

Delitos Delito De Desobediencia Procesamiento Desobediencia Orden Judicial Corte Suprema De Justicia De La Nacion

JURISPRUDENCIA

Orden judicial. Corte Suprema de Justicia de la Nación
imputado, exgobernador de la Provincia de Santa Cruz, en orden al delito de desobediencia previsto y penado en el artículo 239 del Código Penal, configurado al desconocer la orden de la Corte Suprema de Justicia de la Nación para reponer en su cargo al Procurador de esa Provincia.

Comodoro Rivadavia, 1 febrero de 2017.- Y VISTA: La constitución del Tribunal con el fin de fallar estas actuaciones de Registro FCR 33002139/2010/CA1 caratuladas ?P., D. R. S/RESISTENCIA O DESOBEDIENCIA A FUNCIONARIO PUBLICO? en trámite ante el Juzgado Federal de Río Gallegos, al haberse diferido en la audiencia celebrada el 16/2/2017 la resolución referida a la situación procesal de D. R. P., según lo autorizado por el art. 455, párrafo 2° del CPPN Y CONSIDERANDO: I. Que a fs. 330/341 y vta la Señora Conjuez Andrea B. Askenazi Vera dictó el sobreseimiento de D. R. P. de conformidad con el artículo 336 inc. 3° del CPPN, en orden a los delitos de desobediencia y violación de los deberes de funcionario (art. 239 y 248 del C.P.) resolución contra la cual el Dr. Gonzalo Miranda, Fiscal Federal Subrogante interpuso recurso de apelación a fs. 343/346. Que previa concesión, y radicados los autos en esta instancia, se celebró la audiencia del art. 454 del CPPN a la que concurrió el Señor Fiscal General interino Dr. Norberto J. Bellver y el Defensor Público Oficial que interviene ante esta Alzada, Dr. Alberto Martínez, ocasión en la que asumieron la posición reflejada en la grabación del audio registrado ese día. Para decidir en el sentido indicado, la magistrada de grado reseñó cada una de las actuaciones, que en copia certificada se agregaron como documental que corre por cuerda separada a los presentes: Exptes. S.16.XXX; S.131.XXXII; S.181.XXXII; S.648.XXXV; S.719.XXXVI; S.2446.XXXVIII; S.2083 XLI y S.125.XL, merituando el contenido de los pronunciamientos dictados por la CSJN en cada una de dichas intervenciones, a los fines de establecer los elementos requeridos para la configuración de los tipos penales que le fueron enrostrados al imputado. En esencia, compartió la sentenciante los argumentos invocados por el imputado, concluyendo en que como destinatario de la orden impartida por la Corte Suprema, habría advertido la contradicción con el ordenamiento público provincial vigente, impidiendo dicha circunstancia la configuración del ilícito que se le imputa. Agregó, que del examen de las normas contenidas en el derecho público provincial, relacionadas con la designación de funcionarios judiciales y de las normas de la Constitución Provincial, se ha ordenado al Gobernador ejecutar una acción que no se encuentra dentro del ámbito de sus competencias, lo que la torna ilegítima, y que el conocimiento del destinatario de la orden de esa circunstancia excluye el dolo que requiere la figura del art. 239 C.P. para la configuración de delito. Seguidamente y en orden al delito tipificado en el art. 248 del C.P., luego de detenerse en los requisitos objetivos y subjetivos que el tipo penal requiere, valoró el mandato de la CSJN frente a la Constitución y demás normas provinciales vigentes; el desdoblamiento del cargo ya efectuado por imperio de la ley 2404 y la remisión que hiciera el imputado mediante Decreto 3026 a la Cámara de Diputados de la Provincia, concluyendo en que importó una conducta que no constituye delito, en tanto no resultaba posible cumplir con la manda judicial, la que fue encaminada por los carriles constitucionales adecuados y con el debido respeto a las instituciones provinciales. II.- Antecedentes del caso Que estos autos se iniciaron a partir de la denuncia realizada por E. A. P., por sí y por la O.N.G. ?A.R.I.E.L somos todos?, ante el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal Nro. Uno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, formulada contra el ?Gobierno de la Provincia de Santa Cruz?, en cabeza de sus ?responsables, cómplices e instigadores? por la presunta comisión de los delitos de desobediencia y violación de los deberes de funcionario público, configurados al desconocer la orden de la Corte Suprema de Justicia de la Nación para reponer en su cargo al Procurador de esa Provincia, Dr. E. E. S. Ratificada en sede judicial la denuncia en los términos antes descriptos (fs. 4) y corrida en vista al Ministerio Público Fiscal, conforme lo prevé el art. 180 del ritual, aquel magistrado propició la declaración de incompetencia del Juzgado de origen a favor del Juzgado de Río Gallegos, en razón del territorio en el cual se habrían materializado los presuntos ilícitos, dictamen que mereciera favorable acogida en el interlocutorio de fs. 9 y vta. Recibidas las actuaciones en dicha sede tribunalicia, la Sra. Fiscal Federal Subrogante, formuló requerimiento de instrucción penal, ante la eventual comisión de delitos contra la administración pública, que resultarían prima facie configurativos de los delitos contemplados en los arts. 239 y 248 del Código Penal, propiciando diversas medidas conducentes a la investigación. Acumuladas posteriormente las actuaciones remitidas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y a partir de fs. 119, se requirieron copias certificadas de los expedientes en los que fueron dictados los distintos pronunciamientos de la CSJN, como igualmente a la Cámara de Diputados de la Provincia de Santa Cruz requiriendo copia de las actuaciones generadas en ese Cuerpo a partir de la intervención otorgada en este asunto por el

