

Cámara Nacional de Casación Penal

2010- Año del Bicentenario

R E G

///la ciudad de Buenos Aires, a los 2 días del mes de septiembre del año 2010, se reúne la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal integrada por el doctor W. Gustavo Mitchell como Presidente y los doctores Luis M. García y Guillermo J. Yacobucci como Vocales, asistidos por el Prosecretario Letrado C.S.J.N., doctor Gustavo J. Alterini, a los efectos de resolver el recurso interpuesto contra la resolución cuya copia obra a fs. 29/34 vta. en la causa n° 12.371 del Registro de esta Sala caratulada: **"Escalante, Jorge Oscar y Del Papa Carlos Alberto s/ recurso de casación"**, representado el Ministerio Público por el señor Fiscal General, doctor Ricardo Gustavo Wechsler y la Defensa Particular por la doctora Marcela E. Rivero.

Efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto resultó el siguiente orden sucesivo: W. Gustavo Mitchell, Guillermo J. Yacobucci y Luis M. García.

El señor juez **W. Gustavo Mitchell** dijo:

I.-

1º) Que el Juzgado Nacional en lo Correccional n° 11, Secretaria n° 72, en el expediente n° 6908/72 de su Registro, con fecha 10 de marzo de 2010 resolvió declarar que la acción penal no se encuentra prescripta en la presente causa respecto de Jorge Oscar Escalante y Carlos Alberto del Papa, a quienes se les endilga el delito previsto en el art. 249 del Código Penal.

2º) Que contra dicha resolución, la defensa particular dedujo recurso de casación cuya copia obra a fs. 36/47 vta. del presente incidente. Se resolvió no hacer lugar a la impugnación interpuesta, lo que motivo la presentación ante esta sede de un recurso de queja por casación denegada (fs. 4/25), el que finalmente fue acogido de modo favorable por esta Sala II de fs. 53 y vta.

3º) La parte recurrente, en el escrito solicita se declare prescripta la presente causa seguida con Jorge Oscar Escalante y Carlos Alberto del Papa por el hecho previsto y penado en el art. 249 del Código Penal.

En tal dirección plantea la inconstitucionalidad del artículo 67, 2º párrafo, del Código Penal por violar el derecho a ser juzgado en un plazo razonable; los principios y de racionalidad.

Señala que del análisis de la Ley de Ética de la Función Pública se colige que lo que el legislador pretendió con el art. 67, 2º párrafo del C.P. fue agravar los delitos de Cohecho y Tráfico de influencias, el ofrecimiento de dádivas, la admisión de dádivas así como la falta de presentación de declaraciones juradas cuando ellos eran realizados por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, mientras ocupara su cargo.

Así la defensa entiende que: “De ninguna manera el espíritu de la ley pretendió perseguir la figura penal a la que quedó circunscripta los hechos en estos actuados, y como ya se ha dicho dada la naturaleza del delito de estos actuados, es imposible que puedan existir por parte de nuestros defendidos

Cámara Nacional de Casación Penal

2010- Año del Bicentenario

actos que obstaculicen la investigación, siendo dable mencionar que desde un comienzo y tal como surgen de las constancias de la causa nuestros defendidos se han sometido en todo momento al proceso, configurando todo ello un tratamiento diferente para con los mismos que llevan a esta defensa a peticionar la inconstitucionalidad de dicha norma." (fs. 40 vta.).

Resalta que: " "no alcanza el mero carácter de funcionario público para que se suspenda el curso de la prescripción de la acción penal, sino que debe tratarse de funcionarios cuya jerarquía o vecindad con la función permita sospechar que pueden emplear su autoridad o influencia con el fin de perjudicar el ejercicio de la acción penal (ministro, secretario, juez), o de sus cómplices o personas de estricta confianza" (cfr. Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Plagia y Alejandro Blocar, en 'Derecho Penal. Parte General'; Buenos Aires, 2003 , pag. 904)"

Respecto del plazo razonable señala: "la amenaza penal no puede quedar suspendida ilimitadamente, ya que la prescripción es el instituto realizador de otro derecho fundamental que el de la definición del proceso penal en un plazo razonable. Los plazos máximos del Código Penal son el marco máximo de duración del proceso, pero la prescripción, debe operar con anticipación so en la hipótesis concreta el tiempo excedió el marco de razonabilidad establecido por la Constitución y el Derecho Internacional (Zaffaroni..."(fs. 41 vta./42).

