenado por Enriquecimiento Ilícito en la función Pública, pretenda justificar aunque sea parcialmente su fortuna y los cuantiosos depósitos bancarios en el exterior, en su actividad privada, para lo cual ni siquiera puede demostrar inscripción como contribuyente en AFIP -no tiene CUIT, según el informe de fs. 51-, ni tampoco aportes en ANSES, que solo informa su situación de pensionado por haber ocupado el cargo de Vice-Gobernador.-

Forzoso es concluir entonces con la Querrela y la Fiscalía de Cámara, en que estos ingresos anteriores a la función Pública aún de existir, nunca pudieron alcanzar ningún nivel importante de capitalización.-

El cálculo de U\$S 200.000 que enunció Budasoff, resultó tan poco creíble, que el propio Defensor Dr. Federik tuvo que reconocer en su alegato que había sido exagerado.-

Es que se impone aquí hacer una reflexión en lo atinente a la explicación del Sr. Perito Oficial, el Ctdor. Cozzi. El mismo efectúa una fundamentación cabal y certera de porque

informa gastos e ingresos verificables según la técnica contable, lo cual es absolutamente lógico en un Estado de Derecho, en donde los fondos privados se demuestran en el Organismo Fiscal o Previsional, y los Públicos en los Estados contables de cada organismo, y en las declaraciones de Bienes que deben realizar los funcionarios, como por ej. nuestra ley provincial 3886 de Julio de 1953, de una plena época constitucional.-

Solo la pronunciada anomia de nuestra sociedad puede explicar que una persona que ocupó una de las más altas Magistraturas confiese lisa y llanamente que no declaró sus bienes porque no le dio trascendencia (confr. Declaración Jurada de fs. 125/128); que abrió cuentas en otro país evadiendo el control Fiscal, a nombre de personas interpuestas, porque se lo aconsejaron por razones fiscales o por la inseguridad, o que trabajó en la actividad privada sin noticia del Organismo de control Fiscal o previsional.-

De allí que luzca totalmente excesiva y contraria a la mesura y respeto que debe guardarse en el proceso penal, las continuas alusiones peyorativas de la Defensa hacia la labor del Perito Cozzi, y que motivaron la advertencia del Tribunal, en especial las alusiones a éste como "perito iletrado", y el tono de mofa ante el requerimiento pericial de documentación, en que "no tenía papelitos".-

Que en el momento de juzgar el Tribunal pueda hacer inferencias y calcular ingresos o egresos en base a la prueba testimonial o de indicios, no quita que una pericia Contable que se precie de tal deba basarse en las normas de dicha disciplina.-

Esto sería lo mismo que pretender una pericia psiquiátrica sin ver al sujeto, o desconocer lo que realizó el Sr. Perito Tasador a fs. 1680/1681 por falta de documentación de estos bienes, lo que motivó la resolución de fs. 1682, falencia que no fue suplida por la Defensa.-

Es obvio entonces que un trabajo en el Frigorífico siendo menor, no puede generar ahorro, al igual que usar un rodado como taxi. En cuanto a la adquisición del camión fue notorio el testimonio de Sergio Gómez, hijo de quien fuera socio en el emprendimiento. Este relató con la sinceridad de los recuerdos infanto adolescentes que en el año 77, su padre que fue despedido del frigorífico, invirtió la indemnización en comprar un camión con Rossi, que fue fugaz, porque fue un pésimo negocio para los dos, era un camión viejo que se fundía, lo manejaban ambos, y que al año siguiente se tuvieron que venir a vivir a Paraná, entrando

a trabajar su padre en el matadero municipal. Lo interesante del testimonio de Gómez, es que éste recordó que no hubo rencores por alguna actitud de Rossi, sino simplemente un negocio fracasado para ambos.-

La misma inútil intención de engrosar ficticiamente el patrimonio de Rossi aparece en el puesto de gerente en la proveeduría del Frigorífico. Aun cuando todos admitieron que en esa época el mismo anduvo bien y tenía importante nivel de ventas, debemos relativizar estos datos ya que se trataba, no de un hipermercado de una ciudad importante, sino de un negocio mediano -cinco góndolas al medio y dos en la pared-, con una dimensión de 50x20 con depósito y todo dijo el testigo Nelli. Pero además la clientela no era de sectores medios o altos sino primordialmente del sector asalariado del Frigorífico, de allí como dijo Hormachea que el negocio andaba de acuerdo a la buena o mala situación de aquel.-

Pero lo importante aquí fue que el testigo Berecoechea fue muy enfático en que no se abonaban comisiones por ventas, porque eso se debía haber decidido en Asamblea.-

En suma sobre esto solo queda la mera alegación de Rossi, sin documentación alguna y encima desmentida por quien integraba el sindicato, que precisamente concurrió a declarar para salvar su situación personal..." (cfr. fs. 1792 vta./1794 vta.).-

IV.10- Similares conclusiones negativas se hacen en la sentencia con gran rigurosidad y mención de las circunstancias en relación a que hubo egresos para solventar las actividades políticas del partido al cual pertenecía el imputado y/o que los mismos no fueron a parar a su patrimonio privado, sino que se utilizaron para gastos de campaña. No obstante, no pudo acreditarse con un mínimo de verosimilitud y precisión como para ser creíble, tanto cuando efectuó sus descargos como en el instante de concretar sus críticas en el embate casatorio. Así, es válido lo dicho acerca de:

"...Y antes de referirnos a las probanzas concretas, debemos adelantar que en un Estado de Derecho, la actividad política como esencial a los consensos comunicativos republicanos, se lleva a cabo a través de los Partidos Políticos, instituciones éstas expresamente reconocidas en la reforma Constitucional del año 1994.- Esto significa que los aportes personales de los propios funcionarios del color partidario o de personas privadas a una campaña política, son aportes al Partido, y no a una persona en particular.-Y si se da el

caso, poco frecuente según admitió el testigo Maya en su experiencia política relatada, que sobren fondos después de una elección, es obvio que éstos le pertenecen al Partido y no a una persona particular.-

Las vagas referencias efectuadas por Rossi de que parte de los fondos depositados en el exterior serían dineros provenientes "de la política", no solo no tienen sustento documental, sino que son contradictorios con los ingentes gastos que generan las campañas para los partidos, y las exangues arcas con que estos quedan luego de las elecciones.-

Como luego veremos al tratar la segunda cuestión, si la intención del encartado en esta confesión, al igual que en el apoderamiento o "privatización" de los fondos reservados, ha sido provocar un desplazamiento por concurso aparente de las figuras de los arts. 173 inc. 2º ó 7º, ó 261 CP, y consiguiente prescripción, este intento es infructuoso, ya que estas solas referencias no significan "justificar" el enriquecimiento, sin perjuicio del efecto oclusivo que operan ante una eventual persecución posterior por aquellos delitos.-

Pero lo que no resiste el menor análisis es que el encartado pretenda que estos fondos provengan de la actividad citada, cuando han sido depositados a nombre de interpósitas personas, en plazos fijos generalmente por trimestre, muchas veces capitalizando intereses, y con frecuentes extracciones a cuentas desconocidas, inversión en "securities", bonos etc., es decir una aceptada ingeniería de crecimiento financiero, impropio como dijimos de la volatilidad y escasez de los dineros para las campañas.-

Es obvio que estos dineros fueron recibidos por Rossi en función de su actividad Pública, y por ello se omitió su declaración y se ocultó su titularidad en los nombres de las sobreseídas ex-cónyuge, madre y hermana.-

Ahora bien, de los fondos declarados, Garamendy (fs. 431/432), fue muy claro en que el Partido entregó fondos a Rossi en la campaña previa a su vicegobernación para los gastos de esta, detallando en los actos, movilizaciones, impresión de boletas, etc. en que se gastaban, pero afirmó que el compromiso formal después de cada campaña, era destinar cualquier remanente al pago de deudas y nunca podría ser utilizado en provecho propio.-

El testigo Strauss quien pretendió mejorar la situación de Rossi, no fue muy creíble en que

les solicitaba aportes a los proveedores, más allá de que tampoco tenía recibos ni por los suyos.-Del mismo modo en su afán de dar importancia a la Proveeduría en tiempos de Rossi, llegó a decir que su negocio había disminuído un 80% las ventas, y que a veces le compraba él mismo.-La reflexión es entonces a quien le iría a vender esas cosas adquiridas en la misma localidad.-

La nota más carente de credibilidad fue la del testigo Garbero, quien se autotituló como "industrial", que desde el año 80 vivió en el Alvear Palace Hotel, con autos de 100.000 dólares, y que aportó mucho dinero para todas las campañas, una cifra muy importante, en millones de pesos, pero que no puede precisar, ni tampoco le daban recibo, ni se le ocurrió pedir. Este "mecenas" contemporáneo que entrega millones sin tener siquiera noción de cuantos, tampoco supo explicar como, pese a los montos de los aportes, no tuvo problemas con la DGI.-Y para culminar, luego que el Tribunal le dijo que se hallaba desocupado, sin que nadie le requiriese, solicitó retirarse debido a que tenía que tomar el avión a Buenos Aires para atender sus negocios.-

El testigo Hormachea admitió en la audiencia oral haber mentido al testificar en la Instrucción (fs. 434/vta.) cuando dijo haber recaudado para Rossi cuarenta a cuarenta y cinco mil pesos. Explicó que ante un endeudamiento de su agencia y una intimación de IAFAS, Rossi le prometió que le solucionaría las cosas, y por medio de su abogado Olivera lo conversó para que diga que le había entregado dinero, a cambio de solucionarle el problema con IAFAS. Que creyó en Rossi y aceptó la propuesta por la insistencia de éste y su abogado, y lo llevaron a declarar a La Paz, pero en realidad nunca le dió dinero al imputado, ni tampoco le reabrieron la agencia.-

Es evidente que Hormachea cometió falso testimonio ante el Juzgado de La Paz, por que es esto compatible con la intención a todas luces manifiesta del acusado y su defensa de inflar los montos que pudo haber obtenido Rossi de cualquier lugar, con tal de llegar a los montos de las cuentas en la ROU, por lo que se deberán extraer testimonios de las partes pertinentes y remitirse al Agte. Fiscal de la jurisdicción para que formule el requerimiento de Instrucción formal.-

Igual conclusión sobre presunta falsedad en sus testimoniales cabe formular respecto de

Jorge Carlos Daud. El mismo al declarar a fs. 449/473 afirmó haber entregado desde 1991 a 1995, \$1500 mensuales a Rossi en concepto de "asesoramiento". A fs. 768/vta., aclara Daud que como Rossi percibía en ese momento una pensión, el secretario de la Cámara le aconsejó no hacer contrato, por lo que le pagaba él de su peculio, en el lugar donde se encontraran, ofreciendo solicitarle a Rossi los recibos otorgados oportunamente. Y a fs. 1397/1398, Daud agrega que ese "aporte voluntario y desinteresado", remitido mientras Rossi era Intendente de Santa Elena, lo era por su larguísima trayectoria y experiencia, en el asesoramiento en problemas que se pudieran plantear en la Diputación. Pero a renglón seguido agrega que no puede aportar ningún documento por que se trataba de asesoramientos verbales y conversaciones, para culminar luego en que el aporte tenía la sola finalidad de "...colaborar con un compañero que se desempeñaba en la ciudad de Santa Elena que vivía en ese entonces una angustiosa situación económica...".-