Gobernador de la Provincia mediante Decreto Provincial nro. 3026/2009 (art.1º), además de requerir informe referido a la fecha de ingreso del proyecto y tratamiento que hubiere merecido en el recinto parlamentario (fs. 144). A fs. 146 se presentó el entonces Sr. Gobernador de la Provincia de Santa Cruz, -D. R. P., designando abogado defensor y constituyendo domicilio, presentando a modo de declaración espontánea y en ejercicio de su derecho de defensa, el escrito que luce agregado a fs. 174/197 con documental acompañada y en el cual además, ofreció diversas medidas probatorias, las que, sin oposición del Ministerio Público Fiscal (fs. 199) fueron ordenadas por auto de fs. 200. En esa presentación, que resulta aquí de interés en cuanto integró su descargo, sostuvo que toda la actividad realizada en representación del Poder Ejecutivo de la Provincia de Santa Cruz fue efectuada bajo los parámetros de legalidad propios del ejercicio legítimo de la autoridad o cargo que detenta, y en tanto esto es así, obró justificadamente al reconducir la orden de la CSJN de la manera que entendió mejor compatibilizaba los derechos en juego (art. 34 inc. 4 del Código Penal)? En tal inteligencia, afirmó que a efectos de cumplir con la manda judicial, debió considerar los derechos adquiridos por el entonces Agente Fiscal (Dr. Espinoza) para poder destituirlo en el cargo, pues sólo de esa forma podía cumplir de manera exegética la orden de la CSJN, sin vulnerar los derechos constitucionales de ese magistrado. Agregó, que actuando dentro del legítimo ejercicio del cargo de Gobernador y dadas las modificaciones estructurales impuestas por la Legislatura Provincial a través de la ley 2404, el cumplimiento al pie de la letra de lo ordenado se tornaba imposible y, de hecho, desvirtuaba la función que el gobernador ejerce, pues la lesión que se provocaría contra el Agente Fiscal en ejercicio del cargo, no encontraría justificación alguna, menos aún sin mediar la intervención del Poder Legislativo de la Provincia. Por todo ello, concluyó en que su proceder no fue ilegítimo, en tanto la conducta contraria afectaría derechos adquiridos de terceros. Incluyó en su presentación una reseña fáctica e histórica de los hechos que sucedieron al dictado de la ley provincial 2404 del 20 de septiembre de 1995, la que, siguiendo el espíritu el art. 120 de la C.N. desdobló el cargo que ejercía el Dr. S. de Procurador ante el TSJ, en un Agente Fiscal y Defensor de Pobres, Ausentes e Incapaces. Concretamente, analizó que el 2 de septiembre de 1995, el Dr. S. inició una acción de inconstitucionalidad, solicitando una medida cautelar para conservar su puesto, planteo que desató una sucesión de pronunciamientos y recursos ante el TSJ de la Provincia, con posterior intervención de la CSJN, en varias oportunidades. De la interpretación que realiza de dichos pronunciamientos entiende que el Dr. S. sólo cuestionó la vigencia del art. 9 de la ley 2404 y el TSJ declaró la inconstitucionalidad de dicha norma, por lo tanto, la sentencia de la CSJN solo podía ser declarativa del derecho del actor a no ser removido de un cargo que ya no existe, pero no el de ocupar el cargo que sí existe, por lo que resultaba imposible generar una vuelta atrás en la distribución de cargos, sino que sólo podía compensarse el error cometido de manera indemnizatoria. Señala que, a su entender, el Máximo Tribunal en sus sucesivos pronunciamientos incurrió en contradicción, al punto de calificar la sentencia de fecha 2 de octubre de 2001 como un acto jurisdiccional no válido, proceso que culmina con las resoluciones de fecha 20 de octubre de 2009 que le ordenó reponer al Dr. S. en el cargo de Agente Fiscal; la del 10 de noviembre de 2009, que reiteró la intimación anterior rechazando el recurso de aclaratoria y nulidad interpuesto por el Dr. Espinoza y la del 14 de septiembre de 2010, por la cual se hizo efectivo el apercibimiento dispuesto. Analizó la estructura típica del delito estatuido por el art. 239 del Cod.Penal, calificando a la orden impartida por la CSJN como ilegítima y antijurídica?, en tanto como Gobernador de la Provincia carecía de competencia y potestad para impulsar la restitución en el cargo de un funcionario que debe ser designado por el Poder Legislativo, cuestión que además, excluiría cualquier imputación por el incumplimiento de los deberes de funcionario público (art. 248 C.P.) Incluye asimismo, un capítulo en el que analiza la solución alternativa propuesta, plasmada en el Decreto Provincial 3026/09, insistiendo en que la sentencia dictada por la CSJN resulta de imposible cumplimiento, tal y como lo entendiera la juez a quo y lo sostuviera el Sr. Defensor ante esta instancia, argumentando que no se podía dejar sin efecto la creación del cargo de Agente Fiscal y Defensor ante el Superior Tribunal, sin haberse declarado la inconstitucionalidad del art. 7º de la ley 2404, puesto que además, en la práctica, esa orden obligaba a que deberían convivir dos -o tres- funcionarios con competencias superpuestas. Agregó que por esta razón, y para resolver el conflicto planteado se estableció una indemnización a favor del Dr. S. por la suma de \$ 1.216.182, además de haber accedido el funcionario al beneficio de la jubilación ordinaria, la que le fuera concedida por un cargo superior al que detentaba -como Vocal del Superior Tribunal- intentando de esta manera, evitar el perjuicio o lesión a los derechos adquiridos por el accionante. Afirmó que esta cuestión - consistente en haberse acogido voluntariamente a la jubilación- incide de manera directa sobre la antijuridicidad del comportamiento posterior desarrollado, así como que los presupuestos básicos de legitimidad para la restitución ordenada por la CSJN ya habían desaparecido, en tanto la situación administrativa de S. había variado sustancialmente. En la misma presentación, argumentó que con el expresado propósito de acatar la manda de la CSJN, el Decreto 3026/09 constituía la forma en que se podía compatibilizar la sentencia con la normativa, principios, derechos y garantías que el mismo instrumento legal menciona, habiendo sido cursada tal iniciativa a la Comisión de Asuntos Constitucionales de la Cámara de Diputados de la Provincia con fecha 28 de diciembre de 2009. Que sin embargo, la propuesta de designación contenida en el art. 3º de esa norma fue expresamente rechazada por el Dr. S., quien además habría iniciado una carrera política postulándose como

precandidato a Diputado Nacional titular por la Coalición Cívica en las elecciones primarias, abiertas y obligatorias del 14 de agosto de 2011, para posteriormente ser el primer candidato titular de ese cargo en las elecciones generales de octubre por esa agrupación política. Culminó su exposición, afirmando que en su actuar se observa en todo momento la ausencia de dolo, en tanto el cumplimiento del fallo fue dado con la interpretación razonable que consideró ajustada a derecho, habiendo admitido la misma CSJN la complejidad y originalidad del asunto, todo lo cual conduce a la factibilidad legal de poder ser ejecutada de modo razonable y adecuada al derecho público provincial, lo que de por sí acarrea la inexistencia de conocimiento y voluntad orientada a incumplir la manda judicial, debiendo considerarse en todo caso, atípica su conducta, además de que existiría justificación legal, que emerge del sistema jurídico constitucional y administrativo vigente en la Provincia de Santa Cruz. Por decreto de fs. 263, de fecha 8 de mayo de 2012, fue llamado a prestar declaración indagatoria el entonces Gobernador D. P., obrando finalmente -y luego de varios llamados y postergaciones y de haberse resuelto el planteo de prescripción de la acción penal que instara su defensa técnica- el acta de su indagatoria a fs. 308/309 y nuevo llamado de fs. 327/328. En dichas oportunidades procesales, D. P. reiteró los argumentos antes expuestos, agregando que la designación del Dr. Espinoza en el cargo de agente fiscal nunca fue declarada inconstitucional como tampoco la modificación operada por ley 2404, y ante la pregunta formulada por la Fiscalía a fs. 327 vta, agregó que la Corte en su sentencia no indica el camino a recorrer para no violentar los principios constitucionales provinciales, razón por la cual, debió presentar un pedido de aclaratoria ante el Máximo Tribunal que no le fuera respondido. III.- AGRAVIOS del Ministerio Público Fiscal recurrente Sostiene el Ministerio Público Fiscal en su pieza recursiva de fs. 343/346vta, que se encuentra acreditado conforme el grado de certeza requerido para esta etapa procesal, que el imputado incumplió una orden del Máximo Tribunal, que le fuera notificada en forma personal y que contenía una manda clara y directa de reposición en el cargo de un funcionario del Ministerio Público provincial. Explica que la mentada orden no remitía ni supeditaba su ejecución a la participación de ningún otro órgano estatal y que, conforme surge de su lectura, las situaciones que derivaran de su cumplimiento debían resolverse por la vía correspondiente. Apunta, en lo que refiere al encuadre legal, que en orden a la figura del art. 239 del CP aplicable al caso, resulta insuficiente el descargo del imputado así como lo explicado en el Decreto 3026, que acompañara en tal ocasión, para sostener la ausencia de antijuridicidad y del dolo requerido por este ilícito. En el marco del estudio de la figura del art. 248 del CP explica que en el caso de la omisión propia, basta el incumplimiento del deber de actuar y la consumación acaece cuando no se ejecutó la obligación. Concluye entonces, en que será el debate oral y público la oportunidad para un análisis amplio e inmediato de la prueba, de manera tal que un tribunal se encuentre en condiciones de apreciar el complejo escenario normativo con los elementos que requiere tal delicado equilibrio atento a la gravedad institucional que fue oportunamente alegada, toda vez que los aspectos objetivos de la conducta se encontrarían reunidos. Similares argumentos fueron desplegados en el acto de la audiencia celebrada ante este Tribunal durante la sustanciación de la apelación, oportunidad en que la defensa solicitó que el recurso fiscal fuera declarado desierto por ausencia de adecuada motivación, agregando que además, la acción penal se encontraría prescripta. IV.- De este modo, y por razones de orden metodológico, corresponde descartar en primer término los últimos planteos introducidos por la defensa, encontrando suficientes, en los términos de los arts. 438 y 450 del CPPN los agravios de la Fiscalía plasmados en la pieza de fs. 343/346vta y ampliados en el acto de la audiencia, ello a los fines de la admisibilidad de esta vía recursiva. En este sentido, ha expuesto el Ministerio Público Fiscal una clara y directa motivación, conforme la exigencia impuesta por la norma procesal, que supone indicar los puntos del agravio, es decir, enunciar con qué argumentos del juez no se coincide o puntualizar cuáles ha omitido valorar y que eran esenciales para la toma de decisión, habiéndose expresado de manera sintética pero adecuada, las razones que hacen injusta o ilegal la resolución atacada o, más precisamente, la razón sumaria del error, anomalía o vicio que afecta la resolución en crisis. En efecto, los esfuerzos desplegados por la Defensa del imputado ante esta instancia, centrados en demostrar que la sentencia recurrida ha cumplido con la manda que le impuso este mismo Tribunal en su intervención anterior, al revocar el archivo preliminarmente dispuesto (sent. int. Nro. 577/10 del 29/09/2010 de fs. 80/82vta), parten de una errónea y parcializada lectura de las actuaciones hasta entonces labradas y del mismo decisorio, el que fuera emitido con posterioridad a que la Corte Suprema tomara conocimiento del Decreto 3026/2009 y aun así, dispusiera remitir copia certificada de las piezas pertinentes de la causa S.2083 XLI a fin de que se investigue la posible comisión de un delito de acción pública por parte del imputado. Dicha circunstancia, según se desprende de los mismos considerandos, resulta de singular trascendencia a los fines de la configuración del ilícito que aquí se investiga, destacándose que la jueza de grado no la había podido considerar, pues su resolución fue de fecha anterior (14/07/2010, fs.71/73). En ese contexto, el análisis sobre la tipicidad de la conducta omisiva, antijuridicidad y culpabilidad que corresponde efectuar en el marco de esta instrucción, acorde a lo establecido en los arts. 193 y 336 inc. 5 del CPPN, - que la misma postura defensiva ha citado- en modo alguno puede haberse visto condicionado por un pronunciamiento anterior, en el que aún no era posible efectuar una completa adecuación típica, como tampoco determinar la existencia de una causa de justificación, inculpabilidad o excusa absoluta. En consecuencia, una vez profundizada la investigación, cumplido el llamado a indagatoria y

