

/// la ciudad de La Plata, a los 28 días del mes de diciembre de dos mil diez, se reúnen en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Sala II del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, doctores Carlos Alberto Mahiques y Fernando Luis María Mancini, con la presidencia del primero de los nombrados, para resolver en la causa Nro. 40.638, caratulada “M., A. s/recurso de casación”. Practicado el sorteo de ley, resultó que en la votación debía observarse el orden siguiente: MAHIQUES – MANCINI.

Que llegan las actuaciones a esta Sala en virtud del recurso de casación deducido por el señor defensor particular, doctor Román A. Andrín, contra la sentencia dictada con fecha 3 de noviembre del 2009 por el Tribunal en lo Criminal N° 1 del Departamento Judicial de San Nicolás, por la cual se condenó a A. A. M. a la pena de un año y seis meses de prisión de ejecución condicional, y costas procesales, por resultar autor penalmente responsable del delito de estafa procesal en grado de tentativa.

Efectuadas las vistas correspondientes, y hallándose la causa en estado de dictar sentencia, este Tribunal decidió plantear y votar las siguientes cuestiones:

Primera: ¿Es admisible el recurso de casación interpuesto?.

Segunda: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.

A la primera cuestión planteada, el señor Juez doctor Mahiques dijo:

El recurso impetrado resulta admisible, al haberse observado los recaudos de tiempo y forma que regulan su interposición conforme lo previsto en el art. 451 del C.P.P., abasteciendo además los requisitos de impugnabilidad, tanto en el plano objetivo como subjetivo, pues se trata la resolución recurrida, por la que se condena al imputado, de una sentencia definitiva y el impugnante se encuentra legitimado en virtud del art. 401 del C.P.P.

Así lo voto.

A la misma cuestión planteada, el señor Juez doctor Mancini dijo:

Adhiero al voto del preopinante y por sus mismos fundamentos que hago míos me expido en igual sentido. Así lo voto.

A la segunda cuestión planteada, el señor Juez doctor Mahiques dijo:

l) Que denuncia el recurrente como primer motivo de agravio la errónea aplicación de la ley sustantiva en la disposición del artículo 172 del Código Penal, en tanto el hecho que se dice probado resulta atípico.

Explicó que la figura legal aplicada entraña la conducta engañosa de un sujeto que induce a error a un juez, y como consecuencia de ese error, se dicta una sentencia que causa un perjuicio patrimonial a un tercero, en el caso, la empleadora "Optica Peña".

Este concepto debe necesariamente complementarse con el medio empleado, es decir, la utilización de un documento falso que en el sub examine no existe.

No es suficiente para tipificar el delito que hubiere alegaciones maliciosas o mentirosas, silencios contrarios a la verdad, la deformación de la realidad, demandas infundadas o injustas, sin derecho o excesivas.

Podrá acusarse a M. de algunas de estas enunciaciones pero no de utilizar un documento falso, por lo cual la conducta imputada no alcanza para satisfacer el tipo legal, correspondiendo disponer la absolución del acusado.

En segundo término criticó el temperamento adoptado por el a quo para desestimar la prescripción de la acción, fundado en que encontrándose la estafa procesal en grado de tentativa aún pendiente, no puede reputarse que haya comenzado a correr plazo prescriptivo alguno.

Sostuvo la defensa que debe distinguirse entre cometer un delito y consumarlo, siendo que en los hechos dolosos la pretensión punitiva nace desde que se cometen, o sea con la tentativa. Es decir, donde terminan los actos preparatorios y comienza la ejecución de un delito.

Con apoyo en prestigiosa doctrina indicó que no hay razón legal para hacer una distinción en cuanto al comienzo de la prescripción entre el delito consumado y tentado.

Destacó que de acuerdo a la calificación del hecho efectuada en la sentencia, la comisión del delito ocurrió el día del inicio de la demanda laboral efectuada el 6/6/02, y tomando en cuenta “la declaración indagatoria” se realizó el 20/4/07, es evidente que transcurrieron los cuatro años que corresponden a los dos tercios de la pena máxima de la estafa procesal en grado de tentativa.

En tercer término denunció por arbitraria la forma en que el tribunal tuvo por demostrada la materialidad ilícita, destacando que si se tiene por cierto que mediante una inducción a error el acusado obtuvo en el mes de febrero de 2002 de manos de la empleada Alicia Broder los recibos de haberes percibidos, jamás hubiese podido hacerse del recibo de sueldo correspondiente al mismo mes de febrero, pues dicho mes se paga los primeros días de marzo.

Destacó que los dichos del supuesto perjudicado, Armando Daniel Peña, y su dependiente Alicia Broder carecen de respaldo en otros elementos de convicción, siendo inocultable el interés que sostienen, pues de ellos dependen que deban pagar o no una indemnización a un empleado con 24 años de antigüedad en el comercio de su propiedad.

II) Que ahora bien, la extinción de la acción penal por prescripción es de orden público y se produce de pleno derecho, por el mero transcurso del plazo pertinente, por lo que debe ser declarada, aún de oficio, en cualquier estado y grado de la causa, si se dan los presupuestos legales que imponen su declaración (conf. C.S.J.N., Fallos: 186:289, 311:2205, considerando 9°; 301:339; L.10.XXXVII, "León, Benito s/ art. 71", rta. 18/09/2001. Asimismo, S.C.B.A., P.65.877, "Viola, Gustavo José s/lesiones culposas", rta. 29/9/98; P.58.026, "Avalos, Miguel Ángel s/homicidio en riña", rta. 15/12/98; P.59.800, "Llanos, Héctor Emilio s/lesiones graves", rta. 31/5/00). Y, en definitiva, como

lo ha expresado el máximo tribunal, si resulta procedente la extinción de la acción penal por prescripción, con su resolución se agota el acto de la sentencia, y también se agota el proceso (Fallos 311:2205; 311:1029; 311:1042; 311:1095).

Es por ello que corresponde principiar el examen casatorio sobre el motivo que denuncia errónea aplicación de las disposiciones legales sobre prescripción de la acción penal, en tanto la actividad jurisdiccional reclama su encausamiento en un proceso que no haya fenecido.

Por otra parte, la reforma operada al artículo 67 del Código Penal mediante la ley 25.990 impone determinar cuál es la norma según la cual debe resolverse en la especie las cuestiones relativas a la prescripción.

En cuanto a ello concierne, cumple recordar que cuando el código de fondo determina en su artículo 2 que se debe aplicar la ley más favorable al imputado si existiese una diferencia entre la norma vigente a la época de comisión del delito y aquella otra que regía al momento de dictarse el fallo, la primera de aquellas alcanzará en sus efectos no sólo lo atinente a la calidad y cantidad de la pena, sino a todas las circunstancias que puedan influir en la imputabilidad y la sanción (confr. C.S.J.N., Fallos 164:330). No cabe duda de que una de estas circunstancias es la prescripción de la acción penal, en tanto se trata de una causa de extinción de la responsabilidad penal.

Así entonces, habiendo establecido este Tribunal, en el pleno dictado en la causa n° 9496 (rta. 18/9/2003), que quedaban comprendidos en el concepto de "secuela del juicio", a los fines de la interrupción del curso de la prescripción de la acción penal, a todos aquellos actos jurisdiccionales o del Ministerio Público Fiscal que impulsen el ejercicio de la pretensión punitiva contra una persona determinada, de ello puede derivarse sin esfuerzo que el llamado a declarar en los términos del artículo 308, tercer párrafo, del Código Procesal Penal posee aquella virtualidad, la cual aparece explícitamente refrendada a partir de la reforma introducida por la ley 25.990 al artículo 67 del Código Penal, que incluye en su determinación taxativa de las causales

de interrupción del curso de la prescripción, al primer llamado efectuado a una persona, en el marco de un proceso judicial, con el objeto de recibirle declaración indagatoria por el delito investigado.

Por lo tanto, desde esta estricta consideración, la mencionada reforma legal resulta neutra en su adecuación al caso, no obstante lo cual su aplicación viene impuesta por la expresa mención a las causas de interrupción que impiden considerar como secuela de juicio a otras circunstancias diversas a las allí consagradas, (artículo 67, último párrafo, del C.P. según ley 25.990), lo cual la muestra como una ley penal más benigna que la vigente al tiempo del hecho aplicable de pleno derecho (artículo 2 del ordenamiento sustantivo, y en igual dirección S.C.B.A., P.32.486, rta. 26/6/84; P.32.539, rta. 30/11/84; P.33.525, rta. 2/4/85; P.33.052, rta. 6/3/86; P.34.954, rta. 24/2/87).

Que teniendo en consideración las específicas características del delito imputado, estafa procesal en grado de tentativa, en el cual se verifica entre la ejecución y la consumación un lapso más o menos extendido, pues el actor persiste en el desarrollo del iter criminis realizando distintos actos encaminados a obtener el perjuicio patrimonial del demandado, se impone determinar cuándo comienza a correr el plazo prescriptivo.

En tal sentido, anticipo, no comparto la decisión del juzgador en cuanto sostiene que, en el caso en juzgamiento, mientras no se produzcan actos de desistimiento del sujeto activo la tentativa continúa, para concluir luego, que todavía no habría comenzado a correr plazo prescriptivo alguno.

Es que en principio puede acompañarse la aseveración del a quo respecto a que la tentativa de estafa procesal comienza con la actuación procesal del sujeto activo tendiente a obtener una resolución judicial perjudicial para la víctima enervada por el vicioso engaño al que es sometida la jurisdicción. En el caso, bien puede considerarse que ello acontece con la promoción de la demanda, prima facie enderezada al fraude.

De igual forma se comparte, que si bien el proceso ejecutivo se inicia con una sola acción, la actividad del autor persiste cada vez que pretende hacer valer expresa o tácitamente la eficacia del engaño utilizado, exteriorizando así su voluntad de persistir con la tentativa de estafa.

Por cierto que entre esos actos suelen producirse espacios regidos por la propia dinámica y estructura de un proceso judicial, pero ello no puede ser óbice para considerar que el intento criminal continúa durante esos períodos.