Como se puede ver las contradicciones son flagrantes; en primer lugar Rossi comienza a cobrar su pensión en Julio de 1992. En segundo lugar el asesoramiento con recibos otorgados por el mismo Rossi pero guardados por él, torna luego en aporte voluntario y desinteresado sin recibo alguno, por las "conversaciones". Sin contar que nunca se supo cuales eran los asuntos en los que Rossi daba su experiencia, el testigo culmina en que el aporte tenía la finalidad de colaborar con Rossi, por la situación de Santa Elena. No se entiende como se podría colaborar con la localidad en crisis, dándole dinero a quien gozaba de una pensión muy importante. Como fácil se puede colegir se trata, de un modo torpe y mendaz, de pretender engrosar el patrimonio del acusado.-

Y por último, en su largo relato más propio de la historia de la política entrerriana que del presente caso, el testigo Maya, si bien coincidió en la informalidad y cuantiosidad de los gastos de la política y en que en la campaña del 87 Rossi manejaba la costa del Paraná, se cuidó bien de "diferenciarse políticamente" del encausado, no solo en que en las campañas siempre falta y no sobra dinero, sino sobre todo, en que él registraba estos gastos que están siempre observados, y que por eso tenía todo documentado en su cuenta corriente bancaria.-Que todo gasto estaba asentado en los cheques emitidos, de un Banco de Gualeguaychú.-

Incluso Maya en varias oportunidades enfatizó que de haber sabido hubiese traído consigo los resúmenes para comprobarlo, en un mensaje claro, de que en su caso no hubo cuentas en Bancos de paraísos financieros, ni de prestanombres..." (ver fs. 1794 vta./1797 vta.).-

IV.11- Igualmente el sentenciante descartó como justificativos del incremento patrimonial exorbitante constatado, los ingresos que Rossi dice haber percibido como Intendente de Santa Elena en los períodos 1983/87 y 1991/95 y como Vicegobernador, de 1987 a 1991, dando una constelación de razones plausibles, a saber:

"...Al respecto, hemos de otorgar valor preponderante a la pericia del Sr. Perito Oficial, Ctdor. Cozzi, no solo por seguir puntillosamente las reglas de la disciplina contable y otorgar valor solo a lo documentado, sino porque llama la atención sobre los "gastos Reservados", por no tratarse de haberes, susceptibles de apropiación privada por el funcionario, -aunque agregó un 40%; al igual que los viáticos, que se entienden otorgados previa rendición, es decir "gastados".-

Pero, en lo que nos parece sumamente atinado por el Ctdor. Cozzi, es en la metodología de calcular cuantos dólares - entendidos como moneda dura- se pudieron adquirir con los ingresos de la función pública.-Esto como vimos "supra" condice con la comparación del enriquecimiento que se había llevado a cabo mediante depósitos en cuentas bancarias en la ROU, en la misma moneda -dólares estadounidenses-, y con tasas que no superaron el 6% anual, como surge del cálculo de intereses que se saca de los extractos, y como lo reconoce el propio Rossi en la nota que aparece firmada por Fermina González a fs. 165.-

Los cálculos efectuados por la defensa en el alegato adolecen de defectos contables que imponen su desecho como descargo meritable, ya que mantienen un gasto fijo \$1500, mientras los ingresos se acrecientan; y amén de ello, consignan porcentajes francamente inusitados de intereses, -que no determinan-, pero que en algunos casos llegan al 100%, olvidando que se trataban de colocaciones en moneda dura en bancos como los del Uruguay, de bajos intereses, lo que se compensaba con la seguridad y el secreto bancario.- La comparación con intereses en pesos y acumulativos, es completamente desacertada.-

También es preferible el sistema utilizado por Cozzi de tomar como gasto de una familia tipo, en 50% de los ingresos, cifra cauta y razonable, si se tiene en cuenta que los bancos

calculan que la capacidad de ahorro de una persona es del 25% de sus ingresos.-No es creíble que Rossi insista en que vivía sin gastos, y que no compró campos o departamentos en Punta del Este, en obvia alusión quizás a otros miembros de la clase dirigente política, situación esta ajena al objeto de este proceso.-

Teniendo estas cuestiones presentes, hemos de tomar las cifras a las que llega el Sr. Perito Cozzi, adicionándole luego las que agregó el Sr. Fiscal Dr. Chémez para comprobar que nunca el encartado pudo, ni por aproximación adquirir la cantidad de dólares que aparecen en sus cuentas en el exterior.-

Así Cozzi concluye que Rossi en todo el período pudo obtener -con el 50% de gastos- U\$S 139.674 (confr. planilla de fs. 1635).-

Es correcto el proceder del perito en no computar los sueldos de Vicegobernador por carecer de sustento contable.-

Ahora bien, en aras de la libertad probatoria, podemos como el Dr. Chémez, tomar los ingresos que informó el perito Galizzi, del Hon. Trib. de Cuentas, por cuanto correctamente éste no incluye los montos de comisiones de Servicios, por "considerar que corresponden a importes necesarios para hacer frente a los gastos de viaje correspondiente".(confr. fs. 797/799).-

De acuerdo a esto, tomando un promedio de los haberes, más el SAC, y multiplicando por cuatro por el período de la Vicegobernación, resulta una suma de 163.552, que con el 50% de gastos da 81.776, es decir una suma total nos da un total de U\$S 221.450 dólares.-

De todos modos en esta suma no hemos debitado siquiera los conceptos de viáticos, que como dijo Rossi fueron todos gastados, ni tampoco los fondos reservados por la ilegalidad de su apropiación, pese a que el perito consideró un 40%.-

El Sr. Perito oficial, como informe de "máxima" computa todo, los gastos de viáticos, de representación, el 100% de lo percibido, es decir como si no hubiese existido gasto, y llega a la suma de U\$S 374.151.-

Si le adicionamos los sueldos de Vicegobernador sin gastos familiares, es decir U\$S 163.552, nos da una suma de U\$S 537.703.-En otros términos llevando el cálculo al absurdo de no-gasto estamos aún a años luz de legitimar los fondos depositados en el ING

BANK, y en el Surinvest..." (cfr. fs. 1797 vta./1799).-

IV.12- Es oportuno recordar a esta altura las opiniones de Sebastián Soler ("Derecho Penal Argentino", T. V, pág. 206, ed. TEA, año 1978), para quien la acción típica consiste en no justificar la procedencia de un cambio patrimonial importante que signifique enriquecimiento, mientras que para Núñez -autor del perfil del tipo en cuestión- resultaba un delito complejo, integrado por el acto del enriquecimiento apreciable comprobado, seguido del negativo de no justificar su procedencia lícita, por lo cual era una mixtura entre la acción de enriquecerse junto con la omisión de justificar tal incremento patrimonial para la configuración del delito ("Derecho Penal Argentino", Parte Especial, T. VII, págs. 143/46, ed. Lerner, año 1974), aunque finalmente admitió que era un delito de omisión porque se consumaba precisamente con la no justificación.-

Precisamente Javier De Luca y Julio López Casariego sostienen que el centro del reproche radica en la no justificación, por ser ella la que lesiona el bien jurídico, ya que los ciudadanos perciben el incremento patrimonial del funcionario y con ello se representan que está vinculado con su actividad pública, aunque esto sea infundado e incluso tenga explicaciones lícitas (por ejemplo, por haber ganado la lotería o recibido una herencia). Por lo tanto, a juicio de los mismos la acción típica consiste en no justificar el incremento patrimonial apreciable y desproporcionado con sus ingresos (ver "Delitos contra la Administración Pública II" en Revista de DP 2004-2, pág. 128, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005). En esto coincide asimismo Chiappini, quien resalta que la ley penal no reprime el enriquecimiento ilícito sino la no justificación del mismo, ubicándolo inclusive como un elemento objetivo del tipo penal, que es anterior y extraño a la acción (cfr. "El Delito de no Justificación de Enriquecimiento", LL 1986-C, pág. 851).-

Sobre tales bases el Vocal que comandó el acuerdo, dentro de la segunda cuestión, se refiere con precisión y desvirtúa los ataques en punto a inconstitucionalidad del tipo doloso del art. 268(2), señalando:

"...la defensa basa su planteo de inconstitucionalidad en la conocida tesis del prof. Sancinetti, que con su habitual profundidad y rigor dogmático retoma argumentos esbozados ya en la discusión parlamentaria, postura que ha seguido en su obra general el

prof. Donna (confr. Sancinetti, M. "El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público" ed. ad-hoc, 1994; ídem en versión reducida en el Hom. a Baigún, ed. Del puerto; ídem comentando una sentencia de la CS de Costa Rica en CD y Jur. penal, año V, nro. 8-c-, pág. 915 y sig.; ídem Donna, E. Der. Penal, P. Esp. III, pág. 381 y sig. ed. Rubinza). Con claridad sintetiza el prof. Sancinetti su enjundioso trabajo en el prólogo de su obra, recordado por el Sr. Defensor: "...el art. 268(2) CP no presenta un tipo objetivo legítimo, válido como marco del dolo para fundamentar un hecho punible..." "...En cualquier caso, se debe acreditar un hecho punible determinado, el cohecho, la negociación incompatible, la exacción, la prevaricación o bien cualquier otro delito...". "Nada de esto puede ser "simplificado" mediante la consideración del dato de un enriquecimiento, como situación generadora del deber de explicar el origen legítimo del incremento patrimonial, so pena de incurrir en delito de omisión (lo que en realidad supone la comisión de alguno de los otros delitos, legítimamente perseguibles, sin la carga de demostrar la comisión del hecho)", concluyendo que dicha figura "no respeta el principio de legalidad, ni el derecho penal de acto, viola el principio de inocencia y desconoce el principio nemo tenetur, pilares todos del sistema constitucional penal de un estado de derecho (arts. 18, 33 CN; arts. 8, 9 CADH)"(ob. cit. pág. 16).-

Que la objeción es seria lo demuestra no solo el debate parlamentario y sus antecedentes, sino el propio mensaje de Sebastián Soler en su proyecto de 1960, retomado luego por Núñez en el texto de la ley 16.648.-

De allí que mi postura contraria a la inconstitucionalidad, no deja de reconocer lo controvertido de la cuestión dogmática.-

No obstante, bueno es resaltar, que con diferentes argumentos, la doctrina, la jurisprudencia y sobre todo la evolución normativa posterior a la sanción originaria del delito de Enriquecimiento Ilícito de Funcionario Público no han seguido la tesis esgrimida por la defensa, sino por el contrario, la autodefinición de la sociedad insiste en la vigencia tanto del deber positivo del funcionario de transparentar sus ingresos y evolución económica, como su deber negativo de no enriquecerse ilegalmente con la función.-