dictado el sobreseimiento del imputado en orden al 336 inc. 3ero. del CPPN las críticas del Ministerio Público orientadas tanto a cuestionar la inexistencia de omisión directa, como el retardo incurrido, habilitan la apertura de esta instancia y el tratamiento de la cuestión sometida a decisión. Con relación al segundo planteo defensivo, referido a la extinción de la acción penal por prescripción, nos remitiremos en lo sustancial y para evitar repeticiones innecesarias, a los fundamentos expuestos en la sentencia interlocutoria Nro. 052 Folio 198/199 del 28/02/2013 (fs. 295/296), por la que fuera confirmado el rechazo de similar planteo, entonces formulado por la defensa técnica de D. P. ante la instancia de grado, así como el planteo de inconstitucionalidad del párr. 2do del art. 67 del C.P. advirtiéndole en esta oportunidad, que la suspensión del curso de la prescripción operada en virtud del cargo de Gobernador que el imputado detentó hasta el 10/12/2015, importa que aún no haya transcurrido el mínimo de dos años previstos en el art. 62 inc. 2 del C.P., computando asimismo como acto interruptivo el primer llamado a indagatoria que fuera practicado el 8/05/2012 según constancias de fs. 263. V.- Que despejadas dichas cuestiones preliminares y a los fines de resolver la cuestión traída a estudio, debemos comenzar este desarrollo, precisando el objeto sobre el que ha versado esta instrucción, delimitado por los términos del requerimiento fiscal (fs. 11) y circunscripto a determinar si la conducta desplegada por el Sr. Gobernador encuadra en la figura típica del delito de desobediencia (art.239 C.P.) -respecto de la orden impartida por la CSJN en el marco de los autos ?Recurso de hecho-S., E. E. c/ Provincia de Santa Cruz? S.2083.XLI. Así, y ajustándonos a la forma en la que le fueron impuestos los hechos en el acto de la indagatoria y a la colecta probatoria incorporada en autos, las siguientes consideraciones integrantes de este resolutorio, se centrarán en la figura contemplada en el art. 239 del Cód. Penal, descartando que el mismo accionar pueda constituir un incumplimiento de los deberes que como funcionario público tenía el ex Gobernador P. a su cargo (art. 248 C.P.) en los términos propiciados por la Fiscalía Federal en su requerimiento de instrucción. Y ello es así, en tanto la conducta exigida de la que deriva la omisión que se le enrostra y que eventualmente configuraría el incumplimiento aludido, se encuentra plasmada en la orden contenida en la sentencia dictada por la CSJN emitida en los autos de referencia, quedando expresamente excluidos de esta última figura los supuestos de incumplimiento de órdenes judiciales, tal y como lo ha entendido la CNFed Crim y Correccional, sala II, in re ?Camilion? del 13/08/1998 en cuanto sostuvo: ?Tampoco hallará encuadre legal entonces, la conducta de ... en el delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público, pautado en el art. 248 CP., cabiendo aclarar además, que a través de esta figura se intenta proteger la inejecución de la leyes cuya obligatoriedad es impuesta al conjunto de agentes de la Administración Pública en general, sobre los que deban regir, mas no el incumplimiento de órdenes particulares judiciales dirigidas a una persona determinada?. Compartiendo dicho temperamento, y atendiendo a que si bien en el accionar de P. pudo mediar una violación a la Constitución Nacional, ello lo ha sido en forma indirecta, sin que en el curso de esta investigación se hubiere demostrado un uso abusivo o arbitrario de la función pública, utilizada como instrumento para violar la Constitución o las leyes, exigencia propia que hace a la figura penal del art. 248 C.P. por lo que la excluirémos del reproche penal efectuado. Precisado de este modo el análisis que deberá efectuarse y si bien han sido esgrimidos extensos argumentos defensistas referidos a cuestiones que ya han sido oportunamente planteadas y decididas por el Máximo Tribunal, entendemos que no corresponde volver a su tratamiento y valoración, en tanto excedan el específico marco sobre el que versa esta investigación, tendiente a determinar si la conducta del ex Gobernador P. encuadra en el delito penal que le ha sido enrostrado. Ello así, pues la controversia vinculada a si la Provincia de Santa Cruz incurrió en una violación constitucional a partir de la sanción de la ley 2404 (art.9 2do.párrafo), ya fue materia de pronunciamiento por parte del TSJ y la misma CSJN, siendo categórica la respuesta final: que la norma era inconstitucional y que el Dr. S. debía ser repuesto en su cargo. VI.- Sentadas dichas pautas, dable resulta recordar, el grado preeminente que debe reconocerse a los Fallos dictados por la CSJN, necesario para preservar la forma republicana de gobierno y las garantías constitucionales, siendo ese Tribunal el último intérprete de la propia Constitución Nacional. La misma Corte ha tenido en varias oportunidades que referirse a la supremacía de sus decisiones en los siguientes términos: ?Tan incuestionable como la libertad del juicio de los jueces en el ejercicio de su función propia, es que la interpretación de la Constitución Nacional por parte de la Corte Suprema tiene autoridad definitiva para la justicia de toda la República. Ello impone, ya que no el puro y simple acatamiento de su jurisprudencia, susceptible siempre de ser controvertida, el reconocimiento de la superior autoridad de que está institucionalmente investida? (Fallos 212:51). ?La efectiva prescindencia de los fallos de la Corte Suprema, cuyo leal acatamiento es indispensable para la tranquilidad pública, la paz social y la estabilidad de las instituciones, importa un agravio al orden constitucional? (Fallos 212:160) ?La institución de un tribunal al que le es encomendada como función exclusivamente propia de él, la decisión final de las ?causas que versan sobre puntos regidos por la Constitución?, importa atribuir a la interpretación que este Tribunal haga de ella, una autoridad que no es solo moral sino institucional, es decir, que el orden de las instituciones de que se trata, reposa sobre ella.?(Fallos 212:251) En efecto, ?Las sentencias de la Corte Suprema de la Nación deben ser lealmente acatadas. Desde luego porque es lo que corresponde respecto de toda resolución firme de los tribunales de justicia. Y además porque la Corte es en el ejercicio de la jurisdicción que le acuerdan la Constitución y las leyes nacionales, suprema, a igual título que los demás

