

## **"ROSSI DOMINGO DANIEL S/ SU DENUNCIA"**

### **RESOLUCION N° 062-2022**

**Paraná, 3 de mayo de 2022.-**

### **VISTOS Y CONSIDERANDO**

**I.-** Se elevan en revisión estas actuaciones por la Fiscal Auxiliar Interina Dra. Paola Farinó, quien entiende que al momento no es posible avanzar en la investigación de la posible ilicitud de la contratación de IOSPER con la empresa Meditar SA, para paliar situaciones de necesidad y urgencia médica, en intervenciones de alto costo de afiliados en centros fuera de la provincia, y dispone el Archivo, art. 210 CPP.-

**II.-** Como hemos desarrollado en numerosos casos análogos la Norma aludida supone al menos cuatro hipótesis diversas según la postura racional y fundada del MPF, a saber: a) La primera, tiene como fundamento la manifiesta y evidente no delictuosidad del hecho anoticiado, -en cualquiera de sus fases negativas, sea atipicidad, justificación, no culpabilidad o no punibilidad.- b) La segunda y muy cercana, alude a la misma decisión pero en base a criterios de oportunidad y prioridad, vgr. *bagatela*, *poena naturalis*, mera cuestión patrimonial etc., ya citados.-

En estos dos supuestos, y confirmada la resolución por la Fiscalía de Coordinación, ante

la oposición de quien aparece como víctima, se halla la innovación del proceso adversarial de nuestra provincia, la potestad de que la víctima, -regla de competencia-, de que continúe la acción mediante su conversión en Privada, es decir en lo que se conoce en dogmática procesal como "Querrela autónoma", Art. 210 in fine CPP.-

Como hipótesis c) se trata de las situaciones de Conciliación concluida, que poseen el sello de definitividad material de la solución compositiva, -salvo incumplimiento, (tercer párrafo de la norma aludida).-

Y finalmente en cuarto lugar, d), se halla en caso frecuente que nos ocupa y que debe ser netamente diferenciado de los anteriores, y es el antiguo Archivo, -antao también denominado eufemísticamente reserva-, que es en realidad una declaración de insuficiencia probatoria, sea en su premisa fáctica o en la "*adequatio legis ad factum*", que no es definitiva sino que puede modificarse si aparecen nuevos elementos, es decir enfáticamente provisoria y pasible de reapertura en tanto acaezcan estas nuevas probanzas.-

**III.-** Tal como analiza la Sra. Fiscal con razón, de la exhaustiva intervención del Honorable Tribunal de Cuentas no se ha podido dilucidar la irrazonabilidad del precio que abonaba IOSPER a la empresa contratada para situaciones de emergencia, ante el corte abrupto e unilateral del ente asociativo de Neurología y Neurocirugía.-

En efecto, es tarea técnica que

competite al organismo Constitucional de contralor, art. 213 y sig, de la Const. Prov., la elucidación pericial de si los precios abonados pueden obedecen a situaciones de emergencia, o no encuentran racional explicación y en su caso merecer la imposición de cargos y costos o imputación administrativa o eventualmente penal, tarea que por la sobrecarga de tarea es casi imposible afrontar en el ámbito del MPF.-

La alegada situación de necesidad y urgencia en casos graves de salud de afiliados, nos colocaría a todo evento en el ámbito de la negación de antijuridicidad, aplicable a la función pública.-

Las causas de justificación son como dice Jakobs: *"...motivos bien fundados para ejecutar un comportamiento en sí prohibido. A diferencia de lo que ocurre en el comportamiento atípico, en el justificado se trata de un comportamiento socialmente no anómalo, sino aceptado como socialmente soportable solo en consideración a su contexto, o sea a la situación de justificación"* (confr. Der. Penal, AT, pág. 419).-

El comportamiento justificado no muestra falta de motivación jurídica dominante, de allí que se hable generalmente del principio de que *"el derecho no debe tolerar lo injusto"*, y que ya en la legítima defensa, se hable de un principio social: la afirmación del derecho, y de un fundamento individual: la autonomía o la no obligación de soportar lo injusto.-

Es que la conducta justificada no es menos legítima que la atípica, y lo único que cambia es la

lógica de la comunicación al ciudadano. En la tipicidad se le comunica cual es el espacio de deber en general prohibido; en la justificación se le comunica que en determinados contextos particularizados un hecho en general prohibido estará legitimado.-

Era más efectista que cierta la objeción de Welzel o su entonces discípulo Hirsch, de que *"no es lo mismo matar un mosquito que un hombre en legítima defensa"*. Obviamente no lo es en términos existenciales, psicológico o sociológico, pero es tan ajena al ilícito penal una como la otra. (confr. por todos, Silva Sanchez, J. "Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo", ed. JMBosch, pag. 323 y sig.; idem. Pawlik, M "Ciudadanía y Derecho Penal", ed. atelier, 2016, pag. 82 y sig.; la discusión en la clásica obra de habilitación de Hirsch, "La doctrina de los elementos negativos del tipo penal", de 1960, recién traducida, ed. a.c.del Prof. E. Donna, Rubinzal, 2006).-

Este concepto de "tipo de injusto" o injusto global torna innecesaria una distinción tajante entre antinormatividad y justificación, con su consecuencia de teoría estricta de la culpabilidad, -afirmado el dolo de tipo todo error sobre la permisión es de Prohibición-. Se vuelve también innecesaria la creación de categorías ad-hoc como la "tipicidad conglobante" de Zaffaroni, ya que ninguna diferencia existe en tratar el Ejercicio del Deber, no como atipicidad conglobante sino como tipo permisivo, -en atención al contexto-.-

En modo alguno la extensio semántica del art. 34 inc. 3ro. CP se circunscribe a conflictos

personales, es decir de Bienes Jurídicos individuales que coliden, sino que admite cualquier situación de necesidad que lleve a ocasionar un "mal" por evitar otro mayor, actual o inminente, del que ha sido extraño.-

Así como un funcionario que en una situación de necesidad, deriva fondos asignados a un tema no prioritario para atender una urgencia climática, vgr. incendios incontrolables, obra justificadamente, frente al tipo del art. 260 CP, así también podría actuar en el caso el ente de salud de la provincia ante las urgencias de alto costo o quirúrgicas en centros que no existen en sede local, (confr. por todos, Zaffaroni, E. Tratado, III, 624 y sig).-

Pero en realidad esta situación acaecería recién si las pruebas periciales a producir por el Organismo de Control, el HTC, arrojan la no explicación razonable del costo empleado, lo cual hasta ahora no se aprecia de modo manifiesto como para avanzar en la imputación penal, y de allí la medida provisional de Archivo, la que puede variar al no causar estado.-

Por ello, y en un en uso de las atribuciones que me confieren la Constitución Provincial, como así también la Ley 10407,

**RESUELVO :**

**CONFIRMAR** lo actuado por la Sra. Fiscal Auxiliar Interina Dra. Paola Farinó remitiéndolo para su continuidad.-

  
JORGE ENRIQUE LUCIANI  
PROCURADOR GENERAL  
PROVINCIA DE ENTRE RÍOS