Lo dicho no implica refugiarse de un modo no argumentativo en la supuesta "opinión de

autoridad", ni ensalzar el riesgoso criterio de la "volonté générale" roussoniana, entendida meramente como voluntad de mayorías con desdén de la legitimidad, sino simplemente interpretar con una hermenéutica cautelosa si realmente se vulneran las garantías individuales del ciudadano en esta regla del art. 268(2) CP.-

Son conocidas las posturas de la dogmática tradicional de nuestro ámbito: la tesis de la omisión de Creus, (confr. Delitos contra la Administración Pública, ed. Astrea, pág. 417 y sig.; ídem en Der. Penal, P. Esp., T. 2, pág. 313 y sig.); la tesis del delito complejo de Núñez, en su Trat. VII, pág. 144 y sig.; la tesis de la "no justificación" como condición de punibilidad de Fontán Balestra (Trat., T. VII, pág. 322 y sig.); o de lo usual de las presunciones en Lascano, ("El Cap. IX, libro II del código penal incorporado por la ley 16.648" en Cuadernos de los Institutos nro. 107 UNC).-

También son conocidos los precedentes jurisprudenciales en que se desestimó el argumento de la invalidez constitucional (así la Cám. Acusación de Córdoba en causa "Angeloz, C. y otros, Enriquecimiento ilícito" Exp. letra A, nro. 63, 1996, res. 152 del 15/10/96; hay nota de J. de Luca y J. López Casariego en LL, supl Jur. 25/2/2000, y la Cám. Apel. Crim. de la Cap. Fed con votos de Tozzini y Rivarola en "Pico, J.M." de fecha 15/1/98; recientemente, CNCP, Sala IV, en "Alsogaray, María J.", del 9/6/2005, confirmando una sentencia de la CN Fed. en lo penal; en igual sentido, la C. Crim. de Concordia en la causa "YEDRO, MARIO ALBERTO - ENRIQUECIMIENTO ILICITO DE FUNC. PUBLICO - TORRES, SILVIA YOLANDA - ENRIQUECIMIENTO ILICITO DE FUNC. PUB./PARTICIPACION NECESARIA", del 16/12/2005).

Pero creo que es el aspecto normativo de la evolución de nuestra sociedad, el que nos persuade de que existe un entendimiento compatible con las garantías individuales del referido tipo doloso del art. 268(2) CP.-

Es que en los últimos años ha sido importante la preocupación en la legislación comparada sobre previsión de normas administrativas que establezcan deberes positivos y negativos sobre lo que se ha llamado "ética pública", es decir la transparencia, probidad y honestidad de los funcionarios públicos, entre los cuales se encuentra siempre el de informar pormenorizadamente el origen y evolución del patrimonio, con la coerción penal ante el

quebrantamiento de dichas normas.-

Y en nuestro derecho, dicha preocupación se refleja no solo en la previsión constitucional en la reforma de 1994 -art. 36- de dicho enriquecimiento como atentado al sistema democrático, sino en la llamada "cláusula ética": el deber al legislador de sancionar una ley de ética pública para el ejercicio de la función, que derivó en la ley 25.188.-

Pero además, como se sabe, por ley 24.759 (1997) se aprobó la "Convención Interamericana contra la corrupción", es decir con jerarquía constitucional desde una teoría monista, que entre sus "medios preventivos" para evitar la corrupción prevé sistemas de declaración y publicidad de los ingresos activos y pasivos de quienes desempeñen funciones públicas (art. III, pág. 4), y que como "acto de corrupción" prevé al "enriquecimiento ilícito" , comprometiéndose los Estados parte, "...Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales..." a tipificarlo como delito, definiéndolo como: "...incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él" (art. IX).-

Pero hace pocos días el Congreso Nacional, aprobó por ley 26.097 la Convención Internacional de la UN contra la Corrupción celebrada en New York en 2003, que entre sus antecedentes expresamente refiere a la Convención Interamericana citada, y donde los Estados parte se comprometen a tipificar el delito de Enriquecimiento ilícito, con idéntica redacción a nuestra norma (art.20).-

Tanto en esta Convención como detrás de la reforma penal que incorporó el delito de "lavado o Blanqueo de Activos de Origen Delictivo -ley 25.246 y su reciente reforma por ley 26.087, se menciona a los delitos derivados de la corrupción funcional, junto a la criminalidad organizada y económica, como deletéreos para el futuro de las sociedades democráticas, son tenidos como antecedentes del lavado, y mencionados expresamente en el art.6 de la citada Ley en la creación de la UIF. Estos depósitos bancarios, de haber sido efectuados hoy en el país, habrían debido ser informados por la entidad sin secreto bancario alguno como "información sospechosa o inusual".-

La ley 25.188 ya referida, ratificó el tipo del art. 268(2) aumentando la pena de

inhabilitación a perpetua, adicionando como pena conjunta la de multa del cincuenta por ciento del valor del enriquecimiento, aclarando que también se entenderá como subsumible típicamente la cancelación de pasivos del funcionario; fijando un límite temporal hasta dos años después del cese del cargo; eliminando la cláusula anterior del secreto de la prueba, y previendo en un tipo siguiente (art. 268(3)) la omisión o falseamiento de la declaración jurada patrimonial.-

La prevalencia normativa de los convenios internacionales -monismo-, como es sabido ha sido acogido ex-presamente por nuestra CSJN como compromisos ineludibles, en las conocidas causas "Arancibia Clavel"; "Simón"; "Expósito"; "Casal", etc. ..." (ver fs. 1799 vta./1802 vta.).-

IV.13- Es más, al respecto se patentiza con razón que:

"...En el caso del tipo doloso del art. 268 (2), la confusa redacción del tipo, no ha permitido un correcto entendimiento del problema: no se trata de una injustificable obligación de probar inocencia, sino de algo previo y más complejo. Se trata en primer término de que el deber de transparencia obliga -deber positivo- al funcionario al ingresar al cargo, a declarar sus bienes (activo y pasivo), tanto como persona física como su participación en entes societarios, y a informar toda evolución patrimonial, mientras dure dicho rol institucional.- Y reitero este deber no tiene nada de supererogatorio, ni implica ninguna afectación a garantía individual alguna, sino que por el contrario no atañe a otro que no sea quien tiene el status y está previsto a favor del ciudadano común.-

Más aún, en un Estado moderno, de prestaciones, el ciudadano común también tiene el deber de declarar sus bienes al organismo impositivo, porque ello es el sinalagma de ese estado de prestaciones -la salida del estado de naturaleza- y es responsable aún penalmente si evade fraudulentamente.-

Si esto no es inconstitucional, más allá de las discusiones dogmáticas sobre el llamado delito tributario, menos reparos garantistas puede tener un deber Funcional de transparencia (confr. Garzón Valdés, ob.cit.) -

Cuando el funcionario quiebra ese mandato y se enriquece ilícitamente, en cualquiera de

los modos en que puede hacerlo por los tipos subsidiarios o no- vulnera en primer término esta Norma que lo obligaba a transparentar su patrimonio.-

Y aquí la conducta punible se completa con una prohibición, -deber negativo-: la de enriquecerse ilícitamente de un modo grave. No se trata de impedir acrecentar el patrimonio, sino solo que ello obedezca a una evolución normal del haber funcional o de la profesión no inhibida por el cargo, y que ello se refleje -se transparente- para el control público.-

Si bien en nuestra sociedad capitalista ningún ciudadano común está impedido de "enriquecerse" más allá de sus responsabilidades fiscales, y a fuer de los datos del impuesto a las ganancias, no parece que esta garantía sea de fácil realización, los funcionarios públicos tienen su evolución patrimonial controlada por el deber de declaración constante de sus bienes y compatible con dicha posibilidad.-

Como no se trata de un contrato sino del deber institucional, toma fuerza la expresión de Soler de que "quien sienta esta obligación como demasiado pesada e incómoda que se aparte de la función pública".

También a juzgar por los trabajos internacionales sobre corrupción en nuestro país, no le ha resultado "pesada e incómoda" la obligación a muchos funcionarios.-

Se trata como se ve de un ilícito complejo -en el que confluyen mandatos y prohibiciones- y donde el tipo doloso es de aquellos tipos de "valoración global" que estudió Roxin, en su trabajo "Tipos Abiertos y elementos del deber jurídico" (trad. de Bacigalupo, con el título Teoría del tipo penal" ed. Depalma; ídem Roxin, en Derecho Penal, I, 285 y sig.) ya que la tipicidad contiene todo el juicio de injusto, tiene "adelantada" la antijuridicidad. Quien se enriquece de modo incompatible con sus ingresos y habiendo quebrantado su deber de transparencia, -declaración pormenorizada-, ya realizó el ilícito, de modo que no podría alegar que "justificar" o explicar su incumplimiento, si lo quiere hacer, sería contrario a la regla procesal de no incriminación.-

Es evidente también que la norma prohíbe realizar actos que aumenten considerablemente el patrimonio, y no se trata esto de un "estado" -si se quiere aludir a ello como ausencia o indeterminación de conducta punible- sino de la comparación entre lo declarado

originariamente y lo acrecentado ilegalmente por incumplir el deber de transparencia, cuando esta comparación arroje una conclusión absolutamente incompatible con los ingresos de la función. No se afecta entonces el mandato de legalidad -certeza- más allá de los llamados tipos abiertos.-A nadie se le ocurriría decir que los tipos imprudentes son inconstitucionales porque el quebrantamiento del rol deba interpretarse y concretarse en cada caso.-

En cuanto a que se trate de un tipo de "recogida", esto se ha dicho tradicionalmente de la tipicidad imprudente, en defecto del tipo doloso, y es usual también en los casos de concurso aparente, en los fenómenos de infracciones progresivas, como por ej. cuando actos de abuso sexual integran en conjunto tipos de promoción de la corrupción o prostitución. Lo mismo ocurre en la anticipación de la criminalización -tipos de peligro abstracto- y su consunción posterior en los tipos de lesión etc. El caso nos dirá si estamos ante un tipo de cohecho por ej. o si estaremos ante un tipo conglobado de Enriquecimiento ilícito, o si ante la no realización de éste último igualmente se dará una tipicidad residual de omisión de deberes de funcionario, o si la eximente de la prueba de la licitud abarca también a los tipos residuales de peligro.-

No creo que se trate de un delito de simple omisión de justificar ante el requerimiento, como ha dicho parte de la doctrina, por que sino tendría que ser injusto el no justificar una "falta de enriquecimiento" o no justificarlo cuando fuera lícito, o por el contrario no sería delito justificar declarando el origen delictivo (confr. Sancinetti, ob. cit. 104 y sig.).-

De todas maneras, con su habitual conténdencia Núñez, que sigue la tesis del delito complejo -enriquecimiento y deber de justificar, como omisión-, explica "...Sin enriquecimiento apreciable no puede haber requerimiento y, por consiguiente, deber de justificar.-Pero existiendo enriquecimiento solo el requerimiento impone ese deber" (confr. Trat. Dcho. Penal, T. V - vol. II, ed. Lerner, 1992; en idéntico sentido el convincente trabajo de De Luca y López Casariego, "Enriquecimiento Patrimonial de Funcionarios. Su no justificación y problemas constitucionales" en Revista de Derecho Penal, año 2004-2, ed. Rubinzal).-