departamentos del gobierno federal en la órbita de sus atribuciones?. ¿Acertadas o no las sentencias de la Corte Suprema, el resguardo de su integridad interesa fundamentalmente tanto a la vida de la Nación, su orden público y la paz social cuanto a la estabilidad de sus instituciones y, muy especialmente, a la supremacía de la Constitución en que aquéllas se sustentan? (Fallos 205:614). A la luz de dichos principios, corresponde concluir que ninguna autoridad provincial puede ignorar una decisión de la Corte sin desconocer la misma Constitución Nacional, razón por la que no es posible admitir que el contenido de sus sentencias pueda ser considerado arbitrario o ilegítimo, por lo que ninguna ¿ilegalidad? puede articularse a su respecto, contra la cual fuera lícito desobedecer. Por el contrario, se parte de considerar que el mandato impartido por el Máximo Tribunal puso fin a la cuestión referida a cómo debía integrarse la declaración de inconstitucionalidad que primigeniamente el mismo TSJ declarara sobre el art. 9 de la ley 2404, en tanto la ¿reposición del actor en el cargo?, era ¿consecuencia natural de la admisión del planteo?, ¿dejándose sin efecto las designaciones posteriores? (Fallo de fs. 340/341 del 30/6/98). De allí que las cuestiones referidas a los derechos adquiridos en virtud de la estabilidad constitucional de quien ocupaba a aquella fecha ese cargo (Dr. Espinoza); la sustitución indemnizatoria ofrecida y el acceso del Dr. S. al beneficio jubilatorio, resultan para la cuestión que se debate en los presentes, argumentos irrelevantes, en razón de que ya han sido considerados y resueltos por el Máximo Tribunal, en un trámite donde todas las garantías relativas al debido proceso han sido observadas, siendo cuestiones firmes y decididas con autoridad de cosa juzgada.

VII.- Dicho esto y para determinar si la conducta desplegada por D. P. encuadra en la acción típica que la figura penal requiere, resulta necesario valorar la totalidad de las actuaciones existentes relacionadas al caso, a los fines de precisar el contenido de la orden impartida. En lo que aquí interesa, destacamos que mediante Sentencia registrada bajo nro. 267/09 de fecha 20 de octubre de 2009, el Máximo Tribunal le impuso al Sr. Gobernador de la Provincia de Santa Cruz la carga de ¿reponer a E. E. S. en el cargo de Agente Fiscal ante el Superior Tribunal de Justicia de esa Provincia, dentro de los 30 días que se le notifique esta sentencia, bajo apercibimiento de dar intervención a la Justicia penal para que investigue la eventual comisión de un delito de acción pública? (fs. 782/785vta de los autos de origen). En fecha 23 de octubre de 2009 le fue notificada personalmente esa decisión (fs. 25), presentando ante la Corte Suprema el Sr. Gobernador de la Provincia conjuntamente con el Fiscal de Estado, un recurso solicitando se aclare el mecanismo que debía utilizarse para reponer al Dr. S. en el cargo. En esa presentación se sostuvo que desde la promulgación de la ley 2404 -que sustituyó el Capítulo I del Título Tercero comprensivo de los arts. 70 a 73 de la Ley Prov. Nro.1-, resulta obligatorio el acuerdo de la Honorable Cámara de Diputados para la designación del funcionario en tal cargo, no siendo por ende competencia del Ejecutivo Provincial proceder a su designación directa. Además se solicitó instrucciones respecto de la situación del Dr. Claudio Roberto Espinoza, - por entonces Agente Fiscal ante el Superior Tribunal-, argumentando que por gozar de las garantías de inamovilidad y estabilidad sólo podía ser removido mediante juicio político, no encontrándose presentes las causas que habiliten en su contra un ¿jury? de enjuiciamiento. Estos argumentos merecieron tratamiento en los autos principales, en tanto en la sentencia de fecha 10 de noviembre de 2009, la Corte decidió (al rechazar tanto el planteo de aclaratoria como el de nulidad que interpusiera el Dr. Espinoza), que no resultaban atendibles, ya que ¿sus sentencias no son susceptibles de ser revisadas por vía del recurso de reconsideración, revocatoria o nulidad, excepto en el caso de situaciones serias e inequívocas que demuestren con claridad manifiesta el error que se pretende subsanar ..., supuesto que no se configura en esta causa?. Como consecuencia de ello, insistió el Máximo Tribunal, para que el Sr. Gobernador cumpliera con lo ordenado en la sentencia del 20 de octubre de 2009, otorgándole un nuevo plazo de 30 días, todo ello bajo el mismo apercibimiento anteriormente notificado (fs. 43 de los presentes). De esta forma, quedó consolidado el mandato impartido, precisándose sus alcances y la persona a la que se hallaba dirigido y que por ende, quien debía proceder a su cumplimiento. Frente a la denegatoria de la vía recursiva intentada, el Fiscal de Estado de la Provincia adjuntó constancias documentales para acreditar la actividad desplegada por el Sr. Gobernador, conducta plasmada en el contenido del Decreto 3026 de fecha 21 de diciembre de 2009, norma mediante la cual, se requirió la intervención de la Cámara de Diputados a los fines de que disponga el desdoblamiento del cargo de ¿Agente Fiscal?, con asignación de competencias por materia, proponiendo que las mismas se distribuyeran en ¿materia civil, comercial y laboral? y por otro lado, ¿contencioso administrativa, super-intendencia, electoral, criminal, correccional de menores y de minería?. En el mismo instrumento, el Sr. Gobernador solicitó a la Cámara, designe al Dr. S. en el primero de los cargos como Agente Fiscal en lo civil, comercial y laboral. Ese proyecto de ley ingresó a la legislatura el 28 de diciembre de 2009 y cobró estado parlamentario en la primera sesión ordinaria de fecha 11 de marzo del año siguiente, habiendo sido girado el 23 de marzo de 2010 a la Comisión de Asuntos Constitucionales, Justicia, Seguridad, Peticiones, Poderes y Reglamento. Del mismo modo, y según consta a fs.143, el Sr. Presidente de ese cuerpo legislativo informó que se decidió previo conocimiento de Presidencia y Secretaría, dejar el proyecto en Comisión para su futuro tratamiento, y que con fecha 13 de mayo de 2010 tomó estado parlamentario la Nota Gob 007/10, de fecha 3 de mayo de ese año por la que el Sr. Gobernador solicitó un pronto tratamiento en el recinto del proyecto remitido (fs. 139), además de la nota suscripta por el Dr. S. de fecha 1ero. de junio de 2010 por la que rechazaba tal iniciativa (fs.140/141). En ese estado, la Corte emite el último

