



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

ACUERDO:

En la ciudad de La Plata, Provincia de Buenos Aires, sede de la Sala III del Tribunal de Casación Penal, el 15 de mayo de dos mil doce se reúnen en Acuerdo Ordinario los señores jueces doctores Ricardo Borinsky, Víctor Violini y Daniel Carral, con la presidencia del primero de los nombrados, a los efectos de dictar sentencia en la presente causa n° 13.889 (Registro de Presidencia n° 46.247) "C., A. E. s/ Recurso de Casación", conforme al siguiente orden de votación: CARRAL – BORINSKY – VIOLINI.

ANTECEDENTES:

1º) En lo que interesa destacar el Tribunal en lo Criminal N° 3 del Departamento Judicial de Bahía Blanca, condenó a A. E. C. a la pena de dos años y dos meses de prisión de ejecución condicional, más inhabilitación absoluta perpetua por resultar autora penalmente responsable del delito de fraude en perjuicio de la administración pública -previo rechazar el planteo de extinción de la acción penal por prescripción respecto de la nombrada- que la defensa incoara.

2º) La defensa técnica de la encartada interpuso recurso de casación contra la sentencia condenatoria solicitando en lo sustancial "...casen el fallo recurrido y asuman competencia positiva declarando la extinción de la acción penal por haber transcurrido en exceso el plazo previsto para su prescripción..." (fs. 27/32).

3º) Con la radicación del recurso en la Sala (fs. 43) se notifica a las partes (fs. 43 y 44).

A su turno, la representante del Ministerio Público Fiscal ante esta instancia postuló el rechazo del remedio procesal intentado por su contraparte (fs. 45/46).

Por su parte la Sra. Defensora de Casación mantuvo expresamente el remedio procesal deducido, remitiéndose en su totalidad a los fundamentos allí vertidos.

Hace reserva del caso federal (art. 14 de la ley 48) (fs. 44).

Así las cosas, la Sala se encuentra en condiciones de resolver, por lo que se plantean y votan las siguientes

CUESTIONES:

Primera: ¿Se encuentra la acción penal extinguida por prescripción?

Segunda: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

VOTACIÓN:

A la primera cuestión el Señor juez doctor Carral expresó:

En sus alegatos, la defensa introdujo un cambio de calificación a la propiciada por el Ministerio Público Fiscal y como consecuencia de ello invocó la prescripción de la acción penal.

Es así que solicitó se califiquen los hechos en juzgamiento como fraude en perjuicio de la administración pública y no peculado como el acuse pretendía.

En ese orden de ideas sostuvo que teniendo en cuenta el máximo de la pena prevista para el tipo penal propiciado -seis años- a la fecha del llamado a la declaración del art. 308 del C.P.P., la acción se habría prescripto.

Sin embargo, no obstante haber recogido la calificación pretendida por la defensa, es decir, fraude en perjuicio de la administración pública, el *a quo* desechó su planteo en lo atinente a la prescripción de la acción penal, argumentando que la imputada se desempeña como agente –de carácter permanente- en la Municipalidad de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

Coronel Suárez, desde la fecha de los hechos imputados hasta el presente, sin perjuicio de que lo haga en otra dependencia del mismo municipio.

A su vez, tuvo en cuenta que el art. 67 del Código Penal, expresa taxativamente las causas de suspensión de la prescripción de la acción penal, que en lo que aquí interesa, dice: "...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 encuentren desempeñando un cargo público...".

Concluyó entonces que la continuidad en la prestación de servicios por parte de la imputada en la Municipalidad de Coronel Suárez -desde la fecha en que se iniciaron las actuaciones que motivan el presente juicio (diciembre de 2001) hasta la fecha- a su criterio, permite encuadrar la cuestión en el art. 67 del Código Penal por entender que tal circunstancia constituye un obstáculo, que suspende el plazo de prescripción.

Por su parte el recurrente, en su ataque contra la solución arribada, alegó que los casos como el que aquí se juzga no están alcanzados por la mentada normativa.