Con cita de Beccaria manifiesta que la prontitud de la pena es importante porque cuanto menor es el tiempo que transcurre entre la pena y el delito, tanto más fuerte y más duradera en el ánimo de los hombres es la asociación entre estas dos ideas: delito y pena.

Invoca el principio *pro homine*, de raigambre constitucional, que ordena la interpretación más “amplia” cuando se trata de reconocer garantías admitidas en el sistema superior de los derechos humanos y a la Carta Magna que desde su art. 28 impide que los principios, derechos y garantías en ella contenidos sean alterados por las leyes que reglamentan su ejercicio.

En síntesis, la defensa entiende que frente al delito del art. 249 del C.P., que conlleva la pena de multa, y el transcurso de ocho años desde el hecho en cuestión no se pueden dejar de lado las garantías constitucionales invocadas por la defensa, por el solo hecho de revestir, los imputados, la condición de funcionarios públicos.

Finalmente, formula expresa reserva del caso federal (fs. 47 vta.).

II.-

Llegadas las actuaciones a este Tribunal considero que el recurso es formalmente admisible toda vez que del estudio de la cuestión sometida a inspección jurisdiccional surge que se invocó fundadamente el artículo 456 del Código de rito; además el pronunciamiento mencionado es recurrible en virtud de lo dispuesto en el art. 457 *ibídem*, pues si bien no es sentencia definitiva es equiparable a tal por cuanto es susceptible de ocasionar un perjuicio de imposible o tardía reparación ulterior (Fallos: 280:297, 290:393, 307:549, 308:1631 y 310:1835, entre otros).

III.-

En primer termino resulta conveniente recordar que en el *sub lite* se investiga la presunta comisión de los delitos previstos en el artículo 249 del

Cámara Nacional de Casación Penal

2010- Año del Bicentenario

Código Penal de la Nación, que acarrear la pena de multa de setecientos cincuenta a doce mil quinientos pesos e inhabilitación especial de un mes a un año, toda vez que Jorge Oscar Escalante y Carlos Alberto Del Papa habrían desobedecido la orden del entonces Comisario Carlos Alberto Cheroni, mediante la cual se imponía la obligación de designar personal para que cubra la consigna del domicilio de Fernanda Hencsek, cito en la calle Roosevelt 1877, piso 15 "E", en dos oportunidades cuando ambos se desempeñaban como Jefes del Servicio de la Seccional n° 51 de la Policía Federal Argentina, conforme fuera ordenado por el titular del Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción n° 14 y del Titular de la Fiscalía Nacional en lo Criminal de Instrucción n° 20 (fs. 4/5).

Asímismo, del pronunciamiento impugnado, se colige que los hechos endilgados habrían sido cometidos los días 15 de marzo de 2002, entre las 18:00 y 24:00 horas y el 4 de abril de 2002 en el horario de 00:00 y 06:00 horas, que los imputados fueron llamados a prestar declaración indagatoria en noviembre de 2002 y que desde esa fecha hasta marzo de 2007 no existió ningún acto apto para interrumpir la prescripción, por lo que ha transcurrido en exceso el plazo de 2 años que el art. 62, inciso 5°, del C.P. prevé para la especie.

Tal como he expresado en autos "Ferrara, Guillermo José s/ recurso de casación" (causa N° 6708, Registro N° 10.944, resuelta el 21 de noviembre de 2007) y "Berazategui, José María s/ recurso de casación" (causa

n° 9166 Registro 13.063, del 12/8/08), entiendo que la *ratio legis* de la ley 25.188 que reformó el artículo 67 del Código sustantivo y suspende el curso de la prescripción de la acción penal para todos los partícipes mientras cualquiera de ellos se encuentre desempeñando un cargo público, no es preservar la incolumidad del servicio público, el buen desempeño del funcionario o empleado, sino aventar toda posibilidad de que, permaneciendo en el cargo uno de los implicados pueda usar su influencia para impedir o entorpecer la investigación contra él o cualquiera de sus compinches.