pronunciamiento en la causa nro. S.2083 XLI de fecha 14 de septiembre de 2010, mediante el cual hizo efectivo el apercibimiento dispuesto en las dos oportunidades anteriores, considerando el contenido del Decreto 3026/09 propuesto por el Sr. Gobernador como proyecto de ley, pese a lo cual, entendió ¿Que el Gobernador de la Provincia de Santa Cruz, D. R. P., no ha cumplido con el mandato que esta Corte le impuso el 20 de octubre de 2009 y le reiteró el 10 de noviembre siguiente? (consid. 4º). Al mismo tiempo, señaló la persistente reticencia de las autoridades provinciales para disponer la reincorporación del Dr. S., configurándose un ¿desconocimiento inadmisibles? de las sentencias de ese Cuerpo, afectándose el principio de división de poderes que las provincias se han comprometido a garantizar, a la par de afectarse la relación de subordinación propia del federalismo, a la que deben sujetarse todas las provincias argentinas, (arts. 5, 116 y 177 C.N.). Por ese motivo también dio intervención al Congreso de la Nación a los fines de que se adoptaran las medidas que fueran consideradas pertinentes. De esta manera entonces, es claro que a los fines de aquel proceso, la Corte rechazó la totalidad de los argumentos expuestos por los allí recurrentes, y que fueron en su mayor parte reiterados en esta instancia, sin perjuicio de que ese accionar pudiera acarrear otros efectos en sede penal, pero sin poder resolverse en sentido contrario a lo ya sentenciado por la CSJN en cuanto al fondo principal del asunto debatido en aquel pleito. VIII.- Expuesta de esta forma la plataforma fáctica y jurídica acreditada, y a los fines de valorar si encuentra adecuación típica la conducta enrostrada, partiremos de considerar que la cuestión encierra una complejidad que no sólo ha sido advertida por los mismos Ministros de la Corte en notas periodísticas, sino que también se desprende de los sucesivos pronunciamientos que desde el inicio de la controversia -con el dictado de la ley 2404 en el año 1995 se han sucedido temporalmente. Sin embargo y como se verá, la misma Corte Suprema se encargó de despejar los términos y los alcances de sus pronunciamientos. En efecto, el planteo que dio inicio a esta prolongada cuestión, consistió en el pedido de inconstitucionalidad formulado por el Dr. S. respecto del art. 9 de la norma, que declaró la no subsistencia del cargo que detentaba: el de Procurador General por ante el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia, imponiendo la segunda parte de la norma al Tribunal Superior de Justicia la declaración en tal sentido y la designación de los funcionarios en las subrogancias respectivas. En su reemplazo, el cargo fue desdoblado en un Ministerio Público Fiscal (Agente fiscal) y uno Pupilar (Defensor de pobres, ausentes e incapaces). En su primera intervención, la Corte declaró parcialmente procedente el recurso extraordinario instado por el actor contra el pronunciamiento del 29 de abril de 1997 del Superior Tribunal de la Provincia, y consideró que el tribunal a quo había incurrido en una apreciación arbitraria de las cuestiones comprendidas en la litis, que llevó a prescindir del examen de la petición del actor para que se ordene su reposición en el cargo, máxime cuando ese pedido era una consecuencia lógica de la inconstitucionalidad decretada, por el que ordenó que el tribunal de origen completara la decisión sobre el punto (sent. 30/6/98). Posteriormente, y frente al tiempo transcurrido, sin que se hubiera cumplido con lo ordenado, la Corte a petición del accionante, dispuso que debía dictarse pronunciamiento en la causa sin dilación alguna (Sentencia del 11/4/2000), emitiéndose el siguiente Fallo del TSJ en el que se expide respecto de la inconstitucionalidad de la norma impugnada, pero que no hace lugar a la reincorporación del Procurador en su cargo (26/7/2000). En este punto es dable destacar que la Corte no asumió de manera preliminar y originaria la potestad de emitir una manda concreta,- consistente en ordenar la reposición del agente en el cargo-, insistiendo a través de sus sucesivos pronunciamientos con que las autoridades provinciales fueran las que emitieran los instrumentos legales respectivos para acatar el contenido de sus sentencias. Se observa en este punto semejanzas en cuanto a la forma en que la Corte Suprema de Estados Unidos resolvió el conocido caso ¿Marbury vs. Madison? en el que si bien el fundamento para rechazar el reclamo de Marbury fue debido a un tema de competencia en función de lo prescripto por la sección 13 de la Judiciary Act de 1789 que otorgaba competencia originaria a la Corte Suprema para expedir la clase de orden solicitada por el reclamante, (atribución que fue declarada inconstitucional por lo que finalmente la orden (writ of mandamus) no fue impartida), el mismo cuerpo admitió que la Corte hubiese sido competente para ello, si el caso hubiere arribado a tal instancia por vía de apelación. Tal es lo que ha ocurrido en los presentes. Debe entenderse entonces, que la orden que finalmente fue impartida por la CSJN no fue más que el resultado de los sucesivos incumplimientos y omisiones de los distintos poderes del Estado provincial, plasmados a través de las más diversas interpretaciones, o bien de los extensos tiempos transcurridos sin pronunciamientos de ninguna índole. Es así, que deducido un nuevo recurso extraordinario, la Corte considerando que el a quo había incurrido en un palmario apartamiento de lo dispuesto por ese Cuerpo, y en uso de las facultades previstas en el artículo 16 segunda parte de la ley 48, dispuso la reposición del Dr. S. en el cargo de Procurador General, con las funciones que ejercía antes de la sanción de la ley 2404, fijando el plazo de 30 días para cumplir con la condena dispuesta. Por último, ordenó al tribunal a quo que se pronunciara sobre la situación de las personas designadas en los cargos de agente fiscal y defensor (sentencia del 2/10/2001). El contenido de dicho mandato, sin dudas difiere del que finalmente motiva la intervención de la justicia penal, en tanto hasta ese pronunciamiento de octubre de 2001, la restitución del Dr. S. en el cargo que detentaba, lo era en el cargo existente con anterioridad al dictado de la ley 2404, comprendiendo entre sus funciones, tanto la que corresponde al agente fiscal como las del defensor público interviniente ante el TSJ de la Provincia. Es a partir de la sentencia anteriormente citada, que la Corte - advirtiendo la importancia

