

# *Poder Judicial de la Nación*

## *Año del Bicentenario*

### **PODER JUDICIAL DE LA NACIÓN**

//Plata, 29 marzo de 2010. R.S. 3 T.70 f\* 160

**VISTA:** esta causa n° 5346/III, "M., M. J. s/estafa", procedente del Juzgado Criminal y Correccional Federal n° 3, Secretaría n° 7, de esta ciudad y

#### **CONSIDERANDO:**

**El doctor Nogueira dijo:**

##### I. El caso:

Llega la causa a esta Alzada, para el tratamiento del recurso de apelación interpuesto por la defensa del imputado (...) contra la decisión que dispuso su procesamiento como autor del delito previsto por el art. 174, inciso 5, del C.P., en grado de tentativa, en concurso ideal con el delito del art. 33, incisos c) y d), de la ley 20.974 (...).

##### II. La causa:

1. Se inició en el ámbito de la justicia provincial (I.P.P. 215.120, de la U.F.I. n° 6, de La Plata), el 18 de febrero de 2004, cuando agentes de la policía interceptaron a una persona, para identificarla.

Según refiere el acta (...) éste presentó un documento a nombre de N.M.G. y –al surgir que éste tendría una búsqueda de paradero– manifestó que su nombre era en realidad M. J. M. y que tenía aquel documento –que sería de su primo que se halla detenido– a fin de cobrar el Plan Jefes y Jefas de Hogar.

El instrumento refiere que los agentes acompañaron a M. al interior del banco sito en (...), de La Plata, dónde se entrevistaron con un empleado de la entidad y la cajera de esa sucursal que le había abonado el plan, a quien el imputado le devolvió la totalidad del pago y el recibo correspondiente, recibiendo a cambio el cheque a nombre de Godoy.

Finalmente, se consigna que se incautaron tres billetes de cincuenta pesos, el recibo del plan a nombre de G. (n° (X)), el cheque n° (X) y un D.N.I., N° (Z), a nombre de N.M.G.

2. A continuación obran las declaraciones de los agentes (...) y las de los empleados del banco (...).

Luego se agregaron impresiones del sistema informático sobre ambas identidades (...), constancias de antecedentes (...) y, con fecha 19 de febrero de 2004, se llamó a indagatoria al imputado (...).

Ese acto se materializó en igual fecha, (...).

3. Posteriormente, la justicia provincial se declaró incompetente (...) y remitió la causa al Juzgado Federal n° 3, de ésta ciudad.

4. Allí se llamó a ampliar declaración al imputado (...) y se proveyeron las citas que efectuara (...).

Luego se tomaron más declaraciones (...) entre las que estuvo la de quien sería titular del documento que tenía M. (...).

El imputado declaró nuevamente (...).

5. El juez solicitó a la U.F.I. que intervino el envío de los efectos secuestrados (...) y luego de reiterar en varias ocasiones esa solicitud, el pedido fue respondido negativamente ya que los mismos no fueron hallados (...).

6. Luego de ello, el juez dictó la decisión que motiva la actuación de ésta Alzada.

### III. El recurso:

La defensa se agravia por considerar: a) que no se habría configurado el delito de defraudación, ya que no hubieron disposición ni perjuicio patrimoniales y b) que es forzada la calificación en punto al delito previsto por la ley 20.974, ya que su asistido sólo detentaba un documento original a nombre de otra persona.

Plantea también la ausencia del elemento subjetivo del tipo y la ausencia del cuerpo del delito, por lo que concluye solicitando el sobreseimiento de M..

A su vez, en oportunidad de realizar el informe del art. 454, la defensa amplió las cuestiones a considerar, propiciando la declaración de prescripción de la acción en la causa (...).

### IV. Tratamiento de la cuestión:

#### 1. Aclaraciones respecto a la calificación:

De manera previa al tratamiento de los agravios, conviene realizar las siguientes precisiones:

# *Poder Judicial de la Nación*

## *Año del Bicentenario*

1.1. El procesamiento de M. es como autor "(d) el delito previsto y penado por el art. 174, inc. 5° del C.P., en grado de tentativa, e inf. art. 33 inc. c) y d) de la ley 20.974, en concurso ideal..." (...).

1.2. La primera norma penaliza a quien "(c) ometiere fraude en perjuicio de alguna administración pública." (art. 174, inciso 5) y la segunda: a) a quien "(t)uviere ilegítimamente en su poder documentos nacionales de identidad, en blanco o total o parcialmente llenados, auténticos o falsos." (inciso c) y b) a "(l) a persona que ilegítimamente hiciera uso de un documento anulado o reemplazado o que corresponda a otra persona." (inciso d).