Ahora bien, en los delitos de lesión, cuando se trate de un caso de tentativa inacabada, esto es, cuando el plan delictivo resulte abortado en un punto más o menos lejano a la consumación quedando en el plan del autor actos pendientes de ejecución, debe entenderse que la tentativa ha cesado, y es a partir de ese momento que comienza a correr el curso de la prescripción.

Relacionando lo dicho con el sub examine, puede comprobarse sin esfuerzo que si bien el trámite de la causa laboral N° 26.875 “A. A. M. c/Optica Peña s/indemnización por despido” -en donde se denuncia la promoción de una demanda de carácter estafatorio- continuó más allá de la mera deducción de la demanda y no dedujo en ella el encarado desistimiento de ninguna naturaleza, no puede ello solo dar fundamento a la aseveración que la tentativa “continúa ejecutándose” cuando, de las propias constancias del expediente laboral surge inequívoco un extremo que reputa la definitiva frustración de la finalidad pretendidamente delictiva puesta en acto por el acusado.

En efecto, el comprobado anoticiamiento del juzgado laboral competente el día 11/7/02 sobre la promoción de una causa penal en la que se denuncia el intento estafatorio del accionante, sumado a las reglas de prejudicialidad invocada por la demandada al contestar la demanda y dar noticia de la causa penal abierta (artículo 1.101 del Código Civil), truncan definitivamente la posibilidad de que el juez laboral dicte una resolución perjudicial producto de una voluntad y conocimiento viciados por el engaño.

Allí se produce un atascamiento definitivo del dolo del sujeto activo por causas ajenas a su voluntad, que impiden desde ese momento la consumación del ilícito, pues más allá de la sustanciación del proceso en sede laboral que avanzó en su trámite, este jamás pudo concretarse en el dictado de una sentencia que finiquitara el pleito, pues ella se encuentra sometida a lo que aquí se resuelva, tal como lo informa la justicia laboral en las constancias de fs. 136 del presente.

Es por eso que frustrado definitivamente allí el proyecto pretendidamente delictivo del acusado, precisamente en ese momento comienza a correr el plazo de la prescripción de la acción penal y, desde luego, ya no queda espacio para un desistimiento penalmente relevante.

Desde entonces y hasta el llamado a prestar declaración a tenor de lo dispuesto en el artículo 308, tercer párrafo, del código de forma (11/4/07) transcurrió el plazo de cuatro años resultante de la previsión del artículo 62, inciso 2°, del ordenamiento de fondo.

Este es el marco punitivo a considerar en la especie, pues comparto el criterio de la Cámara Nacional de Casación al señalar: “El plazo de prescripción al que alude el art.62 inc. 2° del C.P. debe ser determinado, en relación con el delito tentado, en función de la escala penal reducida prevista por el art. 44 del C.P., disminuyendo en un tercio el máximo y en la mitad el mínimo de la pena correspondiente al delito consumado. Así las cosas resulta evidente que el máximo de la escala penal reducida es el que deberá tenerse en cuenta a los fines de la prescripción de la acción penal cuando se trate de un delito tentado, pues es la que en definitiva corresponde a la conducta en que habría incurrido el agente, respecto de la cual corre un plazo diferente para el caso del delito consumado”. (conf. C.N.C.P., Sala II, c. Reg. 7397 “S.,G. J.A” del 10.3.05 y, en el mismo sentido, Sala I Reg. 7542 c. “C.R., W.M.” resuelta el 31.3.05, publicados en J.P.B.A. T° 128, f° 3 y 4, pág.3).

En razón de lo dicho, y teniendo en cuenta que según surge del fallo recurrido el imputado no ha cometido delitos, la acción se encuentra extinguida en virtud de lo dispuesto en los artículos 2, 62 inciso 2, 67 y 172 del Código Penal –según leyes 25.086 y 25.990-.

En consecuencia, corresponde casar el pronunciamiento recurrido y declarar la prescripción de la acción penal en orden al delito de estafa procesal en grado de tentativa (artículo 323 inciso 1° del Código Procesal Penal), por lo que a esta cuestión VOTO POR LA AFIRMATIVA.

A la misma cuestión planteada, el señor Juez doctor Mancini dijo:

Adhiero al voto del preopinante y por sus mismos fundamentos que hago míos me expido por la AFIRMATIVA.

Por todo ello, y en mérito al acuerdo que antecede, el Tribunal

RESUELVE:

I) DECLARAR FORMALMENTE ADMISIBLE el recurso de casación interpuesto por la defensa particular (arts. 401 y 451 del C.P.P.).

II) HACER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO y declarar la prescripción de la acción penal en orden al delito de estafa procesal en grado de tentativa. Sin costas en esta instancia (artículos 2, 42, 62 inciso 2, 67 y 172 del Código Penal –según leyes 25.086 y 25.990 y 450, 451, 530, y ccdtes. del Código Procesal Penal).

Regístrese, notifíquese a la defensa y al ministerio público fiscal y oportunamente devuélvase para el cumplimiento de las notificaciones pendientes.

FDO.: CARLOS ALBERTO MAHIQUES – FERNANDO LUIS MARIA MANCINI

ANTE MI: Gonzalo Santillán Iturres