institucional que encerraba la cuestión, ¿...y con el objeto de poner fin de manera definitiva a la controversia en examen? efectúa ciertas aclaraciones acerca de la forma en que deberá ser ejecutada la decisión (considerando 12° Sent. nro. 267) y de esta forma recordando que la sentencia que acogió la demanda declaró la inconstitucionalidad del art. 9°, segundo párrafo de la ley 2404, pues en él se dispone el cese del actor en el cargo, -pese a que su competencia no se suprimió sino que se dividió o desdobló -, ¿se admitió que ningún agravio constitucional se habría ocasionado al demandante si se le hubiera asignado uno de los dos cargos en los que se habían distribuido sus competencias originales, pues esa había sido la práctica habitual en el ámbito local?. Por esa razón, avaló la solicitud formulada por el mismo accionante, para que se lo reincorpore en el cargo de Agente fiscal, afirmando ¿Que en ese orden de ideas, se advierte que la restitución del demandante en el cargo que desempeñaba antes de la sanción de la ley 2404 no sólo resultaría de muy difícil cumplimiento sino que, además, desbarataría el nuevo esquema diseñado por el legislador para el Ministerio Público provincial, cuya inconstitucionalidad no ha sido declarada en autos? (consid. 15°) ¿Que por ello, los pronunciamientos precedentes del Tribunal no deben ser entendidos como orientados a mantener o reponer un régimen superado por la legislación local, sino a ratificar la garantía de inamovilidad del actor y, simultáneamente, a asegurar el mantenimiento del sistema republicano de gobierno en el ámbito local, de acuerdo con las disposiciones del art. 5° de la Constitución Nacional? (consi.16°) Como consecuencia de ello, la CSJN determinó que la forma de cumplir con la manda, consistía en que E. S. debería ser repuesto en el cargo de Agente Fiscal ante el Superior Tribunal de Justicia, debiendo los jueces pronunciarse respecto de la situación de la persona que estuviese ocupando ese cargo, siendo inoponible para el cumplimiento de la sentencia la estabilidad o inamovilidad de las que pudiera gozar aquel magistrado. En síntesis, admitiendo la constitucionalidad del sistema instituido por ley 2404, en cuanto desdobló el cargo de Procurador General, creando dos nuevos cargos entre los que distribuyó sus originales competencias, la Corte impuso la reposición del Dr. S. en el cargo de Agente fiscal, para lo cual también entendió que era el Gobernador de la Provincia, quien debía llevar a cabo ese cometido. IX.- Ahora bien, a partir de la reseña precedente, es dable concluir en que el objeto perseguido por el Dr. S. en forma primigenia, referido a su restitución en el cargo existente con anterioridad a la ley 2404, evolucionó hacia la reposición en el cargo creado por la misma norma legal, de Agente fiscal, admitiéndose la constitucionalidad del desdoblamiento de funciones del Ministerio Público, por ajustarse mucho mejor al precepto contenido en el art. 120 de la C.N. En estos términos, resulta claro el comportamiento exigido y ya no existe dificultad interpretativa alguna -conforme se ha alegado en la postura defensiva- por lo que se debe concluir, en que la actividad desplegada por el entonces Gobernador, plasmada en el proyecto de ley que remitiera a la Cámara de Diputados, requiriendo su intervención para desdoblar el cargo de Agente Fiscal y asignándole distintas competencias por materia, (especificadas en el art. 2do. del Decreto 3026/09), no guarda identidad con la conducta exigida, en tanto no restituye al demandante en el cargo que se le ordenó. De esta forma, también se desbarata el planteo de la Defensa que también invocó la magistrada de grado, referido a la imposibilidad de restituir al funcionario en un cargo inexistente, derogado por la ley cuya inconstitucionalidad en su parte pertinente no había sido declarada, ya que la reposición del actor claramente había quedado establecida en el cargo de Agente fiscal, con las funciones y competencias que la ley 2404 le atribuyen. Refuerza esta conclusión el hecho de que el Máximo Tribunal impuso personalmente al Sr. Gobernador P. la obligación de proceder en la forma en la que indicó para dar cumplimiento a su sentencia, por lo que evidentemente, desconoció también la posibilidad de que otros órganos del estado provincial debieran intervenir en este proceso. Y esto es así por la función que el art. 128 de la Constitución Nacional le reconoce a los Gobernadores de Provincia como agentes naturales del Gobierno federal para hacer cumplir la Constitución y las leyes de la Nación, forma ésta que garantiza la supremacía de la Nación, y que la Constitución establece en su artículo 31, por el que ¿las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas?. En dicho contexto, y a partir del mismo esquema que los constituyentes han diseñado, no puede válidamente sostenerse que la función del Gobernador se viera desnaturalizada por el contenido del mandato, en tanto su primera función, radica precisamente en la obligación de hacer cumplir la Constitución Nacional. En este punto corresponde decir, que si bien el gobierno federal no puede impedir o estorbar a las provincias en el ejercicio de los poderes que no han delegado o se han reservado (art. 126C.N.) éstas pueden ejercer su autonomía provincial en forma legítima, siempre que se mantengan dentro de los límites señalados por los poderes conferidos al gobierno nacional (conf. Fallos 193:496), en tanto ¿Los poderes de las provincias, por amplios que sean, deben ser ejercidos con las limitaciones establecidas en la Constitución Nacional? (Fallos 184:223; 186:531) En este sentido, es la propia Constitución Federal la que garantiza la estabilidad e inamovilidad de los magistrados nacionales y provinciales, pues esta garantía hace al mismo sistema republicano de gobierno, habiéndose afirmado ¿Que la trascendencia de tales efectos excede el marco del derecho público local y se proyecta al ámbito de vigencia de la Constitución Nacional, pues si bien ésta garantiza a las provincias el establecimiento de sus instituciones, el ejercicio de ellas y la elección de sus autoridades, les impone expresamente el deber de asegurar la administración de justicia (art. 5°), proclama su supremacía sobre las constituciones y leyes locales (art. 31) y encomienda a esta Corte su mantenimiento (art. 116)?. ¿Que, ante situaciones como la de autos, en la que se comprueba que han sido lesionadas

expresas disposiciones constitucionales que hacen a la esencia de la forma republicana de gobierno, en el sentido que da al término la Ley Fundamental, y que constituye uno de los pilares del edificio por ella construido con el fin irrenunciable de afianzar la justicia, la intervención de este Tribunal federal no avasalla las autonomías provinciales, sino que procura la perfección de su funcionamiento, asegurando el acatamiento de aquellos principios superiores que las provincias han acordado respetar al concurrir al establecimiento de la Constitución Nacional? (Fallos: 310:804). En efecto y en virtud de la supremacía que la Constitución Nacional detenta sobre la Constitución Provincial y siendo la Corte Suprema su último intérprete, no puede reconocerse jerarquía superior a ninguna de las disposiciones provinciales por sobre una garantía constitucional federal como lo es la inamovilidad de un magistrado, que la Corte interpretó vulnerada, y que consideró que el único medio para restituirla, era ordenando la reposición del agente en su cargo. Es por ello que, dado que el imputado no realizó lo ordenado, entendiendo como tal al cumplimiento exegético de la manda, ya que el Dr. S. nunca fue repuesto en el cargo de Agente Fiscal, se debe concluir, que la acción típica prevista en el art. 239 CP, se habría configurado en la especie. X.- En ese contexto corresponde ponderar que el bien jurídico que se pretende resguardar en el delito de desobediencia previsto en el art. 239 del C.P. se encuentra enderezado al normal desenvolvimiento de las instituciones, que se verían seriamente afectadas si las órdenes impartidas pudieran ser desoídas impunemente. Se trata, en definitiva, de otorgar un respaldo al ejercicio legítimo de la autoridad mediante la amenaza de pena; vale decir que mientras estén vigentes los mandatos legítimos de la autoridad, se torne ineludible su aplicación. La acción típica consistente en la desobediencia a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones o a la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de una obligación legal, encierra una conceptualización negativa, en el sentido de que el delito se constituye frente al no acatamiento a la orden impartida jurídicamente. (Creus, Delitos contra la administración Pública, Astrea, Buenos Aires, 1981 p.62) En el caso, el delito se configuraría frente a la omisión de hacer lo ordenado por la Corte Suprema, como máxima autoridad de uno de los tres Poderes del Estado. La significativa trascendencia de la cuestión, radica precisamente en este punto, más allá del grave conflicto institucional que sin dudas, ha sido generado. Esta misma circunstancia ha sido advertida por la Corte, al dar intervención frente al incumplimiento operado, a otro de los poderes estatales constitucionales, -el Congreso de la Nación-, resultando el aspecto referido a la crisis institucional derivada, ajeno a la función del derecho penal. En efecto, el Derecho Penal impone limitaciones tan sólo cuando ello resulta indispensable para la protección de la paz social; si bien el poder punitivo del Estado no puede ser utilizado de cualquier forma y medida para proteger la convivencia humana -de allí su carácter de ultima ratio del ordenamiento jurídico- es necesario para asegurar el Estado de Derecho y las instituciones de la República misma. Circumscripata entonces esta tarea a subsumir la conducta del ex Gobernador en los tipos legales referidos, (con la particularidad de que por constituir éste un delito de omisión, la tipicidad se verifica demostrando que la acción realizada no se subsume en el modelo o esquema de la acción que requiere el ordenamiento jurídico), sostenemos que se encuentran reunidos los elementos que hacen a la tipicidad objetiva del delito de desobediencia, entendidos como la diferencia entre la conducta realizada y la ordenada, en tanto como se señalara anteriormente, la conducta desplegada no guarda identidad con la exigida. En este punto, resulta ineludible traer a colación el mérito de la cuestión que hiciera este mismo Tribunal en la intervención anterior, en oportunidad de revocar el archivo de la causa, por inexistencia de delito. En efecto, a fs. 80/82vta esta Alzada hizo especial énfasis en que la orden reiterada a esa fecha por la Corte, traducía que ¿el imputado ¿no realizó lo mandado?, de allí que la acción típica se habría configurado en la especie; mas allá de eventuales planteos de ausencia de antijuridicidad o inculpabilidad que podrán ser o no esgrimidos por el imputado?. Sin que nuevos elementos fácticos de significancia se hubieran incorporado a las actuaciones con posterioridad, y sobre dichos planteos exculpatorios, nos centraremos en las consideraciones siguientes, ello por integrar la valoración que corresponde efectuar en esta etapa de instrucción. XI.- Así es como debemos meritar que la exigencia de la ley penal previa tiene por objeto que los ciudadanos puedan conocer y comprender la conminación penal de su conducta antes de su realización. De la mera lectura de las actuaciones, se desprende y corresponde concluir, en que como Gobernador, ¿agente natural del Gobierno federal? y como titular del ejecutivo provincial, le era exigible al imputado, de acuerdo con sus pautas personales, que comprendiera la criminalidad de su omisión, encontrándose precisamente determinada la conducta exigida, por medio de los sucesivos pronunciamientos que le fueron notificados, no pudiendo desconocer precisamente por la calidad que investía, la supremacía que las decisiones de la Corte Suprema detentan por sobre los preceptos legales provinciales invocados. Es por ello que el mandato impartido por la Corte, tendiente a asegurar una efectiva y no simplemente declarativa restitución y consecuente vigencia de la garantía constitucional vulnerada, debió haber sido precisa y puntualmente cumplido, sin pretender hacer primar instituciones de derecho público provincial por sobre el orden jurídico nacional al que las Provincias se hallan sujetas, razón por la que no es posible atender la causal de antijuridicidad invocada. De la misma manera, el argumento referido a que el Gobernador entendió que desdoblado el cargo de Agente fiscal, y proponiendo al Dr. S. para ocupar uno de ellos, constituía una ¿salida legal? o que ¿compatibilizaba? la manda recibida con las disposiciones constitucionales provinciales - las que según la