Desde este lugar sostuvo que la norma se fundamenta en la posibilidad de que ese cargo sea utilizado para influenciar u obstaculizar la investigación y que de ese modo el plazo de la prescripción fenezca mientras se ejerce la función pública.

Asimismo, propuso el análisis del trámite de la causa, concluyendo que la demora radicó pura y exclusivamente en la falta de acción por parte del Ministerio Público, sin que exista en cabeza de C. ninguna posibilidad de direccionar la investigación ni entorpecer su cause normal.

Solicitó en consecuencia, que se asuma competencia positiva y se declare la extinción de la acción penal por haber transcurrido en exceso el plazo previsto para su prescripción.

Ahora bien, en primer lugar debo decir que, en el particular, desde las exigencias temporales, en los términos del art. 62 del C.P., la acción se encontraría “prima facie” prescripta.

No obstante, como se dijo, el tribunal de la instancia encontró de aplicación al caso la excepción reglada en el art. 67, párrafo segundo, del plexo penal de fondo, concluyendo entonces en la suspensión del término de la prescripción de la acción.

Ciertamente, éste ha sido el punto central sobre el que se erige la crítica de la asistencia técnica que recurre en casación. A un lado la discusión sobre el encuadre típico que en definitiva se ha adoptado, del mismo modo que aquello atinente a la consideración de si la función que actualmente desempeña C. se corresponde con el concepto de “cargo público”, el aspecto central pasa, a mi modo de ver, por la interpretación y alcance que corresponde asignar a la causal de suspensión del párrafo segundo del art. 67 del Código Penal, en cuanto dispone: “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 un cargo público*”.

Desde este prisma de análisis –como tengo dicho– (Cfr. TCPBA, Sala III, “Menéndez, Gustavo Adolfo s/ Recurso de Casación”, causa N° 13.133, Registro de Presidencia N° 45.584) el punto de discusión versa estrictamente sobre si el hecho de seguir desempeñando un cargo público, incluso en el caso de autos con otra función en distinto organismo, como basamento de la suspensión que se establece en el art. 67, resulta de aplicación automática en su sentido exclusivamente literal, o, en cambio, deviene necesario delimitar su alcance en una interpretación sistemática que tenga presente las pautas que se establecen en nuestro Bloque



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

Constitucional Federal armonizándolas con una interpretación teleológica de la citada regla.

En principio, una interpretación literal de la norma derivaría en una nueva categoría de *ilícitos imprescriptibles*, exclusivamente basada en la calidad del sujeto activo y en las circunstancias de su acontecimiento, razonamiento que trastoca el sentido del instituto de la prescripción impuesto como límite temporal al Estado para iniciar o proseguir la persecución penal de un individuo o, en su caso, el cumplimiento de una condena.

No se me escapa en este razonamiento las excepciones que vienen dadas por la grave situación que importa la persecución de los delitos de *lesa humanidad* y aquellos casos puntuales donde el riesgo que da sentido a la excepción se asienta en situaciones donde el Estado no puede proceder o le resulta sumamente dificultoso hacerlo.

Tal es así que, si bien no ha sido pacífico, parte de la doctrina y jurisprudencia sostuvo que la suspensión tenía sentido hasta la "notitia criminis", lo que configuraba un punto de inflexión en razón que una vez iniciada la investigación, el peligro de obstrucción o entorpecimiento quedaba obturado. (Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I, causa 4044, "Rico, Mónica L. y otros s/Rec. De Casación").

Ahora bien, entre otras consideraciones entiendo que contribuye a una mejor exégesis de la regla, las discusiones parlamentarias que se dieron en el marco del debate previo a la sanción de la "ley de Ética Pública" (ley 25.188) que reformara aristas de especial interés en el instituto bajo análisis.