Comparto la opinión de Eugenio Raúl Zaffaroni expuesta en “Derecho Penal Parte General” (Buenos Aires, 2002, pág. 904), al sostener que “la disposición tiene el propósito de evitar que corra el término mientras la influencia política del sujeto pueda perturbar el ejercicio de la acción. Por ende, por cargo público no debe entenderse cualquier empleo estatal, sino al funcionario cuya jerarquía o vecindad con ésta permita sospechar que puede emplear su autoridad o influencia con el fin de perjudicar el ejercicio de la acción penal (ministro, secretario, subsecretario, juez), o de sus cómplices o personas de estricta confianza”. Así también se ha expresado Andrés D’Alessio en “Código Penal Comentado y Anotado” (Buenos Aires, 2005, Tomo I, pág. 679).

Por lo demás, es la interpretación que ha seguido esta Cámara en el precedente “López, Hugo Miguel y Cabrera, Daniel Agustín s/ recurso de casación” (Registro N° 9382 de la Sala I, resuelta el 6 de septiembre de 2007).

Allí el doctor Madueño expresó “de suspenderse el curso de la prescripción de la acción penal por el mero hecho de que esté involucrado un simple empleado público (en el caso de funcionarios policiales, equiparados a funcionarios públicos en virtud de lo previsto por el artículo 77 del Código Penal), se podría llegar al absurdo de extender los plazos de prescripción de los tipos penales perpetuando la acción penal hasta eventualmente tornarla imprescriptible, lo que atenta contra las garantías constitucionales que asisten

Cámara Nacional de Casación Penal

2010- Año del Bicentenario

a todo imputado; cuando en realidad lo que la norma busca es que se suspendan los términos de la prescripción de la acción penal mientras el funcionario pueda utilizar su influencia con el fin de perjudicar el ejercicio de la acción penal”.

Por todo ello, entiendo que Jorge Oscar Escalante y Carlos Alberto Del Papa no se encuentran comprendidos dentro de la excepción del segundo párrafo del artículo 67 del C.P., por lo que considero la acción penal podría estar prescripta.

En virtud de lo expuesto, propicio se haga lugar al recurso de casación deducido por la defensa particular cuya copia obra a fs. 36/47 vta. del presente incidente, declarar la nulidad de la resolución impugnada y reenviar las actuaciones órgano de procedencia a fin de que emita un nuevo pronunciamiento conforme el criterio aquí expuesto. Sin costas (arts. 67 y 255 del C.P. y arts. 470, 530 y 531 a *contrario sensu* C.P.P.N.).

El señor juez **Guillermo J. Yacobucci** dijo:

Qué adhiere al voto que antecede.

El señor juez doctor **Luis M. García** dijo:

-I-

Que si bien, las decisiones que deniegan la excepción de prescripción de la acción no son susceptibles de revisión por la vía del recurso de casación en tanto no están comprendidas entre las enunciadas en el art. 457 C.P.P.N.; sin embargo no puede oponerse ese óbice a la admisibilidad del recurso de casación cuando la cuestión de prescripción se presenta en relación con el derecho a ser juzgado en un plazo razonable y la duración del proceso penal permite considerar *prima facie* la posibilidad de su afectación (confr. *mutatis mutandis* doctrina de Fallos: 327:327 y 4815, y más recientemente Fallos: 330:3640).

Entiendo que en el caso el recurrente ha dado *prima facie* suficientes argumentos para considerar admisible el recurso de casación.

-II-

Se imputa en esta causa a los oficiales de la Policía Federal Argentina Jorge Oscar Escalante y Carlos Alberto del Papa, que en ocasión de actuar como Jefes de Servicio de la Seccional n° 51, habrían desobedecido la orden del comisario Carlos Alberto Cheroni de designar personal para que cubra la consigna en un domicilio determinado. El hecho por el que los policías han sido remitidos a juicio se ha calificado por el Ministerio Público a tenor del art. 249 C.P..

La instancia de prescripción de la acción penal, promovida por la defensa de los imputados, ha sido rechazada por el *a quo* sobre la base del art. 67 C.P., cuyo párrafo segundo, introducido por la ley 25.188 (llamada de Ética Pública), que declara que “*la prescripción también se suspende en los casos de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública, para todos los que hubiesen participado, mientras cualquiera de ellos se encuentre desempeñando cargo público*”.

El art. 67, párrafo segundo, C.P. debe ser interpretado según el art. 77, que define los términos funcionario público y empleado público por

Cámara Nacional de Casación Penal

2010- Año del Bicentenario

referencia a *"todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente"*, de modo que no encuentro sustento legal para realizar una distinción según la jerarquía o función en la estructura estatal en la que está inserto ni las mayores o menores posibilidades que éste funcionario pudiese tener para entorpecer la marcha del proceso por razón de su inserción.

Por ello, habida cuenta de que no está puesto en discusión que los imputados eran oficiales de la Policía Federal que deben ser considerados funcionarios públicos en el sentido del art. 77 C.P., y que el hecho que se les atribuye se habría cometido en el ejercicio de las funciones de ese empleo - consistente en una desobediencia funcional-, no encuentro error sustantivo en la decisión que ha declarado aplicable al caso la suspensión del curso de la prescripción a tenor del art.67 C.P..

En otro orden, tomo nota de que el recurrente había impugnado el segundo párrafo del art. 67, alegando incompatibilidad con el principio de igualdad del art. 16 C.N..

Al respecto evoco que no es posible inferir de la Constitución un derecho a la extinción de las acciones penales por razón de prescripción, pues esta razón cancelación de la punibilidad está deferida a la discreción del Congreso, que tanto éste puede no establecer la extinción de las acciones por prescripción en ningún caso, como preverla para todos los casos, como concederla limitadamente para cierto tipo de casos y bajo ciertas condiciones,

en la medida en que la distinción no constituya una discriminación prohibida. Sobre la imposibilidad de tal inferencia constitucional me he pronunciado antes de ahora (causa n° 8159, “Segota, Esteban s/recurso de casación”, rta. el 25 de julio de 2008 , registro n° 13.050).

Sin embargo, en este punto considero que el recurso de casación es inadmisibile por falta de fundamentación, en tanto no se ha hecho cargo de rebatir adecuadamente los argumentos dados por el *a quo* al rechazar el planteo de inconstitucionalidad del art. 67 C.P. en punto a la inexistencia de irrazonabilidad de la distinción legal con arreglo al principio de igualdad (art. 463 C.P.P.N.).

Lo dicho hasta aquí no sella la cuestión, también traída por la recurrente, en punto a que en cualquier caso el proceso debería extinguirse por haberse afectado el derecho de los acusados a ser juzgados en un plazo razonable. Empero, no abordaré este punto pues carece de interés atento a como viene decidido el acuerdo en los votos que anteceden.

Tal es mi voto.

Por ello, en mérito al resultado habido en la votación que antecede, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal **RESUELVE**: hacer lugar al recurso de casación deducido por la defensa particular cuya copia obra a fs. 36/47 vta. del presente incidente, declarar la nulidad de la resolución impugnada y reenviar las actuaciones órgano de procedencia a fin de que emita un nuevo pronunciamiento conforme el criterio aquí expuesto. Sin costas (arts. 67 y 255 del C.P. y arts. 470, 530 y 531 a *contrario sensu* C.P.P.N.).

Regístrese, notifíquese en la audiencia designada a los fines del artículo 400, primera parte, del Código Procesal Penal de la Nación en función del art. 469, tercer párrafo, del mismo ordenamiento legal y remítase al órgano de procedencia, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

Cámara Nacional de Casación Penal

2010- Año del Bicentenario

Fdo: W. Gustavo Mitchell- Luis M. García-Guillermo Yacobucci-Gustavo
Alterini- Prosecretario Letrado Corte Suprema de Justicia de la Nación.