concepción que sostuvo- le impiden la creación de nuevos cargos judiciales como igualmente la designación directa de esos funcionarios sin la intervención de la legislatura local-, no deja ser una reiteración de fundamentos que introdujo oportunamente la Provincia en el proceso principal de origen y que la Corte Suprema expresamente rechazó con fundamentos, por lo que no pueden ser consideradas como argumentos válidos que sustenten un error de comprensión exculpante de responsabilidad penal. En efecto, de poco serviría que luego de transitar un proceso legal de extensa duración y con plenas garantías para las partes involucradas, los jueces y tribunales tuvieran la facultad de juzgar, pero no de ejecutar sus resoluciones, sobre todo cuando la instancia que las imparte resulta el Más Alto Tribunal de la Nación. En virtud de ello, es oportuno traer a colación, lo que ha sido señalado como "una suerte de excepción" a la facultad de oponerse al cumplimiento de la orden - aún considerada real o presuntamente ilegítima-, supuesto que se presenta precisamente en aquellos casos en que la misma emana directamente de una autoridad judicial. Tal situación se da "cuando la medida de ejecución constituye la resultante natural de un proceso judicial que pone a disposición del destinatario del acto una batería de nulidades y todos los medios recursivos contemplados por la ley para atacarla en esa sede, pero siempre teniendo en cuenta que el Derecho es finito y, en algún punto, lo decidido -mal o bien- es definitivo?". ("Resistencia y Desobediencia a la autoridad" Guillermo J. Fierro publicado en revista de Derecho Penal - ed. Rubinza, Año 2004 pag. 26) En tales supuestos entonces, no es admisible desconocer el mandato o transformarlo con un contenido distinto, de tal modo que importe un incumplimiento, tal y como se verifica en el caso, so pretexto de "compatibilizarlo" con normas que detentan jerarquía constitucional inferior, por lo que simplemente, se debió asegurar la preeminencia que reconocen las normas constitucionales nacionales, interpretadas por el órgano cúspide de la organización judicial. En el caso de autos, no se evidencian tampoco supuestos de "ignorancia del agente acerca del deber jurídico que le incumbe", expresión referida a posibles conflictos de normas o deberes en que la jurisprudencia o la doctrina pudieran vacilar acerca del deber que debe preponderar. Y esto es así, en tanto en ningún caso las autoridades provinciales, so pretexto de conservar un orden invocado y declarado inconstitucional, pueden suspender o desconocer la observancia de la Constitución Nacional, ni vulnerar el respeto y efectiva vigencia de los derechos y garantías establecidos en ella. De allí que la tutela de los derechos adquiridos por quien ocupaba en ese momento el cargo de agente fiscal, argumento que ha sido sistemáticamente invocado como justificación del contenido del Decreto 3026/09 y de la desobediencia incurrida, no constituye causal exculpatoria, no sólo porque el argumento fuera expresamente rechazado por la Corte Suprema, sino porque del mismo juego de las disposiciones constitucionales, surge que si bien lo atinente a la integración de los tribunales locales es cuestión regida por la Constitución y las leyes de las provincias respectivas -que según lo dispone el art. 122 de la Const. Nac., se dan sus propias instituciones y se rigen por ellas sin intervención del gobierno federal (conf. Fallos 247:56)- tal ejercicio es legítimo en tanto no obste o torne ineficaz el de los correspondientes poderes nacionales (Fallos 10:380). De esta forma, esa cuestión, sobre la que debió en primer término mediar pronunciamiento del Superior Tribunal de Justicia, conforme lo ordenado por la Corte (sentencia del 2 de octubre de 2001), no pudo ser interpretada como permisiva de la adopción de una conducta distinta a la exigida. Tampoco deriva de tal circunstancia, la alegada imposibilidad de cumplimiento, en tanto, la situación de quien ocupaba el cargo - Dr. Espinoza-, como se ha visto y lo resolvió la misma Corte Suprema (mediante sentencia del 2/10/2001, S.1255.XXXVI), no impedía el fiel cumplimiento del mandato, siendo una cuestión que quedaba fuera del ámbito de competencia del imputado y delegada a otras vías y en otros actores o poderes del Estado provincial. Del mismo modo, descartaremos que por el contenido de la orden judicial, se debiera dar intervención a la legislatura, para efectuar un nombramiento, que sin dudas no era nuevo, precisamente porque de una "reposición o restitución" se trataba. El diccionario de la Real Academia Española define la acción de "reponer" como "Volver a poner, constituir, colocar a alguien o algo en el empleo, lugar o estado que antes tenía.", por lo que la interpretación a la que se arriba en tal sentido, resulta inaceptable. En efecto, no puede soslayarse que el Dr. S. había accedido al cargo de Procurador con previo acuerdo de la Cámara de Diputados de la Provincia de Santa Cruz y que la misma Corte Suprema en la Resolución 243 del 2/10/2001, considerando 6º rememoró los fundamentos del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia entre ellos "...que la ley 2404 no eliminó la función asignada a la Procuración General, sino que la dividió en dos nuevos cargos, pero a diferencia de la práctica legislativa citada en el considerando anterior, omitió asignarle uno de ellos al actor..." concluyendo entonces, en que el agravio a la garantía de la estabilidad, sólo podía repararse mediante la reposición del demandante en la función que desempeñaba. De esta forma, encontrándose presente el primer elemento del tipo de omisión, referido a una especial situación de hecho, que determinó el deber de acción (en el especial y concreto sentido establecido por la Corte Suprema), nació el consecuente deber de actuar impuesto al Sr. D. P. en su calidad de Gobernador, quien se limitó a dictar el Decreto Provincial 3026/09, no realizando la acción que el derecho le imponía. A ello se suma la presencia del tipo subjetivo que queda completo con el conocimiento del imputado de la situación típica antes descripta, omitiendo la acción mandada con la voluntad de no realizar la acción impuesta (dolo). En efecto, y como anteriormente se sostuviera, el poder de hecho de ejecutar la acción ordenada, se encuentra presente en virtud del cargo que detentaba el imputado (artículo 128 Const. Nac.), debiendo reconocerse su

capacidad para realizar la acción, en tanto - útil es reiterar- la distribución de poderes y atribuciones entre los distintos estamentos del Estado Provincial, encuentra su legalidad en tanto se ajuste al marco de derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional - interpretada por la CSJN- marco al que todas las autoridades provinciales deben reconocerle supremacía. No puede desconocerse tampoco, la efectiva vigencia del mandato impartido al momento de operar el vencimiento del plazo acordado y se hiciera efectivo el apercibimiento dispuesto, momento en el que se habría perfeccionado la acción típica, sin que a ello obste que con posterioridad a esa fecha, el damnificado renunciara a la reposición en el cargo que instó, que se acogiera al sistema previsional o iniciara una carrera política incompatible con el cargo. Por otra parte, cabe valorar que la conducta a futuro que podrían haber adoptado los restantes poderes provinciales frente a la reposición del Dr. S., no deja de ser una cuestión hipotética que en modo alguno puede justificar el manifiesto apartamiento de su contenido, ello si hubiese sido ordenada por el mandatario provincial, por vía de Decreto Provincial, acorde a la forma en la que el departamento ejecutivo debe expedirse, pero ajustándose al contenido de la sentencia de la CSJN que le fuera personalmente notificada. XII.- Finalmente, y conforme fuera analizado en anteriores consideraciones, no encontramos fundamentos legales que autoricen en el caso, para obrar contra legem y que permitan desplazar la antijuridicidad en la conducta enrostrada, ya que la invocación de las normas constitucionales o legales provinciales frente a las que detentan superior jerarquía constitucional, impiden interpretar que hubiere mediado el cumplimiento o ejercicio legítimo de un deber, ni que ese obrar distinto se encuentre justificado. Resulta ser la propia Constitución de la Provincia de Santa Cruz la que en su Art. 1ero reconoce que la Constitución Nacional y las leyes nacionales que en su conformidad se dicten, son la ley suprema de la Provincia, complementando el reconocimiento de este concepto el Art. 6to en cuanto a que "En ningún caso podrán las autoridades de la provincia suspender la observancia de esta Constitución ni de la Nacional, ni la efectividad de las garantías y derechos establecidos en ambas?", por lo que es dable concluir en que ni aún partiendo del marco jurídico provincial, pudo el titular del Ejecutivo Provincial interpretar que alguna norma local podía primar sobre el contenido de una manda impartida con autoridad de cosa juzgada por el más Alto Tribunal de la Nación. XIII.- Para completar esta valoración y analizando la posible existencia de error como causa excluyente del dolo requerido por la figura penal, sabido es que para que la ignorancia o el error de prohibición operen como causa de impunidad no tiene que haberle sido exigible al autor, (de acuerdo con sus pautas personales, culturales, sociales) el conocimiento de la antijuridicidad de su acción. Con relación a este punto, y desde una perspectiva finalista, Bacigalupo cita como supuestos de error de prohibición: a) error sobre la existencia de la norma abstracta, b) error sobre la existencia de una causa de justificación; c) error sobre los presupuestos de una causa de justificación (eximentes putativas) d) error sobre los límites de la necesidad (Lineamientos de Derecho penal, pag. 90 y 91) Por su parte Zaffaroni, -coincidiendo en esencia con la clasificación anterior-, menciona a) error de prohibición directo (no se comprende en forma exigible la norma prohibitiva); b) se supone que hay un precepto permisivo (causa de justificación que no existe); c) error de prohibición indirecto (se supone que hay circunstancias de hecho que de existir justificarían la conducta). Señala este autor que cualquiera sea la clase de error de prohibición o su raíz -de hecho o de derecho- tiene por efecto la exclusión de la culpabilidad del agente cuando es invencible o su disminución en caso contrario. (Teoría del delito, pag.602) Partiendo de esta clasificación metodológica, y tal y como fuera adelantado en anteriores consideraciones, y con el grado de convencimiento que para esta etapa se requiere, no se verifica en el caso que un error en la comprensión del mandato o convencimiento referido a la existencia de una causal de justificación pudiera existir, si nos atenemos a que en el proceso principal, la Corte Suprema emitió al menos cinco pronunciamientos sustanciales referidos al contenido del mandato final impartido, ordenando la reposición del Dr. S. en el cargo, por lo que si bien la cuestión pudo haber sido dudosa al principio, no lo era a partir de la sentencia de octubre del año 2001, proceso que culmina con los pronunciamientos del 20 de octubre de 2009, del 10 de noviembre de 2009 y finalmente del 14 de septiembre de 2010. En este marco, advertimos que los fundamentos que sustentan las causales de antijuridicidad o inculpabilidad invocadas, guardan plena correspondencia con los que fueron articulados durante todo el curso de aquel extenso proceso judicial y que merecieron tratamiento y resolución oportunas, por lo que ningún desconocimiento o error en su aplicación puede ser invocado a su respecto, habiendo quedado la cuestión finiquitada y consolidada de modo suficientemente explicitado para todos los intervinientes de aquel proceso. Se debe valorar además, que en su condición de Gobernador de una Provincia no pudo el imputado desconocer el alcance de la orden impartida, ni incurrir en error sobre sus conceptos, en tanto reconoció que contaba con la asistencia de todo un cuerpo técnico que lo asistía en la función gubernativa, el cual frente a la gravedad del conflicto institucional existente, seguramente instruyó y clarificó debidamente los términos de la conducta exigida y de la obrada en consecuencia. De este modo, el dolo que la figura penal prevista en el art. 239 del Cód. Penal requiere, se encuentra suficientemente configurado, pese a las manifestaciones vertidas por el imputado en sentido contrario, referidas a que no quiso incumplir la orden judicial, voluntad que sin embargo, no se exterioriza en el contenido de la norma legal que emitió, proponiendo al actor para un cargo que no fuera el ordenado y pretendiendo derivar el cumplimiento de la orden a otro de los poderes del Estado Provincial, generando en definitiva, que el Dr. S. no fuera repuesto en el cargo de Agente

Fiscal y que la orden de la Corte Suprema fuera incumplida. XIV.- La Dra. Hebe L. Corchuelo de Huberman dijo: Que en este estado debo señalar, que según consta en las sentencias Interlocutorias Nro. 052 Folio 198/199 y Nro. 145 Folio 341/342 del año 2013 que lucen agregadas en estos autos principales a fs. 295/296vta y 297/298, no suscribí los citados interlocutorios, haciendo constar los restantes integrantes de este Cuerpo, en su parte final, que lo fue ?a raíz de habersele aceptado la excusación formulada?; apartamiento que encontró sustento en que el abogado de confianza del Sr. D. R. P., -Dr. Leonardo Jara- había constituido domicilio legal ante la Alzada, en la calle Hipólito Yrigoyen Nro. ..., de esta ciudad, sede del Estudio Jurídico de mi hermano, D. M. C. B. (constancia de fs. 292) Que en consecuencia, habiendo el citado profesional renunciado a la Defensa técnica de D. P., y por ende cesado los motivos por los cuales me fuera aceptada, la excusación formulada, y sin que los representantes de los Ministerios Públicos Fiscal y de la Defensa hubieran manifestado oposición alguna a mi intervención en el trámite del recurso (acta de la audiencia de fs. 379) no existe impedimento alguno para que como juez natural del proceso, intervenga en el trámite de este recurso, que versa sobre la resolución de mérito que corresponde dictar respecto de la situación procesal del imputado. En virtud de las consideraciones que preceden, el Tribunal RESUELVE: 1) RECHAZAR el acuse de prescripción deducido por la defensa técnica del imputado. 2) REVOCAR la sentencia de fs. 330/341 y en consecuencia dictar el PROCESAMIENTO de D. R. P., DNI ... en orden al delito de Desobediencia previsto y penado en el art. 239 del Código Penal, mandando trabar embargo sobre sus bienes para cubrir los gastos del proceso, por el monto que deberá ser determinado oportunamente en la instancia de grado. Regístrese, Notifíquese, publíquese y devuélvase. El Dr. Aldo E. Suarez no suscribe la presente por haberse encontrado en uso de licencia durante la celebración de la audiencia prevista en el art. 454 del CPPN. JAVIER M. LEAL DE IBARRA HEBE L. CORCHUELO DE HUBERMAN Co rrelaciones Código Penal - Delitos contra la administración pública. Arts. 237 a 281 bis 013513E