Así, el Diputado Guillermo R. Aramburu, integrante de las comisiones que suscribieran el proyecto puesto a consideración de

sus pares, fue el encargado -en el debate- de explicar el sentido y alcance de las modificaciones al Código Penal. En lo que aquí interesa sostuvo “El segundo tema que se trata de modificar en las normas del Código Penal es la suspensión de la prescripción mientras uno de los partícipes en un delito esté ejerciendo la función pública. Esto es así porque se considera que el ejercicio de la función pública puede actuar como un inhibidor de la persecución judicial en un determinado delito, y que en definitiva éste termine prescribiendo, favoreciendo de ese modo la impunidad”. (Antecedentes Parlamentarios, LL-2000-A-694).

Por su parte, el debate dado en la Cámara Alta del proyecto cuya sanción abarcó una multiplicidad de aspectos y regulaciones, encontró en la voz del Senador Maglietti, una puntual referencia a la cuestión que nos ocupa. En aquella oportunidad sostuvo “Me referiré a continuación al tema de la prescripción de los delitos relacionados con la corrupción...aquellos funcionarios que han incurrido en hechos de corrupción se van a encontrar con que si no los procesa el actual gobierno podrá hacerlo el próximo, y si el próximo tampoco lo hace, podrá hacerlo el que lo suceda” (Antecedentes Parlamentarios, ob. cit, pág. 915).

Tal como se aprecia, el interés cardinal que guiaba a los legisladores se centró especialmente en la necesidad de resguardar la posibilidad de someter a proceso a los funcionarios públicos que hubiesen incurrido en la comisión de ilícitos en el ejercicio de su gestión, preservando, a través de la suspensión del curso de la prescripción (en esos casos) la vigencia de la acción penal frente al riesgo de obturación al inicio de una investigación o, en su caso, el entorpecimiento de la misma, por parte de quien permanece en el cargo valiéndose de su ejercicio para lograr su impunidad.

Dado que no puede presumirse una inconsistencia tal del legislador que derive en ilícitos imprescriptibles en función del status quo del sujeto activo como funcionario público, quienes no por ello carecen



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

de la misma protección que el ordenamiento constitucional y supralegal acuerda a todos los individuos por igual, es dable razonar que la operatividad de esa regla está supeditada a la posibilidad de injerencia, desde el ámbito funcional, en una suerte de "inhibidor" de la persecución judicial.

Este es el enfoque sostenido por un importante sector de la doctrina (Vgr. D'Alessio, Andrés, Código Penal Comentado y anotado, La Ley, 2005, pág.679; Zaffaroni-Baigún "Código Penal y Normas Complementarias." Ed. Hammurabi, 2007, pág.228; Hairabedián, M-Zurueta, F, "La prescripción en el proceso penal", Ed. Mediterránea, Córdoba, 2006, pág.103, y particularmente el trabajo de Adolfo Calvete, "Suspensión de la prescripción de la acción penal cuando el hecho fue cometido durante el ejercicio de la función pública", en La Ley, Suplemento de Derecho Penal y Procesal Penal, abril 2011, pág.21 y sgtes).

En parigual, se verifican pronunciamientos en la doctrina judicial que encuentran sostén en los criterios doctrinarios antes individualizados (Vgr. Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, Rta. 08/04/2010, Registro Nro 430.10.3 Causa Nro. 11669, "Ramallo, Julio Marcelino s/recurso de casación", CNCaspenal, Sala I, causa 6986, "López. Hugo Daniel y ot.s/recurso de casación; "Nisi, Luis Angel s/recurso de casación, c.9781, rta. 27/03/2009) entre otras.

Desde este atalaya, es mi parecer que lo que corresponde en el caso no pasa por la tacha de inconstitucionalidad de la regla en examen, sino que, antes bien, ésta resulta de estricta aplicación a los casos donde el ejercicio de la función pública obstaculice o impida el proceder de la acción penal.

Sin embargo, sí resulta necesaria una interpretación que torne al texto legal compatible con la constitución.

Es que, con base en los criterios antes señalados, observo que en el particular, en la misma fecha en que se iniciaron las actuaciones por la denuncia que radicara Adrián Ziegler, (3 de mayo de 2002) se desprende del sumario administrativo que la Sra. C. fue suspendida de las “tareas de recaudadora en el área de Bromatología del municipio” (a fs. 1).