1.3. La lectura de los dos incisos citados –del art. 33, de la ley 20.974– evidencia que contienen conductas diferentes (tener ilegítimamente y hacer uso ilegítimamente), sin que pueda advertirse cómo concurrirían entre sí.

1.4. En éste punto, estudiando la cuestión, el Tribunal advierte que entre ambas conductas existe una relación de concurso aparente similar a la que se da entre los tipos penales de uso y falsificación de documento público.

Resulta razonable entender que el legislador, al redactar los distintos supuestos de la norma, ha pretendido captar la mayor cantidad de situaciones posibles y por ello aparece penalizada la tenencia ilegítima de D.N.I., mientras que, el uso ilegítimo del documento ajeno consume y presupone aquella tenencia ya que, sino, no podría realizarse.

1.5. Aclarado ello y considerando, entonces, que el procesamiento en punto a la ley 20.974 lo sería sólo por la conducta prevista en el art. 33, inciso d), se ingresará al tratamiento de los restantes agravios.

### 2. El agravio atinente a la prescripción:

2.1. En primer término debe aclararse que, según el criterio del Tribunal, no corresponde tratar "(l) as críticas introducidas en la ocasión prevista por el art. 454 del C.P.P.N. ... en virtud de que no formaron parte de la motivación del recurso, única materia de revisión por esta alzada,

conforme a la regla establecida por el art. 445 del citado cuerpo legal." (ver causa n° 2233/III, "Incidente de nulidad interpuesto por DR. S. Dr. R. en causa Comisaría Ensenada 1° s/ Dcia. Pta. Inf. ley 23.737", resuelta el 26 de febrero de 2002, entre otras).

Sin embargo, esa regla cede cuando la cuestión introducida, como en el caso, se refiere a un "(i)nstituto creado con la finalidad de que las personas no sean objeto de persecución penal en forma indefinida..." cuya aplicación es "(d)e orden público, lo que determina que (...) verificados los extremos que la tornen viable, debe ser declarada por el juez en cualquier estado del proceso..." (ver causa n° 398, "S., J.C. A. s/ Inf. art. 5to.", resuelta el 10 de junio de 1997).

Así, independientemente de cómo sea advertida o introducida la cuestión, es imperativo tratarla de modo previo al resto de las cuestiones, como se hará a continuación.

2.2. El delito tipificado por el art. 174, inciso 5, del C.P. tiene prevista una pena de prisión de 2 a 6 años que, en este caso, queda reducida por haber sido tentada la acción (art. 44, del C.P.) y, en función del plenario "Villarino", de la Cámara Nacional de Casación Penal, se reduce la pena a la de prisión de 1 a 2 años.

A su vez, la pena prevista para la conducta del art. 33, inciso d), de la ley 20.974 —que sería, en el caso, haber usado ilegítimamente un D.N.I. ajeno— es la de prisión de 1 a 4 años.

Y dado que ambas figuras concurrirían idealmente, corresponde, en función del art. 54, del C.P., considerar "(s)olamente la que fijare pena mayor.", es decir, la del art. 33, inciso d), de la ley 20.974.

2.3. Así, debe considerarse que el supuesto por el que habría operado la extinción de la acción sería el del inciso 3 (por prescripción), las pautas fijadas al respecto por el art. 62 —específicamente, el inciso 2°, sobre el transcurso del máximo de duración de la pena— tanto como la regla sobre el momento en que comienza a contarse ese lapso (art. 63, del C.P.) y los actos con entidad para interrumpirlo o suspenderlo.

Estos, en virtud del principio de retroactividad de la ley penal más benigna artículo 2 del Código Penal) son,

# *Poder Judicial de la Nación*

## *Año del Bicentenario*

taxativamente, los del artículo 67 del C.P. modificado por la Ley 25.990 (Adla, Bol. 1/2005 p. 11), aplicable a causas pendientes de resolución a su entrada en vigencia, como el caso en estudio.

2.4. En autos el plazo para que opere la prescripción comenzó a correr la medianoche del día 18 de febrero de 2004 (artículo 63 del C.P.) e, interrumpido por el primer llamado a prestar declaración indagatoria en la causa, de fecha 19 de febrero de 2004, recomenzó a correr la medianoche del mismo.

Según surge (...), el imputado cometió posteriormente un delito, con fecha 26 de mayo de 2004.

Por eso el plazo de prescripción habría comenzado a correr nuevamente en dicha fecha y, de no existir nuevos hechos interruptivos, la prescripción se habría producido con fecha 26 de mayo de 2008 (es decir, transcurrido el máximo de pena prevista que, para el caso, es de 4 años de prisión).

2.5. Sin embargo en éste punto, las constancias existentes no permiten descartar la comisión de otros delitos que podrían haber interrumpido, nuevamente, el curso del término de la prescripción.

Véase, particularmente, la referencia (...) sobre la existencia de la I.P.P. 26076/07 –de la U.F.I. n° 2, de La Plata– del año 2007 y la falta de información acerca de la fecha de los hechos objeto de investigación en una I.P.P. que tendría trámite ante la U.F.I. n° 1 y el Juzgado de Garantías n° 4, de La Plata (...) y la I.P.P. n° 227.380, de la U.F.I. n° 5 y el Juzgado de Garantías n° 2, también de ésta ciudad (ver fs. 244/345).

2.5. En esta instancia, sin informes actualizados que permitan elucidar dichas circunstancias, considerando el extenso plazo de tramitación que lleva la causa y advirtiéndole que alguno de los restantes agravios tendrían entidad para adoptar una solución conclusiva, se pasará a su tratamiento.

### 3. Los restantes agravios:

En ese sentido, la censura relativa a la inexistencia del cuerpo del delito está probada por la profusa y reiterada

secuencia de oficios e informes intercambiados entre el juzgado de la instancia anterior y los distintos órganos de la justicia provincial con incumbencia en la custodia de los efectos.

El acta inicial (...) da cuenta del secuestro y la declaración de incompetencia del magistrado provincial deja constancia de la reserva de los efectos (...), pero al ser requeridos (...), ni la unidad funcional de investigación que tuvo a cargo preliminarmente la causa (...), ni el juzgado de garantías que intervino (...) ni la Secretaría de Efectos de la Fiscalía de Cámaras provincial (...) pudieron hallarlos.

3.1. Esta ausencia impide, a juicio del Tribunal, la prosecución de la causa.

Ello ya que el D.N.I. que tendría y habría empleado M. no es un elemento que pueda ser reconstruido por otros medios ni del que exista, siquiera, una fotocopia.

De hecho, a juzgar por las constancias de la investigación en sede provincial, no se realizó siquiera una descripción del mismo y, mucho menos, algún tipo de prueba técnica que permitiese saber si era auténtico o no. La existencia de tal estudio, por otra parte, hubiera permitido tener por probada la existencia del documento.

3.2. En éste punto, pese a la consideración de la doctrina acerca de que el "cuerpo del delito" puede probarse por cualquier medio (ver DÍAZ, Clemente, *El cuerpo del delito en la legislación procesal argentina*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1965, p. 69) y al sistema de libres convicciones que rige en materia de apreciación de la prueba (Conf. de esta Sala, causa n° 2741/III, "O., E. y otros s/inf. a los arts. 5, inc. "C" y 11, inc. "C", de la ley 23.737, resuelta el 23 de octubre de 2003), no hay en autos elemento alguno del que pudiere concluirse su existencia.

En el contexto anterior, no encuentran apoyo objetivo ninguna de las figuras delictivas enrostradas.

Por todo lo expuesto corresponde revocar la decisión apelada, (...) y disponer el sobreseimiento de M. J. M., de las demás condiciones personales obrantes en autos, en orden a los delitos por los que fuera sometido a proceso en la presente, en los términos del art. 336, inciso 2, del C.P.P.; con la aclaración de que la formación de esta causa no afecta el buen nombre y honor del que gozare.

# *Poder Judicial de la Nación*

## *Año del Bicentenario*

### **El doctor Vallefín dijo:**

Que adhiere al voto del doctor Nogueira.

### **El doctor Pacilio dijo:**

I. Contra la resolución (...) en la que el a quo resolvió decretar el procesamiento de M. J. M. en orden al delito previsto y penado en el art. 174 inc. 5° del CP, en grado de tentativa, e infracción al art. 33 incs. c) y d) de la ley 20.974, en concurso ideal, la defensa interpuso recurso de apelación (...).

En la oportunidad de la audiencia del art. 454 del CPP, la (Defensora Oficial) mejoró los fundamentos en torno a los agravios vertidos en el memorial recursivo y, supletoriamente, opuso la excepción previa de extinción de la acción penal por prescripción, solicitando se decrete el sobreseimiento de su asistido atento al tiempo transcurrido desde el primer llamado a indagatoria sin que se registre la comisión de un nuevo delito (...).

En virtud de lo anterior, el Tribunal ordenó la remisión al juzgado de origen a fin de la obtención de un informe actualizado sobre los antecedentes penales del imputado, lo que luce cumplimentado (...) y da cuenta -en lo que aquí interesa- del registro de condena respecto de aquél en orden a hechos cometidos con posterioridad al que aquí se investiga, esto es, el día 26 de mayo de 2004 (...).

II. En el marco de la presente causa M. J. M. fue llamado a prestar declaración indagatoria por primera vez con fecha 19 de febrero de 2004, materializándose el día 10 de marzo del referido año (...).

III. La pena máxima para el concurso en forma ideal de los delitos por los que fuera imputado M. (art. 174 inc. 5° del CP, en grado de tentativa, e infracción al art. 33 incs. c) y d) de la ley 20.974), es la de 4 años de prisión.

El art. 62, inc. 2do. del C.P., dispone que la acción penal se extinguirá después de transcurrido el máximo de duración de la pena señalada, este plazo comenzará a correr desde la medianoche del día en que se cometió el delito (art.

63 del C.P.).

Ahora bien, en virtud del principio de retroactividad de la ley penal más benigna -art. 2º del Código Penal-, la ley 25.990 (Adla, Bol. 1/2005 p. 11) -modificatoria del art. 67 del C.P.-, en cuanto establece taxativamente los actos interruptivos de la acción penal (que en la etapa instructoria son la comisión de otro delito, el primer llamado a indagatoria por el delito investigado y el requerimiento acusatorio de apertura o elevación a juicio -incs. a), b) y c) del citado artículo- resulta aplicable a causas pendientes de resolución a su entrada en vigencia, tal como lo constituye el caso bajo estudio.

En efecto, siguiendo lo sentado por el Máximo Tribunal "el instituto de la prescripción cabe sin duda alguna en el concepto de ley penal, desde que ésta comprende no solo el precepto, la sanción, la noción del delito y la culpabilidad, sino todo el complejo de las disposiciones ordenadoras del régimen de extensión de la pretensión punitiva" (Fallos 287:76).

# *Poder Judicial de la Nación*

## *Año del Bicentenario*

Por tal motivo, y a la luz del art. 2 del Código Penal que consagra como excepción al principio de irretroactividad de la ley penal, la aplicación retroactiva de aquella que sea más benigna, corresponde determinar si desde la primera citación judicial a indagatoria han transcurrido los plazos de prescripción previstos para los delitos que se han atribuido.

Sentado lo anterior, es posible adelantar que tiene razón la recurrente cuando afirma que en el *sub lite* se ha extinguido la acción penal por haber transcurrido el máximo de duración de la pena prevista para los delitos que se le enrostran a M., no advirtiéndose la presencia de actos pasibles de interrumpir el curso de la prescripción.

Si bien desde el primer llamado a prestar declaración indagatoria (19 de febrero de 2004) se produjo un acto con virtualidad interruptiva de la prescripción, es decir, la condena respecto de los hechos cometidos por el imputado el día 26 de mayo de 2004, lo cierto es que aún a partir de esta última fecha han transcurrido más de 5 años.

En ese sentido, de acuerdo a la modificación introducida al art. 67 del Código de Fondo, el primer acto con entidad suficiente para dar real dinámica o inequívoco impulso persecutorio al proceso está dado por el decreto que cita al imputado a prestar declaración indagatoria.

Destáquese que, por lo demás, el caso bajo estudio guarda sustancial analogía con lo resuelto por esta Sala con fecha 18/10/05 en el marco de la causa n° 3553/III caratulada "M.,O.A. s/ inf. art. 292-296 CP" cabe remitirse a los fundamentos allí esbozados en honor a la brevedad.

Como consecuencia de lo expresado precedentemente, la acción penal se encuentra prescripta en los términos de los arts. 59 inc. 3 y 62 inc. 2 del Código Penal, y por tanto corresponderá sobreseer a M. M. J. de acuerdo a lo establecido en el art. 336 inc. 1 del Código Procesal Penal de la Nación.

Por lo expuesto considero que el Tribunal debe: 1) Revocar la resolución (...); 2) Sobreseer a M. J. M., filiado en

autos, en orden al delito previsto y penado en el art. 174 inc. 5° del CP, en grado de tentativa, e infracción al art. 33 incs. c) y d) de la ley 20.974, en virtud de haberse extinguido la acción penal por el transcurso del tiempo (arts. 59 inc. 3 y 62 inc. 2 del Código Penal y art. 336 inc. 1ero del C.P.P.N.).

Por tanto y en mérito a lo que resulta del Acuerdo que antecede EL TRIBUNAL, por mayoría, RESUELVE: revocar la decisión apelada, (...) y disponer el sobreseimiento de M. J. M., de las demás condiciones personales obrantes en autos, en orden a los delitos por los que fuera sometido a proceso en la presente, en los términos del art. 336, inciso 2, del C.P.P.; con la aclaración de que la formación de esta causa no afecta el buen nombre y honor del que gozare.

Regístrese, notifíquese y devuélvase. Firmado Jueces Sala III Dres. Carlos Alberto Nogueira. Carlos Alberto Vallefín y Antonio Pacilio.

Ante mi: Dra. Maite Irurzun. Secretaria.