Esta relativización que he efectuado, es a los fines de destacar que también la tesis del

delito complejo o de la omisión, convoca argumentos contundentes en pro del rechazo de la supuesta inconstitucionalidad de la norma, por lo que en el ámbito de la concreta solución del conflicto, tampoco es necesario como recordaba el Vocal Chiara Díaz, situarnos como si estuviésemos en un certamen académico (confr. su voto al rechazar el incidente de Prescripción incoado por la defensa, fs. 101, obrante por cuerda).-

En nuestra opinión, la cláusula del requerimiento y la no justificación solo pueden entenderse como una regla procesal a favor del acusado que permite inhibir la penalidad ante un razonamiento lógico incriminante.-

Como vimos ut supra, si la fiscalía prueba por ej. que el funcionario se ha enriquecido de un modo incompatible con sus ingresos funcionales y con sus declaraciones derivadas del deber de transparencia, -o sea ya se habría cometido el ilícito-, puede formular un tipo de razonamiento probatorio silogístico (lógico): dado la declaración de bienes del senador o funcionario X, y sus ingresos como tal; (primer premisa); dado que se ha probado que el citado X ha acrecentado su patrimonio, con campos, departamentos en diversas ciudades, depósitos en bancos suizos o uruguayos de importantes sumas, todo a nombre de sociedades "fantasmas", o de familiares insolventes, que se han descubierto contradocumentos que prueban las simulaciones etc., y que todo eso no ha sido declarado oportunamente (segunda premisa); la procuración puede hacer esta conclusión válida: estamos ante un enriquecimiento ilícito de funcionario público.-

Esta conclusión que raramente contiene la ley, no es valorativa, sino lógica, porque permite operar la condición objetiva de punibilidad (lleva razón en esto Fontán Balestra) del requerimiento al funcionario.-

El carácter lógico del razonamiento de la regla, se explica por la exigencia normativa del tipo del enriquecimiento "apreciable", ya que si el incremento patrimonial es de origen ilícito, no tendría sentido la entidad cuantitativa -no podría jugar aquí la construcción de la "bagatela"-. Esta regla fáctica permite el requerimiento por parte de la acusación -no se vulnera el "nemo tenetur"- y será el juez quien deberá merituar lo probado por el fisco.-

Lo inusual de la regla -similar a alguna que estableciera silogismos que describan lo fáctico para casos por ej. de aprehensión "in fraganti"- no autoriza a que solo quepa interpretarlo

como si se tratase de la obligación al funcionario de probar su inocencia.-

Aun cuando el ilícito está completo, el funcionario si lo desea puede explicar el origen lícito del enriquecimiento o no. Pero si no lo hace no comete recién el ilícito. Siempre la Fiscalía deberá probar con certeza que existió el acrecentamiento y que el mismo no puede tener otra explicación que la vulneración del deber de transparencia.-

Así lo entienden también De Luca y López Casariego, de que "lo que se valora negativamente no es el silencio, sino aquellos datos objetivos demostrativos de su incremento patrimonial sin razón o justificación alguna, y si él no puede demostrar la legitimidad es por haberse colocado - competencia - en esa situación de no poder justificar (ob. cit., pág. 142).

Ante el silencio del funcionario, el Tribunal deberá fundar si llega al grado de certeza necesario y como siempre deberá "construirse" el juicio de culpabilidad, sin que dicho silencio implique ni el ilícito, ni una presunción legal de culpabilidad (confr. en idéntico sentido el voto del vocal Hornos, que comanda el acuerdo en "Alsogaray, MJ", por todos).-

Pues bien, en el caso bajo análisis, como hemos visto al tratar la primer cuestión, se comprobó la omisión del acusado como funcionario de transparentar sus bienes, es decir al quebrantamiento del deber positivo de informar el estado y evolución del patrimonio; se llegó a la sospecha sobre cuantiosos depósitos en bancos de la ROU a nombre de familiares insolventes, -su ex-cónyuge, madre y hermana-, al igual que la adquisición de un inmueble en la ciudad de Paraná también puesto a nombre de su hermana, es decir se llegó al grado de probabilidad como para atribuir dicho quebrantamiento al deber negativo -no enriquecerse apreciablemente de modo incompatible con la función y con lo declarado-, y se le Requirió por el órgano Fiscal Requirente, -condición objetiva de punibilidad-, para que ejerciese el encartado si deseaba su derecho a justificar, es decir a impedir la operatividad de la coerción penal explicando el origen legítimo de los bienes y del acrecimiento, es decir la innecesariedad preventiva de pena ante el quebrantamiento normativo..." (cfr. fs. 1807/1811 vta.).-

IV.14.- Al ser considerado el requerimiento de justificación de la procedencia del enriquecimiento patrimonial apreciable como un elemento que no pertenece al tipo y que

no debe ser abarcado por el dolo, sino que tiene el carácter de condición objetiva de punibilidad, pierde incidencia dirimente lo expuesto respecto a la supuesta prescripción de la acción penal, reiteradamente argüida sin éxito en el proceso, como también sobre la curiosa teoría que pretende limitarlo sin esgrimir ninguna razón técnica plausible, ni emerger esto de la interpretación literal del texto del art. 268(2), al máximo de la sanción penal prevista.-

Todo ello fue bien considerado y re-suelto en la sentencia, en especial cuando se afirmó:

"...Pese a que hemos considerado que el Requerimiento es una condición objetiva de Punibilidad, es decir un elemento que no pertenece al tipo sistemático abaricable cognoscitivamente por el dolo, sino al tipo garantía, es decir a razones objetivas de Política Criminal que deciden la punibilidad de la contrariedad a la norma de conducta, esto no tiene ninguna trascendencia en lo atinente a la prescripción.-

Así como nadie dudaría que en el delito de homicidio en riña, la prescripción comienza a partir de la muerte; o que en la Quiebra Fraudulenta lo es a partir de la declaración de quiebra, o en la Ley Penal Tributaria a partir de que se verifique el piso de lesividad etc. - todas condiciones objetivas de punibilidad, también en este caso la prescripción de la acción comienza a partir del Requerimiento a Justificar.-

Pues bien, la alegada "imprescriptibilidad", que la defensa plantó como nulidad, fue tratada y bien resuelta interpretativamente por el Tribunal oral Federal en el caso Alsogaray, y ratificado por la Casación, en el sentido de que el plazo razonable para requerir desde la sospecha de enriquecimiento, es el de la Prescripción de la acción por el delito, que en este caso se ha respetado ya que dejó la función en el año 1995 y fue requerido por el Dr. Martínez, Fiscal de La Paz, en febrero de 1999.-

Y como el delito abarca toda la función pública como un único tiempo de consumación, al igual que en los delitos permanentes o continuados, el enriquecimiento es ilícito tanto si se produjo en 1984 como si lo fue en 1994.-

La duración de la causa desde su inicio, y asimismo desde el requerimiento hasta hoy, obedeció a la oposición constante del encartado y su defensa a los Exhortos internacionales, y a la confianza en que no se levantaría el secreto bancario.-

Quizás a ello se deba que luego del levantamiento judicial y consecuente información de los caudales, el encartado haya decidido confesar su existencia siempre negada, pretendiendo inútilmente explicar su acrecimiento en la apropiación de fondos de "la política", en ahorros insuflados ficticiamente, o con excusas de apropiación de fondos reservados.-

Una cuestión similar a la presente evaluó la Casación Nacional en la causa Alsogaray, donde ésta pretendió justificar su enriquecimiento, en parte, con el pago de sueldos no previstos legalmente -ley secreta 18.302-, lo que significaría la tipicidad del art. 173 inc. 9º o 261 CP.- Con razón el Tribunal expresó que esta afirmación conjetural no desplazaría a la tipicidad del art. 268(2)CP, sino solo haría procedente en un eventual caso la prohibición de doble valoración (confr. en igual sentido, De Luca-López Casariego, ob. cit. pág. 145).-

Es que resulta una obviedad que, por ej. un funcionario imputado de Peculado, nunca podría enervar dicha tipicidad confesando un abuso de Funciones del art. 248CP, con el argumento del concurso aparente, beneficiándose de la prescripción, al igual que tampoco un homicida podría desplazar la tipicidad de resultado atribuida, confesando una lesión leve, o tentativa.-

Que parte del enriquecimiento ilícito lo hubiese sido con la apropiación de fondos reservados, al no ser el objeto de la imputación, no puede tener un efecto mágico de arrastre o absorción de toda la tipicidad del art. 268(2), sino que es simplemente una ilegítima pretensión a los fines de la justificación, pero con efecto de "ne bis in idem" para una eventual persecución.-

En un Estado de Derecho los fondos públicos -que provienen básicamente del aporte de los ciudadanos vía impuestos o que terminan abonándose por ellos, en los casos de inflación o endeudamiento como forma de financiar el sector público-, nunca quedan exentos de ilicitud por su disposición arbitraria.- Y esto ocurre también con los llamados "fondos o gastos reservados".-

Estos no son entregados al funcionario para que los apropie o disponga según su arbitrio ni tampoco constituyen parte de su remuneración, sino que solo se los exime de publicidad con el fin de no restar eficacia a las razones especialmente de seguridad con que se instituyen.-

Y esto es lo que ocurre en la presente causa, en que Rossi alega que le dijeron que podía hacer cualquier cosa con ellos, pero donde no existe ningún dictamen de Asesoría letrada o Contable que asimile estos fondos al sueldo, en el sentido de su posible apropiación, y ello es compatible con lo que éste alega, de que firmaba en un sobre, sin recibo.-

Así no tiene demasiada importancia -sobre todo a nivel de Injusto-, la íntima motivación en la conducta de los propios acusados. Es certero Jakobs cuando dice que el Derecho Penal tiene una psicología esotérica, ya que lo que interesa es "...el output del sujeto y por como se ha llegado a él no se pregunta en el terreno del injusto -y en el terreno de la culpabilidad no exhaustivamente-..." lo que sería inadmisibile desde por ej. la psicología profunda (confr. Jakobs, G. Derecho Penal, pág. 376).-

Mientras se pruebe con certeza que los encartados realizaron el riesgo ilícito imputado, no tiene trascendencia a nivel de Injusto si ello obedeció a motivaciones políticas, de mera ambición dineraria o de poder, para beneficio de terceros, o por el mero placer de quebrantar la norma, sin perjuicio de que todo ello, sea importante para el grado de reprochabilidad.-

Afirmada la tipicidad, no caben dudas que no obran normas permisiva, y que el autor es una persona, en el sentido de alguien que se halla en condiciones psíquicas y situacional de "abordabilidad normativa" como diría Roxin, y de responder por no haberse motivado en la norma.-