Asimismo cabe destacar que si bien es real la continuidad de la imputada como agente del municipio de Coronel Suárez (desde la época en que sucedieron los hechos hasta la actualidad, en que se encuentra a cargo del Archivo municipal), lo cierto es que se trata de una mera empleada administrativa, claro está sin posibilidad alguna de entorpecer ni direccionar en modo alguno la investigación.

Más aún, el detalle del trámite de las actuaciones principales muestra la totalidad de las diligencias investigativas que en el término de aproximadamente ocho años se instrumentaron por parte del Ministerio Público Fiscal, las que pueden resumirse en: la realización de una pericia caligráfica por parte de la Asesoría Pericial, ordenada el día 5 de febrero de 2003, cuyo resultado se adjunta con fecha 14 de febrero de 2003, y la declaración testimonial que se recibiera al denunciante, Ziegler el día 15 de marzo de 2006, para concluir el 3 de agosto de 2009 con la citación a la imputada A. E. C. para prestar declaración en los términos del art. 308 del C.P.P.

De lo expuesto surge, como bien apunta el recurrente, que la demora en el trámite no obedece a ninguna maniobra o influencia que hubiese ejercido la imputada, sino en todo caso, que el retraso es atribuible a la inactividad del investigador.

Por tal motivo, entiendo que -como bien cita el fiscal ante esta instancia, al requerir el rechazo del agravio- “...la suspensión del curso de la prescripción de la acción penal- art. 67 del Código Penal- en los casos de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública, para



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

todos los que hubieren participado, mientras cualquiera de ellos se encuentre desempeñando un cargo público, 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...", supuestos éstos, que ninguna relación tienen con el rol que la Sra. C. ocupa.

Por lo tanto, entiendo que lo sostenido por el sufragante, en cuanto expresara "...la Sra. E. C. participa de la función pública municipal, razón más que suficiente para concluir que no es procedente declarar la extinción de la acción penal..." constituye de por sí tan solo una afirmación dogmática e insuficiente para la aplicación del texto legal.

Ello así pues, con tal aseveración no repara siquiera mínimamente en que, en su carácter de empleada administrativa, muy lejos de las posibilidades de la imputada se encuentra ejercer una influencia sobre la causa penal con la finalidad de procurar la extinción de la acción penal por prescripción.

En síntesis, desde mi punto de vista, no es razonable y carece de toda lógica y justificación legal que el tiempo consumido en el trámite de la causa –no justificado en modo alguno por la complejidad de la misma ni por otros motivos que tengan relación con esta– opere en perjuicio de la imputada.

Por ello, y de conformidad a lo expuesto en lo acápites que anteceden propongo al Acuerdo hacer lugar, sin costas, al recurso interpuesto, casando la resolución impugnada, y **DECLARAR EXTINGUIDA POR PRESCRIPCIÓN** la acción penal respecto del delito de

fraude en perjuicio de la administración pública que se les enrostrara a A. E. C. y SOBRESEER a la nombrada en orden al hecho que se le imputara, sin costas.

Luego, con el alcance indicado, a la primera cuestión planteada voto por la AFIRMATIVA (artículos 18 de la Constitución Nacional; 168 y 171 de la Constitución Provincial; 62 inc. 2º y 67 –contrario sensu-, en función del 174 último párrafo, del Código Penal; 323 inc. 1º, 433, 448, 450, 451, 454, 464, 465, 530 y 531 del Código Procesal Penal).

A la primera cuestión planteada el señor juez doctor Borinsky dijo:

Es doctrina de Sala, que la mayoría mantiene en el precedente Menéndez, la que afirma la constitucionalidad del artículo 67, segundo párrafo del Código Penal, habiéndose dicho entre otras consideraciones que en la inteligencia de la norma no corresponde diferenciar sobre el origen o calidad de las funciones públicas que se ejercitan, puesto que la misma se encuentra enderezada a actuar como reaseguro de su correcto ejercicio.