Solo entiendo pertinente descartar en el acusado todo error de prohibición que aparentemente alegó en relación con la posibilidad de apropiación de fondos recibidos como funcionario, sea con finalidad política, sea como fondos reservados.-

Conociendo el autor lo que lleva a cabo, en el sentido de significado social, todo error o desconocimiento sobre el alcance normativo o deontológico del acto, es decir la ignorancia de que estuviese prohibido o desaprobado jurídico penalmente, o la creencia falsa de que operase en el contexto un tipo permisivo -causa de justificación- no existente, nos introduce en el problema del "Error de Prohibición", es decir un problema de culpabilidad y no de injusto.-

En una sociedad plural y anonimizada, en donde rigen contactos de rol, sin sujeciones a

incondicionales teológicos ni tradicionales, cualquier ciudadano puede válidamente alegar ante el orden jurídico un desconocimiento parcial de la desaprobación penal -un defecto cognitivo- siempre que no se trate de aquellas normas del llamado "núcleo duro o fundamental" por ej. no se podría alegar, de modo exculpante, el desconocimiento de la prohibición de matar, salvo una impensable socialización exótica.-

Tampoco, y aquí llegamos a lo que nos atañe, se pueden invocar válidamente defectos cognitivos en el marco de las actividades reglamentadas o profesionales, al igual que en las institucionales.-

En otros términos es competencia de cada persona que interviene libremente en estas porciones de comunicación social, munirse de los mínimos conocimientos sin los cuales no podría por ej.: ser profesional o juez.-

La doctrina ha elaborado un conjunto de principios interpretativos para la verificación de si estamos ante un fenómeno de ausencia de posibilidad exigible de comprensión de la criminalidad -internalización del carácter antijurídico penal del hecho-, tal cual reza nuestro art. 34 CP, por error, o no..." (ver fs. 1811 vta./1814 vta.).-

IV.15- Por lo demás, al examinar las críticas del Defensor Técnico del condenado Rossi, debemos receptar la recomendación de actuar con "mucha prudencia" en la interpretación y aplicación del art. 268(2), según lo aconsejan De Luca y López Casariego, "porque la Argentina ha firmado un tratado internacional, que como tal, tiene jerarquía superior al Código Penal, que es una ley del Congreso, y en dicha Convención el Estado se ha obligado ha adoptar las medidas necesarias para tipificar en su legislación como delito el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no puedan ser razonablemente justificados por él... además que este delito será considerado un acto de corrupción para los propósitos de la presente Convención y que no será necesario que produzca perjuicio patrimonial al Estado" (cfr. "Enriquecimiento Patrimonial de Funcionarios, su no justificación y problemas constitucionales"), siendo descartables las tachas de inconstitucionalidad realizadas por el Dr. Federik en virtud de las razones expresadas en la sentencia y por nosotros en este voto.-

IV.16- No quiero concluir sin dejar de señalar que el reciente Proyecto integral de reformas al Código Penal de la Nación y de las Leyes Penales Complementarias, que en su art. 1º declara que se aplicará de acuerdo con los principios de la Constitución Nacional y de los Tratados Internacionales que gozan de jerarquía constitucional, en especial, los de legalidad, lesividad, culpabilidad, proporcionalidad y humanidad, como símbolo y evidencia que la comunidad jurídica y la sociedad toda consideran al enriquecimiento ilícito y corrupción de los funcionarios públicos como una real calamidad que merece sanción punitiva, reiteró la figura y la consagró en el art. 311 en los siguientes términos:

"Será reprimido con pena de UNO (1) a SEIS (6) años e inhabilitación especial por el doble tiempo de la condena, el funcionario público que con fines de lucro utilizare para sí o para un tercero informaciones o datos de carácter reservado de los que haya tomado conocimiento en razón de su cargo.

Será reprimido con prisión de DOS (2) a OCHO (8) años, multa del CINCUENTA POR CIENTO (50%) al CIEN POR CIENTO (100%)del valor del enriquecimiento e inhabilitación especial por igual tiempo de la condena, el funcionario público que, al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos años después de haber cesado en su desempeño.

Se entenderá que hubo enriquecimiento no sólo cuando el patrimonio se hubiese incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban.

La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con la misma pena que el autor del hecho.

Será reprimido con prisión de QUINCE (15) días a DOS (2) años e inhabilitación especial por el doble tiempo de la condena el que, en razón de su cargo, estuviere obligado por ley a presentar una declaración jurada patrimonial y omitiere maliciosamente hacerlo.

El delito se configurará cuando mediando notificación fehaciente de la intimación respectiva, el sujeto obligado no hubiere dado cumplimiento a los deberes aludidos dentro de los plazos que fije la ley.

En la misma pena incurrirá el que maliciosamente, falseare u omitiere insertar los datos que las referidas declaraciones juradas deban contener de conformidad con las leyes y reglamentos aplicables".

IV.17.- En definitiva, y por lo expuesto hasta aquí concluyo propiciando que se rechace el recurso de casación articulado a fs. 1823/1838 en beneficio del procesado Domingo Daniel Rossi contra el pronunciamiento jurisdiccional de fs. 1745/1821 el que, por lo tanto, queda confirmado.-

Ese es mi voto.-

A SU TURNO, EL SEÑOR, VOCAL DR. SALDUNA DIJO:

I.- Me remito, en cuanto a los antecedentes al relato del Sr. Vocal de primer voto, que doy por reproducido en aras de la brevedad.-

II.- Como una observación de carácter general, señalo que en el memorial recursivo -fs. 1823/1838-, así como en la audiencia de casación -donde muy poco se agrega- se reiteran en general, cuestiones ya planteadas en instancias inferiores.-

Y que, en lo fundamental, ya han sido tratadas y resueltas en sucesivos decisorios, sobre todo, como lo destaca el voto que me precede, han tenido debida y adecuada respuesta en el fallo de Cámara cuestionado.-

III.- No obstante, la nueva concepción del recurso casatorio, pergeñada a través del famoso fallo "CASAL..." y otros, obliga a otorgar mayor atención a cada uno de los agravios invocados, así como darles concreto y puntual tratamiento. Razón por la cual analizaré los diversos ítems que ha propuesto el recurrente a través de su escrito de fs. 1823/1838, ampliados relativamente en la audiencia de debate.-

A) CONSTITUCIONALIDAD

1) Aun cuando el Defensor del condenado manifestó en la audiencia de casación que no se explayaría acerca de la objeción de inconstitucionalidad del tipo penal del requerimiento ilícito, el tema fue planteado oportunamente en instancias anteriores y reiterado al interponer el recurso de casación -ver fs. 1833 en adelante "Cuarto Motivo"-. Por ello, aunque entiendo que el tema ya fue desarrollado amplia y fundadamente en la sentencia que se recurre, como asimismo en el voto que me

precede, considero necesario formular algunas consideraciones.-

- No desconozco que la posición doctrinaria favorable a la inconstitucionalidad de la figura contemplada en el art. 268(2) del Código Penal es sostenida, con fuertes argumentos por juristas de la talla de Donna; Inchausti y sobre todo Sancinetti, que le ha dedicado un meritorio trabajo específico (ver SANCINETTI, Marcelo "El Delito de Enriquecimiento Ilícito de Funcionario Público", art. 268 (2), P.Penal, Ed. Ad-Hoc., octubre 2000).-

Para reforzar tal postura algunos autores hacen mención del antecedente de las "Comisiones Especiales", del gobierno de la autodenominada "Revolución Libertadora", (1955/58), y la "Comisión de Recuperación del Patrimonio Nacional" "CONAREPA" durante el gobierno militar de 1976/83.-

En ambas oportunidades se privó de su libertad y persiguió a muchas personas -ex funcionarios públicos- a través de ridículas parodias de juicio donde se invertía el cargo de la prueba y se vulneraban groseramente los más elementales derechos (ver entre otros el trabajo de Horacio N. Castro Dassen "Enriquecimiento Ilícito", publicado en LA LEY, T. 83, Sección Doctrina, págs. 1063 a 1069).-

- Pero no debemos olvidar que tales anomalías se dieron precisamente bajo gobiernos de facto, al margen de la Constitución. Tales aprensiones no tienen razón de ser bajo un estado de derecho.-

- Por el contrario, es precisamente la vigencia de la Constitución, lo que da fundamento y basamento a la norma: por un lado el art. 1º de la Constitución, por cuanto es principio esencial del sistema republicano la responsabilidad de los funcionarios y la publicidad de los actos de gobierno.-

- Por el otro, el requisito de idoneidad para el acceso a los cargos públicos, -art. 16 C.N.- lo que faculta al Estado para imponer y reglamentar tales condiciones y exigir el cumplimiento de una serie de deberes en el desempeño de la función.-

- Como lo ha dicho, ya en 1938, el eminente jurista Rafael Bielsa: "El Estado determina las condiciones de admisión, establece las incompatibilidades, fija la retribución, instituye el derecho disciplinario. El candidato que acepta el cargo o

empleo, indirectamente acepta, como funcionario, el régimen unilateralmente establecido por el Estado. En ese régimen, el Estado puede determinar una forma de vigilancia que, precisamente por ser general y justificada, no inhibe ni deprime al funcionario" (BIELSA, Rafael "El Enriquecimiento Ilícito" (Anuario del Derecho Público), T. I, año 1 (1938), pág. 484).-

- Y Sebastián SOLER, comparando al funcionario con el administrador de bienes ajenos afirma: "No hay nada desmedido, irregular o excesivamente severo en imponer a los funcionarios un deber semejante al que recae sobre un administrador común. La asunción de un cargo público comporta un deber semejante, un deber de pulcritud y claridad en la situación patrimonial. Quien sienta esa obligación como demasiado pesada o incómoda, que se aparte de la función pública" (SOLER, Sebastián "Derecho Penal Argentino", T. V. TEA, B. Aires 1978, pág. 226 y sigs).-

- La propia Corte Suprema, citando precedentes de su similar norteamericana ha expresado: "Un individuo que decide buscar un cargo en el gobierno debe aceptar ciertas consecuencias necesarias que surgen de involucrarse en los asuntos públicos. Corre el riesgo de un escrutinio más estricto de lo que ocurriría en otros casos" (Causa "Costa...", CSJN, Fallos: 310:508).-

- El retorno a la democracia, en 1983, y los distintos avatares vividos desde entonces, ha traído como consecuencia una exigencia ciudadana de mayor control y transparencia en el desempeño de los funcionarios públicos. Lo cual se ha traducido, en el ámbito judicial, en una serie de casos resonantes y paradigmáticos que han motivado una jurisprudencia mayor en cuanto al número que en cualquier otro período de vigencia de la norma penal (causas "GUGLIELMINETI..." ; "PICO..."; "ANGELOZ..."; "NICORA..."; "RICO..."; "SAADI...", "ALSOGARAY...", etc.).-

- En todos ellos los Tribunales actuantes han aceptado, sin mayor esfuerzo, la constitucionalidad del tipo penal en cuestión. -

- Razón por la cual, aun cuando, como lo resaltara el Sr. Fiscal adjunto en la audiencia de debate, "ni la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha llegado a expedirse a la fecha" entiendo que la discusión doctrinaria se ha zanjado definitivamente.-

Como lo expresara en forma contundente el Dr. Rafael Bielsa: "Y aún es posible que se invoque vagamente alguna garantía constitucional de factura liberal. Pero, para el jurista informado y honesto, esos reparos son relativamente extraños" (BIELSA, Rafael, op. cit., pág. 481 y sigs.).-

2) Ocupándonos ya en concreto del presente caso, el recurrente se limita a mencionar -fs. 1833- una supuesta violación a los principios de "legalidad" "derecho penal de acto" "principio de inocencia" y desconocimiento del "nemo tenetur".-

- Pero esta enumeración que formula el defensor del condenado es meramente enunciativa: advierto que en las escasas dos fojas que se dedica al tema, el punto no se desarrolla ni se explicita por qué se habrían violentado en el caso, los mencionados principios. Tal falencia resultaría bastante para desechar el agravio, por evidente deserción recursiva.-

- No obstante, resulta de interés transcribir el voto del Dr. Barbarosch en la causa "Guglielmineti...", quien con puntualidad didáctica se ocupa de dar respuesta a tales objeciones, planteadas en el referido expediente y que también se puede aplicar a la presente causa:

- Respecto al "principio de legalidad" entiende que no se vulnera el mismo por cuanto "el funcionario conoce su deber de justificar sus incrementos patrimoniales".-

- Tampoco el de "inocencia", porque la ley no presume la culpabilidad del imputado: simplemente se prueba un incremento patrimonial apreciable, y que no es justificado en su origen.-

- No se lesiona "el derecho penal de acto", porque precisamente "el acto consiste en no justificar" (el incremento patrimonial).-

- No se lesiona el "nemo tenetur" (es decir la prohibición de declarar contra sí mismo). "Lo que se valora negativamente no es la negativa a justificar, sino los datos objetivos que demuestran un incremento patrimonial apreciable sin razón alguna. Por el contrario, si al pretender justificar confiesa un delito distinto tal confesión no tiene consecuencia" (Causa "ALZOGARAY María Julia - Enriquecimiento Ilícito", cit. por BRUZZONE Gustavo/GULLEO Hernán "Teoría y Práctica del Delito de

Enriquecimiento Ilícito", Ed. Ad-Hoc, págs. 238/239), LA LEY 2000 "D", pág. 784 y siguientes).-

Y no se "invierte la carga de la prueba", porque, como se dijo en la causa "PICO...", reiterado en "ALSOGARAY..." no es el imputado sino "el Estado el que tiene a su cargo el deber de acreditar el aumento apreciable y no justificado del patrimonio del funcionario o empleado"

cit. por BRUZZONE Gustavo/ GULLEO Hernán "Teoría y Práctica del Delito de Enriquecimiento Ilícito", Ed. "Ad- Hoc", pags. 238/239).-

Incluso, hasta puede llegar a sostenerse que ,en esta figura, el imputado goza de una posibilidad y amplitud de defensa aún mayor que la que puede ejercitar el acusado de otro delito, por cuanto el propio arto 268(2) le otorga un verdadero "bill de impunidad" cuando establece que ningún elemento que aporte en su descargo podrá ser invocado contra él para otro efecto.-

"De manera que el requerimiento de justificación es nada más una posibilidad más de defensa del que ya es de modo notorio sospechado de enriquecimiento injustificado. En tal situación, el funcionario o empleado público no es molestado por dicho requerimiento, antes al contrario, lo favorece al darle la ocasión de defenderse, máxime cuando es consciente de que ese incremento apreciable, notorio, ha debido llamar la atención. Si no quiere justificar la procedencia de su hacienda, conociendo las consecuencias penales y sabiendo que "la prueba de su enriquecimiento se conservará secreta a su pedido, y no podrá ser invocada contra él para ningún otro efecto" es decir, si se le otorga la posibilidad de aclarar su situación y la desprecia, ningún derecho fundamental puede esgrimir como lesionado" (BRUZZONE Gustavo/GULLEO Hernán, op. cit., págs. 238/239).-

3) Esto como criterio general para ratificar mi convencimiento acerca de la plena armonía del precepto con los principios constitucionales. Ahora bien, volviendo al recurso, reitero que el recurrente no desarrolla adecuadamente los puntos referidos a la invocada inconstitucionalidad. Creo entender que su cuestionamiento principal -fs. 1834- se centra en la circunstancia de una supuesta aplicación retroactiva de la ley. O,

más bien que se argumenta acerca de la constitucionalidad del tipo penal, invocando la norma en su redacción actual, que no es aplicable al caso. Y no hay tal: el fallo al comenzar la "segunda cuestión" hace referencia concreta a que "el hecho se subsume en el tipo doloso de ENRIQUECIMIENTO ILICITO DE FUNCIONARIO PUBLICO, art. 268(2) en su texto anterior a la Ley 25.188".-

Menciona la "evolución normativa", junto a la jurisprudencial y doctrinaria, posterior a la ley original, -en especial el nuevo arto 36 de la Constitución Nacional- sólo para señalar que la misma ha venido a ratificar la constitucionalidad del tipo penal. Ello, teniendo en cuenta que, en lo sustancial, la figura no ha variado.-

En efecto, mal podría considerarse contraria a la Constitución la tipificación delictual de una conducta que, según el nuevo arto 36 "atenta contra el sistema democrático".-

Por su parte la Ley N° 24.759 del 17/1/97, que aprobó la "Convención Interamericana de Lucha contra la Corrupción" obliga al Estado a adoptar las medidas necesarias para tipificar en su legislación como delito el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto a sus ingresos legítimos durante el desempeño de sus funciones.-

Pero el fallo, aunque las menciona con el sentido indudable que destacamos, no dice que esas normas deban aplicarse con retroactividad. Más aún, dice lo contrario.-

Y respecto a las citas doctrinarias, debemos señalar que se hace alusión a Sebastián Soler (fs. 1803 vta.) y el debate parlamentario de 1960; a Jakobs (fs. 1802 vta. y 1804); a Feuerbach y a Kant (fs. 1804); Hegel; Benedetto Croce (Id.) y hasta Karl Marx, entre otros. Autores y pensadores, indudablemente anteriores a la reforma constitucional de 1994 y la Ley N° 25.188...

B) REQUERIMIENTO INCOMPLETO

Es este otro de los cuestionamientos del recurrente.-

En esencia su agravio consiste en qué, a su criterio, el monto del enriquecimiento por el que se le requirió justificación "no supera el millón de dólares y la acusación en debate multiplica esa cifra por tres, y por el otro lado, la querrela se mantiene en la primer cifra" (fs. 1824/1824 vta.). Dice que "la defensa se vio sorprendida

literalmente, con una acusación intempestiva y novedosa, ya que ni al mismísimo Juez de Instrucción ... se le había ocurrido semejante suma, y por cierto, tampoco al Agente Fiscal, que afanosamente procuró la prueba sobre las cuentas. Recién en aquel momento, cuando ya habían precluido las instancias para las declaraciones del imputado, cuando sólo quedaba la respuesta de la defensa técnica, apareció la cifra, que la acusación pretendió que debió ser justificada. La afectación al derecho de defensa es clara, y además, es rotunda" (fs. 1824 vta.).-

Veamos cuanto hay de verdad en el aserto: en primer lugar, -y así lo destaca el voto del Dr. Chiara Díaz- el tipo penal no habla en ningún momento de la necesidad de concretar una cifra específica configurativa de "enriquecimiento".-

Ello podría constituir un requisito en la redacción actual del arto 268(2) incorporado por Ley N° 25.188/99, que impone la pena de multa del cincuenta por ciento al cien por ciento del valor del enriquecimiento, por lo cual resultaría imprescindible conocer este monto con precisión. Pero como sabemos, en este caso, y para favorecer al imputado, se ha aplicado la ley en su redacción anterior...

Esta, al referirse al enriquecimiento patrimonial menciona que debe ser "apreciable" ¿qué debe entenderse por "apreciable"?

"el incremento patrimonial ... será apreciable cuando resulte considerable con relación a la situación económica del agente en el momento de asumir el cargo y que no esté de acuerdo a las posibilidades de evolución normal de aquella durante el tiempo de desempeño de la función o en el período ulterior a su cese anterior a la producción del requerimiento" (CREUS, Carlos "Derecho Penal. Parte Especial", T. 2, ASTREA, pág. 313).-

No se puede establecer un parámetro general, matemático, pues deben tenerse en cuenta las especiales circunstancias de cada ejemplo concreto, que variarán según las características del individuo, así como la situación de tiempo, modo y lugar.-

Dice FONTAN BALESTRA: "Una guía aceptable la constituiría el análisis de la proporción que resulte de relacionar el volumen del enriquecimiento con las entradas y bienes de fortuna que se le conocen al funcionario: de modo que el aumento pueda ser

considerado como normal o no en la evaluación económica de ese patrimonio. Sólo la apreciación de cada caso en particular podrá dar la pauta" (FONTAN BALESTRA, "T. de Derecho Penal", T. VII, Ab. Perrot, B. Aires 1971, pág. 324).-

Esto es lo que ocurre en autos, cuando se detecta, además de otros bienes, la existencia de cuentas y plazos fijos en dólares, depositados en la República Oriental del Uruguay por cifras abultadas y que no se condicen con los ingresos del imputado.-

Allí se produce -fs. 387/388- el "requerimiento" formal a justificar la legítima procedencia de los mismos. Ahora bien, cabe preguntarnos ¿qué características debe cumplimentar tal "requerimiento"? ¿cuál es la autoridad que debe verificarlo? ¿qué formalidades debe revestir?

La ley no lo dice expresamente. No hay criterio uniforme. Según algunos el "requerimiento" debe formularlo una autoridad administrativa. No puede hacerlo el Juez. Podría llevarlo a cabo el Fiscal de Estado, la Oficina Anticorrupción (donde la hubiere), o cualquier otro organismo facultado al efecto, incluso hasta la Policía. Si el requerido es legislador puede hacerlo la respectiva Cámara a la que pertenece. De acuerdo a otra doctrina, por el contrario es a la autoridad judicial (Juez, fiscal) a quien compete realizarlo.-

En mi opinión, y desde que, lo que se persigue al invitar al sospechado a que haga su descargo y dé sus explicaciones, en definitiva es garantizar su más amplio derecho de defensa, no cabe otorgarle al acto de requerimiento características formales o sacramentales:

"debido requerimiento debe entenderse como el debido proceso legal, es decir, una imputación que surge de un proceso en el que cuente con la posibilidad de ejercer el derecho de defensa y donde se le respeten los derechos de aportar pruebas y de ser oído. No tiene por qué ser un acto administrativo formal, más o menos formal, dado por un funcionario administrativo, fiscal o juez". "Si el funcionario se enriqueció ilegítimamente el "debido requerimiento" podrá ser un acto administrativo, el requerimiento fiscal de instrucción, la indagatoria, la defensa, etc., según las distintas etapas de cada Código Procesal" (DE LUCCA, Javier-LOPEZ CASARIEGO, Julio

"Enriquecimiento Ilícito y Constitución Nacional", Nota a Fallo, La Ley, T. 2000-A, pág. 250 y sigs.).-

Es decir: verificado "prima facie" el crecimiento patrimonial del funcionario se lo intima formalmente a que lo justifique: si, a través de la investigación, surgen nuevos elementos los mismos se harán conocer en las sucesivas etapas procesales, a efectos que el imputado haga su descargo pertinente: "Si la investigación se inicia en sede judicial, de oficio o por denuncia, podrá requerir la justificación del enriquecimiento el propio fiscal o el juez a solicitud fiscal y hasta excepcionalmente podrá hacerlo el Juez en el acto de la indagatoria si en el curso del proceso surgen otros hechos presuntamente integrativos del enriquecimiento ilícito ya imputado. En esa hipótesis, puede el Juez mismo formular requerimiento ampliatorio, sin necesidad de retrotraer el procedimiento. La solución es práctica, y no afecta los derechos del imputado, por cuanto el requerimiento no está subordinado a las garantías procesales" (C. Acusación de Córdoba, octubre 15-996, Causa "Angeloz, Carlos M. y Otros), La Ley 1997, pág. 1183).-

Los elementos colectados en la instrucción serán, obviamente, provisorios, por cuanto sólo en el debate, producidas todas las pruebas, podrá arribarse a la cifra definitiva:

"...las resoluciones de cargo pueden estar sustentadas sólo en la posibilidad de ser el imputado culpable de enriquecimiento ilícito en los términos de esa posición interpretativa tradicional de la norma sustantiva ya que únicamente en el juicio plenario será necesario contar con la certeza acerca de esos aspectos típicos, sin ser suficiente la falta de convicción personal de los jueces de la inocencia del acusado para condenarlo" (Cám. Crim. 7° de Córdoba, 20/10/98, en L.L.C., 1999-95) (del voto del Dr. Chiara Díaz al resolver el planteo de prescripción).-

No es verdad, por otra parte que, al formular el requerimiento inicial -fs. 387/388- se estableciera que debía justificar un determinado monto: en el escrito pertinente se detallan ciertos bienes -inmueble y automotor- y una serie de cuentas bancarias y plazos fijos cuyos números y características se detallan (cuentas N° 5508/247 1137777 Y 1108786 del Banco Surinvest de Montevideo, correspondiente a plazos fijos N°

325003/325518/926293/ y 926112). No están allí todas las cuentas ni los plazos fijos, porque aún no se conocían totalmente y el requerido se encargó de ocultarlas todo lo que pudo...

Pero lo importante es, que al momento de contestar el requerimiento -ver presentación de fs. 390/406- el imputado, en vez de realizar una seria, documentada y específica explicación del patrimonio que surgía de las cuentas y plazos fijos que se le mencionan concretamente - además de los que no aparecían, pero, cómo lo reconoció él mismo en el debate, existían- dice (fs. 392), que "aunque se tomen como ciertos los depósitos dinerarios que se expresan en ellas" "existe si, un desarrollo patrimonial que sobra para justificar los montos requeridos". Y, como consecuencia, según lo afirma a fs. 383, que el Juez no se moleste en tratar de averiguar si existen otras cuentas (¿), porque de todas maneras él las ha de "justificar plenamente".-

Si embargo, no sólo no ocurrió esto último, sino, como lo dice la sentencia,-y el recurso no dice nada al respecto- el imputado en sucesivas presentaciones: Primero negó la existencia de las cuentas bancarias. Trató por todos los medios que las cuentas y depósitos no salieran a la luz. Cuando aparecieron, dijo que no estaban a su nombre ni le pertenecían. Finalmente, recién en la audiencia de debate, las admitió, incluso dijo que "las manejaba personalmente". Pero adujo, sin hacer mayores precisiones, que el dinero, era del Partido Justicialista para las campañas. Hizo innumerables planteos nulificantes; de recusación, agotó todas las posibilidades recursivas de apelación y casación para defenderse de la acusación de poseer gruesas sumas de dinero en esas cuentas, que como es obvio, debía conocer porque, como lo admitió expresamente, le pertenecían y las manejaba. Es decir que supo perfectamente en que consistía la acusación y se pudo defender. Y, de hecho lo hizo con todos los medios que pudo. No resulta serio sostener en esta instancia que "lo sorprendió" la acusación fiscal.-

En este sentido es decir las cifras que lo "sorprendieron", véase por ejemplo, a fs. 1049 vta., el auto de procesamiento del Sr. Juez de Instrucción ya calcula en la suma de U\$S 3.311.913 el monto probable del movimiento de las cuentas. Además de estimar un

rendimiento de los plazos fijos y otras colocaciones, con una RENTA PROBABLE de U\$S 2.505.761,45. Es decir, las sumas de estas cantidades ya nos arroja una cifra que ronda los U\$S 5.000.000.-

A su vez el auto de requerimiento de elevación a juicio - fs. 1177 a 1189- detalla las cuentas y, sin determinar un monto definitivo, aunque habla de "cifras millonarias" sostiene -fs. 1179 vta.- que la Cuenta N° 1137777 registraba, al momento de su cierre un haber de U\$S 1.293.228 y la cuenta N° 5508247 llegó a tener en sus sucesivos movimientos U\$S 1.533.712,78. La suma de ambas cantidades, que no son todas las cuentas ni los plazos fijos, a las que deben agregarse otros bienes también incluidos en la oportuna requisitoria sobrepasan en este sólo punto los tres millones de dólares.-

Es decir, que de ninguna manera pudieron "sorprender" al imputado la magnitud de las cifras. Si en vez de adoptar las actitudes elusivas y obstaculizadoras de la prueba, en el período de instrucción, hubiera asumido con sinceridad la existencia y titularidad de las cuentas -cosa que recién hizo en la audiencia de debate- y ofrecido en su momento el informe pericial contable serio que ahora menciona, tardíamente, en esta etapa, quizá la cuestión pudo haberse clarificado y su situación procesal mejorar.-

Pero no fue así: el fallo, a través del análisis de las distintas instancias procesales, -fs. 1777 en adelante- va detallando los sucesivos pasos en la investigación, siempre cuestionados y obstaculizados por parte del recurrente, del cual fueron surgiendo las pruebas contundentes acerca de las cuentas bancarias en la República Oriental del Uruguay, su movimiento y las cifras importantes que representaban. El imputado, desde que admitió -recién en la audiencia de debate- que las cuentas le pertenecían, y que "las manejaba personalmente", no podía ni puede alegar ignorancia acerca de la cuantía del enriquecimiento patrimonial que se le atribuye.-

Por lo demás, el fallo hace mención -fs. 1779/1780- tanto de los autos de procesamiento como del auto de requerimiento de elevación a juicio, oportunamente objetados por la defensa. Pero por otros motivos, y no alegando la supuesta "incompletud" de la acusación. Se hace mención incluso -fs. 1780, segundo párrafo- que el defensor Dr. Federik alega contra lo que considera "cálculos arbitrarios sobre

depósitos uruguayos", lo cual revela que conocía cual era el objeto de la imputación. Advierto que sobre estos puntos, el recurrente no dice nada. Tampoco dice nada acerca del argumento vertido a fs. 1781 vta. en cuanto a que la atribución del monto de incremento patrimonial no requiere un monto determinado. Y, lo que es más importante, y tampoco es refutado, que el imputado sabía perfectamente cual es ese monto desde que ha reconocido "que manejaba personalmente dichas cuentas".-

Advierto, por lo demás que, aunque el recurrente cuestiona la circunstancia de lo que denomina "requerimiento incompleto", en definitiva no hace una refutación concreta al pormenorizado análisis del fallo -fs. 1788 a 1790 vta.- que le permite arribar a la conclusión que "el enriquecimiento derivado de las cuentas en la ROU llega a la suma de U\$S 4.948.319,095, fruto, reitero de la verificación circunstanciada de la evolución y movimiento de las referidas cuentas".-

Pero además existe otro argumento incontrastable y que nos suministra la simple lógica: el fallo analiza -fs. 1792/1799- los distintos elementos probatorios aportados por el imputado para intentar justificar sus ingresos, basado en sus tareas en la actividad privada y aportes de presuntos "donantes". Y los va desechando uno a uno, sin que en este punto exista embate sólido por parte del recurrente.-

Realiza, a través del análisis de los peritos contables, y el resto de la prueba aportada una especie de estimación de los posibles ingresos del Sr. Rossi durante el tiempo que ejerció la vice-gobernación los que calcula - poniéndose en la hipótesis más favorable al imputado (fs. 1799)- en U\$S 537.703. Esto, como lo dice el voto, "llevando al absurdo" de suponer que prácticamente no hubo gastos familiares ni de otro tipo, y que hubiera existido una capacidad de ahorro realmente formidable.-

Es decir, aún aceptando este disparate, y tomando la cifra del requerimiento, igual queda, en el mejor de los supuestos para el imputado, más de un millón y medio de dólares sin justificar.-

Precisamente la querrela sostiene -fs. 1730- que aún tomando las hipótesis de mínima y de máxima "Rossi no puede justificar 1.500.000 dólares en su cuenta".-

La Fiscalía al acusar en el debate sostiene, -fs. 1734- del análisis de las cuentas y los

distintos elementos incorporados al juicio que el monto del enriquecimiento ronda los 4.700.000. Ahora bien, aún si desecháramos esta última cantidad y tomáramos como válido el planteo de la querella, que menciona una cifra menor, igual el monto del enriquecimiento no justificado sigue siendo apreciable.-

En otras palabras: el fallo descarta los argumentos presuntamente justificantes formulados por el Sr. Rossi. Y sobre esto no advierto que exista un cuestionamiento válido en el recurso. Colocándose en la hipótesis más favorable al imputado, el sentenciante llega a la conclusión que su posible "capacidad de ahorro" no iría más allá del medio millón de dólares. Resulta evidente que resta un saldo millonario entre dinero y bienes que el Sr. Rossi no ha podido justificar. Y la pregunta surge natural y evidente ¿si no ha podido justificar un millón y medio de dólares, como dice la querella, como podría hacerlo con cerca de cinco millones como sostiene la Fiscalía, y recepta la sentencia?

Sea una u otra cifra, -y repito que el recurrente no cuestiona con argumentos serios el razonamiento del fallo de Cámara por el cual se arriba a la cifra mencionada- igualmente el enriquecimiento no debidamente justificado es "apreciable". Razón por la cual se verifica cabalmente la conducta tipificada en el arto 268(2) del Código Penal lo que impone desestimar la objeción planteada por el recurrente en este punto.-

C) "NOTITIA CRIMINIS"

El denominado "segundo motivo" que se refiere a la "Notitia Criminis", (fs. 1826 en adelante) no pasa de ser una hábil argucia defensiva. Afirma el recurrente que la noticia que provocara la investigación de esta causa fue producto de un "hecho ilícito". En efecto, la causa se inicia porque la mujer del Dr. Neuman, abogado, amigo y asesor de Rossi, supuestamente le entrega a la ex-esposa de Rossi una documentación que, según dice, le dio su esposo. Según la misma existían cuentas bancarias en el Uruguay y a nombre de ella, lo que determina una investigación que finalmente sale a la luz a través de la revista "Análisis".-

Rossi se presenta en la causa patrocinado por el abogado Neuman: niegan las cuentas, dicen que todo es una maniobra, afirman que esa documentación se la sustrajeron a

Neuman, etc. No hablan en ningún momento de "violación de secreto". El Dr. Neuman asiste y patrocina al imputado, en diversas vicisitudes procesales de la causa.-

Recién cuando esta ingresa en la etapa del debate, cuando el Dr. Neuman ha fallecido, se les ocurre al imputado y su actual defensor la idea de "echarle la culpa al muerto". Y plantean que el Dr. Neuman violó el "secreto profesional". Es decir cometió un delito y entonces la documental aportada no puede servir de prueba. Tal argumento invocado en el debate, fue oportuna y contundentemente desechado por el fallo de Cámara, y, como bien lo expresa el voto que me precede del Dr. Chiara Díaz, quien transcribe los fundamentos respectivos "no fue de ninguna manera rebatido" ni se ha demostrado que "resultara la exclusiva fuente causal de inicio en las investigaciones". Pero, además el tal delito no está probado, no fue objeto de denuncia, imputación y/o de investigación. Y ni siquiera mencionado por nadie en las etapas anteriores del juicio. Como bien lo resaltara el Sr. Fiscal Adjunto en el debate casatorio, resulta una picardía plantearlo en esta instancia, cuando se sabe que no se podrá investigar porque el presunto culpable ha muerto y no se puede defender.-

D) EJERCICIO ABUSIVO DE LA ACCION PENAL

En el punto TERCERO -fs. 1831 vta.- denominado "Ejercicio Excesivo de la Acción Penal" se quiere volver a plantear, por vía oblicua, el tema de la prescripción, que fue ya resuelto por esta Sala.-

En efecto, quedó sentado que la prescripción en este tipo de delitos comienza a computarse desde que se formuló el requerimiento a justificar el incremento de patrimonio. La ley no dice cual es el plazo para formular el requerimiento. En este caso, el mismo se verificó en 1999, es decir, como lo hizo resaltar la Fiscalía en la audiencia casatoria, cuatro años después que el imputado dejara la función pública.-

En decisorio, a esta altura firme y consentido, esta Sala Penal ha decidido que no se ha operado la prescripción. Y no cabe dudar que, habiéndose formulado el requerimiento en tiempo válido, éste debe abarcar todo el período que el requerido ocupó la función pública, pues sobre esto la ley no dice nada. La compleja naturaleza del delito, que se consume cuando se omite justificar el enriquecimiento patrimonial, pero que se ha ido

gestando a través del tiempo que se desempeñara el cargo público, torna asimilable la figura a una suerte de "delito continuado" por lo que resulta razonable y lógico adoptar aquella solución.-

E) ARBITRARIEDAD EN VALORACION PRUEBA

El Quinto y último motivo -fs. 1834 y sigs.- se refiere a una supuesta "Valoración Arbitraria de la Prueba".-

Comencemos por señalar que el recurrente no formula crítica y deja en pie entre otros los siguientes puntos: a) Las contradicciones y mendacidades de Rossi, quien primero negó la existencia de las cuentas; después dijo que no eran de él; después pretendió escudarse en el secreto bancario y por último las reconoció pero, sin dar mayores precisiones ni aportar prueba, dijo que eran de él sólo en parte y parte de las campañas del Partido Justicialista, etc. b) La afirmación de fs. 1778 vta., en cuanto a que la pretendida "justificación del patrimonio" presentada por Rossi a fs. 390/406, tenía como objeto "que no se continuara con los exhortos al SURINVEST, para que informara sobre las cuentas en la ROU", cuestión que tuvo que ser resuelta por la Alzada. Es decir, que en vez de aportar los elementos requeridos para la justificación de su patrimonio, trató por todos los medios a su alcance de ocultar este patrimonio y obstaculizar la investigación del mismo. c) La afirmación del Vocal sentenciante que no existe prueba documental que el dinero depositado en las cuentas sea del Partido Justicialista. Por el contrario, esto lo reconoce expresamente la defensa de Rossi, cuando contrapone su actitud con la del ex-senador Maya que ha declarado que él sí tenía las cuentas en orden y depositadas en Gualeguaychú, no en el Uruguay. Dice que la defensa sí hizo alusión al tema de los fondos. Pero en el párrafo que transcribe sólo menciona dinero que Rossi supuestamente sacó para las campañas interna y general. Un dato curioso es que, si, como dice, el dinero era del Partido Justicialista y para la campaña electoral de este Partido, resulta obvio que no se podía utilizar para los gastos de una lista en una elección interna. Sin embargo, Rossi confiesa, a través de su abogado defensor -fs. 1835 vta- que sacó 50.000 dólares para la campaña general y 200.000, es decir cuatro veces más, para la interna. Y agrega "No hay prueba que no

fuera para utilizarlo en la campaña, no hay indicios en contra". Se olvida que, dada la índole del delito, es él quien debe probar fehacientemente que era dinero "de y para la campaña política" y no el Fiscal probar que "no era". d) No se objeta el razonamiento del Sr. Vocal descalificando los presuntos ingresos del Sr. Rossi provenientes de la actividad privada (fs. 1792 vta., punto g) en adelante. e) Igualmente el análisis que hace de los testigos que pretenden acreditar que le dieron dinero a Rossi, dos de los cuales terminan denunciados por falso testimonio (fs. 1795 vta. a 1796 vta.). f) No se cuestiona el razonamiento efectuado a fs. 1791, punto f) 1791 vta. acerca de la pertenencia al Sr. Rossi de la casa de calle Colón (Paraná), que este adujo, falazmente, que era de su hermana. g) Tampoco se objeta seriamente todo el análisis minucioso que obra de fs. 1787 a fs. 1790 vta. "sin adicionar los más de U\$S 200.000 en trasposos a las cuentas no informadas ni analizadas" de la evolución movimiento de las cuentas de Rossi, que le permiten arribar a la suma de U\$S 4.948.319,00.-

Hasta aquí pues, las conclusiones del fallo, que no podemos considerar absurdas o arbitrarias, ya que el recurrente no las ha mencionado como motivo de agravio.-

¿Dónde está entonces la "arbitrariedad"?

Habida cuenta que no existe un cuestionamiento serio al análisis de las cuentas efectuado en la sentencia, ni a los dictámenes periciales en que esta se apoya, sólo cabe considerar el agravio denominado "Cálculo Arbitrario en Consumos e Ingresos" (fs. 1835 vta.).-

Adelantemos desde ya que estimar el gasto mensual de Rossi en el 50% de los ingresos habida cuenta que los Bancos calculan en un 25% la capacidad de ahorro de una familia, no parece para nada un razonamiento arbitrario o absurdo. Más bien, lo contrario, el cálculo se queda corto. Para quien conoce mínimamente como se maneja la actividad política entre nosotros, lo que sí resulta absurdo, es sostener que un político en plena actividad como lo era, y lo es, el Sr. Rossi, afrontando costosas campañas políticas, en las que se jacta de ser votado por el 60% de la población de su ciudad, pretenda decir que gasta solo \$ 1.500 por mes ... y ahorra el resto hasta llegar a las insólitas cifras de que dan cuenta sus depósitos bancarios y resto de los bienes

acumulados.-

No considero necesario extenderme más en la consideración de este punto.-

IV.- Razón por la cual, por los motivos expuestos en los puntos A), B), C), D) y E), y en concordancia con los fundamentos desarrollados por el Sr. Fiscal Adjunto (fs. 1868 vta. en adelante) y el Sr. Vocal que me precede, los que doy por reproducidos y hago propios, me pronuncio acompañando la solución propuesta por el Dr. CHIARA DÍAZ.-

Así voto.-

El señor Vocal Dr. CARUBIA, a la cuestión propuesta, dijo:

Que, existiendo coincidencia de los señores Vocales que me preceden en la votación, hago uso de la facultad de abstención que me confiere el art. 33, última parte, de la L.O.P.J. -texto según Ley N° 9234-.-

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PROPUESTA, EL SEÑOR VOCAL, DR. CHIARA DÍAZ DIJO:

- Dado el rechazo íntegro de la impugnación motivante, la totalidad de las costas causídicas le deben ser impuestas al recurrente vencido en sus pretensiones -arts. 547, 548, 549 y ccdtes. Del CPPER-.-

- Habrá que dejar constancia que no se regulan honorarios por no haber sido ello expresamente solicitado, según lo impone el art. 97, inc. 1° del Dec.-Ley N° 7046/82 ratificado por Ley N° 7.503.-

- Atento al organigrama de tareas de la Sala N° 1 y de sus integrantes cuadra fijar audiencia de lectura íntegra de la sentencia, a los fines y con los alcances previstos en los arts. 407 y 487 del C.P.P.E.R., para el 20 de noviembre de dos mil seis, a las doce treinta horas.-

Así voto.-

El señor Vocal, Dr. SALDUNA, adhiere al voto que antecede por análogas consideraciones.-

El señor Vocal Dr. CARUBIA, a la cuestión propuesta, dijo:

Que, existiendo coincidencia de los señores Vocales que me preceden en la votación,

hago uso de la facultad de abstención que me confiere el art. 33, última parte, de la L.O.P.J. -texto según Ley N° 9234-.-

No siendo para más, se dio por terminado el acto, quedando acordada la siguiente sentencia:

Si-///

///guen las firmas:

CARLOS A. CHIARA DIAZ
BERNARDO I. SALDUNA
DANIEL O. CARUBIA

S E N T E N C I A:

PARANÁ, 20 de noviembre de 2006.-

Y VISTOS:

Por los fundamentos que antecede se;

RESUELVE:

1º) RECHAZAR el recurso de casación interpuesto a fs. 1823/1838 por el Dr. Julio A. Federik, en su carácter de defensor técnico de Domingo Daniel Rossi, contra el pronunciamiento de fs. 1745/1821 el que, en consecuencia, queda confirmado.-

2º) IMPONER las costas a la recurrente vencida.-

3º) DEJAR constancia que no se regulan honorarios profesionales por no haber sido ello expresamente solicitado, conforme lo dispone el art. 97, inc. 1º, del Decreto Ley N° 7.046/82, ratificado por Ley N° 7.503.-

4º) FIJAR la audiencia del día 20 de noviembre de 2006 a las 12:30 horas a los fines de la lectura íntegra de la sentencia.-

Protocolícese, notifíquese y, oportunamente, bajen.-

CARLOS A. CHIARA DIAZ
BERNARDO I. SALDUNA
DANIEL O. CARUBIA

Ante mí: ALICIA S. PEDRAZZOLI (Secretaria)

ES COPIA.-

??

??

??

??

3