La norma no viola la garantía de igualdad, ni va contra la regla de la responsabilidad por el hecho propio, propia del principio de culpabilidad, ya que no se trata de la atribución penal de una acción de tercero sino de evitar que la influencia del funcionario público constituya un obstáculo a la investigación de su conducta y a la del resto que haya participado con él.

La ley 25.188 lleva un nombre que lo dice todo - y en su artículo primero expresa, no siendo un dato menor, que la presente ley de ética en el ejercicio de la función pública establece un conjunto de deberes, prohibiciones e incompatibilidades aplicables, sin excepción, a todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías, de forma permanente o transitoria, por elección popular, designación directa, por concurso o por cualquier otro medio legal,



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

extendiéndose su aplicación a todos los magistrados, funcionarios y empleados del Estado.

Indica también, que por función pública se entiende toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos.

En tanto, el artículo 67, segundo párrafo, del Código Penal, conforme al texto proveniente de la misma ley, dispone que debe considerarse suspendido el curso de prescripción de la acción penal mientras alguno de los partícipes del delito -cometido por un funcionario público en el ejercicio de la función pública- se encuentre desempeñando un cargo público.

"Cuando la letra de la ley no exige esfuerzo de interpretación debe ser aplicada directamente", con prescindencia de otras consideraciones (CSJN, *Fallos*, 324:1740, 3143 y 3345), tesis que parece repetir el adagio *in claris non fit interpretatio*. El Tribunal advierte que si no se procede así, se corre el riesgo de prescindir del texto legal sin declararlo inconstitucional (CSJN, *Fallos*, 323:3139). El punto de partida de esta postura es sostener que la *primera fuente de exégesis de la ley es su letra* (CSJN, *Fallos*, 316:1247).

Tal estándar se complementa con otro: la obligatoriedad (y no elusión) de la interpretación literal. En "Florencio Lara", por ejemplo, se destaca que no es permitido para apartarse de la exégesis gramatical invocar "las palabras o conceptos vertidos en el seno del Congreso con motivo de la discusión de la ley... puesto que ellas no son sino simples manifestaciones de opinión individual de las personas que las pronunciaron, y que no fueron establecidas o admitidas claramente en el texto de la ley que se discutía" (CSJN, *Fallos*, 77:319). En "Sade c. Avila" se

volverá a leer que la letra es la "primera fuente" de interpretación, "de la que no cabe prescindir" (CSJN, *Fallos*, 314:1018; "Banco de Mendoza", *Fallos*, 324:2780).

Luego, no es posible interpretar la ley en el sentido de excluir a algunos funcionarios de su aplicación.

Por lo expuesto, entonces a esta primera cuestión

VOTO POR LA NEGATIVA.

A la misma primera cuestión el señor juez doctor Violini dijo:

Que por sus fundamentos adhiero al voto del doctor Borinsky. ASI LO VOTO.

A la segunda cuestión planteada el señor juez doctor Carral expresó:

En atención al resultado que arroja el tratamiento de la cuestión precedente corresponde –por mayoría- rechazar, con costas, el recurso de casación articulado (arts. 67 segundo párrafo del Código Penal; 448, 450, 454, 456, 464, 530 y 531 del Código Procesal Penal). ASI LO VOTO.

A la segunda cuestión, los señores jueces doctores Violini y Borinsky dijeron:

Que votan en igual sentido que el doctor Carral, por sus fundamentos.

Por lo que no siendo para más se dio por terminado el Acuerdo dictando el Tribunal la siguiente:

SENTENCIA

RECHAZAR, con costas, el recurso de casación articulado.

Rigen los artículos 67 segundo párrafo del Código Penal; 448, 450, 454, 456, 464, 530 y 531 del Código Procesal Penal.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

Regístrese, notifíquese y remítase a la Mesa Única
General de Entradas para su devolución a origen.

**FDO.: RICARDO BORINSKY – VICTOR HORACIO VIOLINI – DANIEL
CARRAL**

ANTE MI: Andrea Karina Echenique

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA