

Expediente número IPP nueve mil novecientos cuarenta y seis.

Número de Orden:198

Libro de Interlocutorias nro.14

En la ciudad de Bahía Blanca, a los veintitrés días del mes de **Mayo del año dos mil doce**, reunidos en su Sala de Acuerdos los Señores Jueces de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal -Sala I-, del Departamento Judicial Bahía Blanca, Doctores: **Gustavo Ángel Barbieri, Pablo Hernán Soumoulou y Guillermo Alberto Giambelluca**, para resolver en la **causa nro. 9946/I**, caratulada: "**L. M. s/ estafa en perjuicio de la administración pública en grado de tentativa en Bahía Blanca**", y practicado el sorteo de ley, resultó que en la votación debía observarse el siguiente orden: **Barbieri, Giambelluca y Soumoulou**, procediendo los mencionados Magistrados al estudio de las siguientes:

C U E S T I O N E S

1ra.) ¿Se encuentra extinguida la acción por prescripción?

2da.) ¿Resulta procedente la procedencia del beneficio de la suspensión del proceso a prueba?

3era.) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

V O T A C I O N

A LA PRIMERA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DIJO: Interpone el Señor Defensor Particular -Dr. Francisco Favrat- a fs. 1/8 de esta incidencia, recurso contra la resolución dictada por la Sra. Jueza a cargo del Juzgado en lo Correccional nro. 3 Departamental -Dra. Susana González la Riva- a fs. 22/26 vta., por la que se resolviera -en lo que resulta materia de agravio en este recurso-, rechazar la solicitud de sobreseimiento por extinción de la acción penal por prescripción y no hacer lugar a la

suspensión de juicio a prueba peticionada en favor de M. L..

El remedio fue interpuesto en tiempo y forma por lo que resulta admisible (arts. 439, 441, 442 y ccchts. del Rito).

En primer término, se agravia la defensa por considerar que no ha sido correcto el criterio adoptado por la Jueza A Quo para el cómputo de la escala penal (forma de reducción del cuántum punitivo) de la tentativa en este hecho. Sostiene que, existiendo diversos criterios jurisprudenciales y doctrinarios para determinar la escala penal correspondiente a un delito en grado de tentativa, en virtud "de los principios pro homine e in dubio pro reo", debe adoptarse en cada situación particular aquél criterio que resulte más favorable al imputado.

Expresa que la Magistrada, al interpretar que la pena aplicable debe obtenerse reduciendo en un tercio el máximo establecido en la escala penal y a la mitad su mínimo, ha adoptado un criterio de interpretación que no resulta ser el más favorable al procesado, en tanto -a su entender- de adoptarse otro criterio interpretativo -que reduzca la escala penal en la mitad a su máximo y en un tercio su mínimo-, la acción penal correspondiente al delito que se le imputa a su asistido se encontraría extinguida por prescripción.

En ese caso quedaría fijado el máximo de la pena aplicable en tres años de prisión, y la acción se encontraría extinguida ya que -según su tesis- el inicial acto interruptivo de la prescripción, que resultaría ser el primer llamado a prestar declaración en los términos del art. 308 del C.P.P., habría acaecido luego de los tres años contados desde el momento de la comisión del hecho imputado.

Y considera el Sr. Defensor Particular, que el acto que debe entenderse como efectivamente capaz de interrumpir el curso de la prescripción sería el llamado de fecha 14 de junio de 2010 y no otras resoluciones que no fueron exteriorizadas y de las que sospecha -en una muy particular inferencia- de su fecha de dictado.

Sostiene -remitiendo a su escrito oportunamente presentado con anterioridad a la decisión que hoy se critica- que el hecho enrostrado habría ocurrido en fecha 11 de junio de 2007.

Este agravio será rechazado. En primer término trataré cuál considero el criterio interpretativo que debe adoptarse respecto del contenido del art. 42 del Código Penal, para computar la pena correspondiente para delitos en grado de tentativa; en segundo lugar analizaré la existencia o inexistencia en estos autos de algún acto con capacidad interruptiva del curso de la prescripción.

En lo relativo a la interpretación del texto del art. 42 del C.P. debo referir que, tal como ha destacado el recurrente, las posiciones interpretativas sobre su contenido han sido variadas, existiendo argumentos razonables -tanto doctrinaria como jurisprudencialmente- para sostener cada uno de los criterios. Y he de explayarme en los mismos pues es la primera vez que como integrante de este Cuerpo debo pronunciarme sobre éste extremo.

Así digo que el criterio que considera aplicable el recurrente es el que ha sido sostenido, en esta provincia, principalmente por la Sala I del Tribunal de Casación Penal (ver T.C.P. Sala I, Ca. 18.898 "F.,G. s/ Recurso de casación" del 22-5-2007 y causa 35.200 "S.,C. s/ Recurso de casación" del 24-4-2009).

Por otro lado, el adoptado por la Sra. Jueza A Quo, es el criterio interpretativo sostenido desde el año 1998 por la Suprema Corte Provincial, que ha expresado en sus fallos "...*La escala penal de la tentativa tiene como mínimo la mitad del mínimo del delito consumado y como máximo las dos terceras partes del máximo del delito consumado...*" (S.C.B.A., Ca. 56.902 "C.,P. s/ Robo calificado por el empleo de armas en grado de tentativa" del 13-9-2000). En el año 2011, reiterando el mismo criterio de interpretación, resolvió "...*En lo que hace al cómputo del delito de tentativa de robo simple, estimo oportuno señalar que la prescripción de la acción penal debe operar atendiendo a la reducción del art. 44 del Código Penal (conf. P. 66.450, sent. del 20-X-*

1998), y esa reducción actúa disminuyendo a la mitad el mínimo legal de la escala y en las dos terceras partes el máximo de la misma (conf. Ca. 52.985, sent. del 11-VI-1998; P. 56.902, sent. del 12-IX-2000 y Ca. 66.003, sent. del 28-VIII-2002; e.o.)..." (S.C.B.A., Ca. 109.771 "A.,G. s/ Recurso de casación" del 7-9-2011).

Este es, también, el criterio de la Sala III del Tribunal de Casación Penal en fallo 22.495 "S.E. s/ Recurso de casación" del 20-12-2011.

A su vez, la Suprema Corte Provincial, y reafirmando su doctrina legal y la obligatoriedad de sus fallos, en relación a la procedencia del recurso de inaplicabilidad de ley en caso de utilización de una interpretación divergente a la seguida por dicho órgano, resolvió: "...Configura un caso concreto de violación a la doctrina legal de este Tribunal la decisión del a quo que al individualizar la pena del procesado como autor de delito tentado lo hace a partir de una escala formada entre los dos tercios del monto mínimo y la mitad del máximo que fija la ley para el delito. De modo que debe hacerse lugar al recurso interpuesto y casar la sentencia impugnada en el nivel de la determinación del monto de sanción" (S.C.B.A., Ca. 87906 "C.,M. s/ Robo calificado " resuelta el 14-5-2008).

De los precedentes jurisprudenciales citados, se extrae que el Máximo Tribunal de la provincia -en reiteradas ocasiones- se ha manifestado respecto a cuál entiende que es la interpretación que debe darse al art. 42 del C.P. y que ha considerado también que una solución diferente implica un alejamiento de la doctrina legal vigente de ese órgano.

Más allá de compartir o no esa interpretación, considero que por cuestiones que hacen a la economía procesal, a la igualdad de trato en el ámbito de la justicia provincial, y a la búsqueda de una certeza interpretativa guiada por criterios jurisprudenciales vigentes en la aplicación del derecho (no siendo otros los fines de la función nomofiláctica de ese Alto Cuerpo), corresponde seguir el criterio delineado por la Suprema Corte. Y el mismo se encuentra vigente, no existiendo buenas razones para

presumir que de presentarse actualmente una cuestión similar por ante el máximo tribunal de la provincia, este resolverá en distinto sentido.

Desde este entendimiento, resultando que la pena máxima que corresponde al delito imputado -en grado de tentativa- es de cuatro años, concluyo que la acción penal no se ha extinguido por el transcurso del tiempo.

Consecuentemente, los agravios planteados por la defensa -respecto a cuál fue el acto jurídico del Ministerio Público Fiscal que debe entenderse efectivamente como primer llamado a prestar declaración- pierden virtualidad, ya que sus argumentos relativos a que la acción penal se encontraría prescrita por la inexistencia de actos interruptivos, depende directamente de la aplicación del criterio de interpretación propuesto por el recurrente y ya rechazado por mi parte.

Sin embargo, no es ocioso destacar que -en mi opinión- el agravio planteado por la defensa respecto a que el llamado a indagatoria, de fecha 28 de mayo de 2010 (fs. 84 de la causa principal) no resulta un acto interruptivo de la prescripción, tampoco debería tener acogida favorable.

Tal como fue explicado por la representante de la Fiscalía en la ocasión que luce a fs. 18/21 de este incidente, la falta de fijación de una fecha específica para realizar la audiencia -al momento de hacer expreso el llamado a indagatoria y la existencia de mérito suficiente a dichos fines- se debe a una cuestión de organización operativa, propia de una Unidad Fiscal que delega la concreción del acto en Ayudantías Fiscales Descentralizadas (alejadas a considerables distancias de este medio), y a la necesidad de coordinar con la Defensa Oficial la fecha en que el acto efectivamente se llevará a cabo.

Entiendo que "ese" acto es el que expresa la voluntad persecutoria del órgano de acusación, y no la posterior fijación de la fecha de celebración de la audiencia acordada con la defensa, debiendo agregarse que -a su vez- no es

correcta la afirmación sostenida por el Dr. Favrat de que el mismo no se hubiera exteriorizado.

Si se observa la resolución del Sr. Agente Fiscal que obra a fs. 84 de la I.P.P. principal, y el decreto por el cual la Sra. Ayudante Fiscal fijó el día en que se celebraría la audiencia, puede notarse que el primero -de fecha 28 de mayo de 2010- fue notificado a la defensa oficial el día 14 de junio de 2010 -mismo día en que se fijara la fecha de la audiencia-, regresando la causa a la fiscalía el día 16 de junio, y siendo recibida en la sede de la Ayudantía Fiscal en Carmen de Patagones el día 17 de junio.

Estos trámites son coherentes con la explicación operativa brindada por el Ministerio Público Fiscal, y permiten entender -en mi opinión- que la fijación del día y hora de la audiencia se realizó en la ciudad de Carmen de Patagones, sin contarse en ese momento con el expediente, y previa coordinación con la defensa oficial, que por entonces intervenía.

Por todo lo hasta aquí expuesto, a este primer interrogante respondo por la negativa (arts. 62, 53 y ccdts. del C.P., 336, 323, 434, 445 y ccdts. del C.P.P.).

A LA MISMA CUESTION EL DR. GIAMBELLUCA DIJO: Adhiero al voto emitido por el colega que me precede por los mismos fundamentos.

A LA PRIMERA CUESTION EL DR. SOUMOULOU DIJO: Sufrago en el mismo sentido que lo hace el Sr. Juez que abre el acuerdo por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTION EL DR. BARBIERI DIJO: En segundo término se agravia el recurrente por entender que debió otorgarse a su asistido el beneficio de la suspensión de juicio a prueba, aún existiendo oposición del Sr. Agente Fiscal, en tanto considera equivocada la decisión de la Sra. Jueza en lo Correccional que entendió que el imputado revestía la calidad de funcionario público al momento del hecho.

Se destaca en el recurso, en refuerzo de su posición, que el imputado era una persona contratada temporalmente por el Municipio, sin funciones de jerarquía, sin personal bajo sus órdenes, de quien no se había acreditado el cumplimiento de funciones específicas, como tampoco existió acto administrativo en su designación.

Sostiene que el sujeto activo, en el delito de estafa contra la administración pública, no puede ser cualquier agente, sino aquél que tenga la custodia, administración o percepción de los bienes que le han sido confiados y que dicha situación no es compatible con las funciones prestadas por su asistido.

Tampoco acompañaré aquí a la Defensa Particular. Es que su tesis intenta desvincular al procesado del rol de funcionario público por considerar que no existió una relación laboral permanente, formal, e institucional con la administración pública, intentando distinguirlo de quienes ocupan cargos de planta permanente y participan de la organización jerárquica del órgano estatal. Sin embargo, entiendo que la calidad de funcionario público no debe evaluarse exclusivamente por dichas pautas, siendo relevante para tal determinación centrar la atención en el ejercicio efectivo y concreto de la función pública.

El art. 77 del Código Penal incorpora legislativamente cuál es la definición de funcionario público que debe utilizarse para la comprensión de las normas de ese Digesto. Establece que *"...Por los términos 'funcionario público' y 'empleado público', usados en este código, se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente..."*.

Asimismo, es útil destacar -y en similar sentido interpretativo- que el art. 1 de la Convención Interamericana Contra la Corrupción (aprobada por ley nacional 24.759), establece que a los fines de la Convención, se entiende por función pública", *"...toda actividad temporal o permanente, remunerada u*

honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos..." y por funcionario público "...cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos...".

Y el ejercicio de esa "función" es justamente lo que fundamenta la causal obstativa prevista en el art. 76 bis del Código Penal al prescribir "*...No procederá la suspensión del juicio cuando un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, hubiese participado en el delito...*", debiendo entonces darse la doble situación para que opere la causal impeditiva: el procesado debe revestir la calidad de funcionario (es decir cumplir funciones públicas) y debe existir una vinculación entre el ejercicio de su función -sus atribuciones y competencias- y el delito que se le imputa.

En el caso de autos la defensa -más allá de su particular visión- no ha cuestionado que el imputado tuviera una vinculación con la Municipalidad para quien cumplía efectivamente funciones, directamente relacionadas con la esfera pública, en tanto ha reconocido -en su libelo- que L. había sido contratado por ese ente, por lo que resulta contrario a la lógica sostenerse que no fuera seleccionado para cumplir actividades o funciones al servicio del Estado.

Téngase en cuenta que el cargo que ocupaba el imputado se denominaba "coordinador de ingresos públicos", y que su función -directamente vinculada con el ilícito que se le imputa- era "justamente" el control y organización de los pagos de deudas de los contribuyentes por servicios y obras públicas prestadas por el Estado (en este caso la función estaba relacionada con el control del cumplimiento por los contribuyentes frentistas de las deudas por obras públicas de pavimentación, realizadas entre fines de 2006 y principios de 2007).

Asimismo, tal como surge de la denuncia de fs. 1 y de los

informes de fs. 29 y de fs. 30/31 de la causa principal, el imputado tenía asignada una clave específica para ingresar al sistema informático de la Municipalidad y realizar modificaciones o cancelaciones de las deudas, en caso de estar acreditados los pagos correspondientes.

El delito que se le atribuye, concretamente, se vincula con la cancelación del registro de una deuda del sistema informático que no se correspondería con las constancias de ingreso de pago por cancelación de deuda de la tesorería municipal.

En virtud de lo expuesto, entiendo que se encuentra acreditada la vinculación funcional del imputado con la municipalidad y, en especial, el hecho de que él cumplía específicas actividades en nombre y al servicio del estado, lo que pone en evidencia la calidad de funcionario público que revestía y la relación del ilícito imputado con el ejercicio de sus funciones.

Respecto a este entendimiento funcional del concepto de funcionario público, jurisprudencialmente se ha sostenido "*...La calidad de funcionario público debe buscarse no tanto en el carácter o instrumento que liga al empleado de una dependencia de la Administración Pública centralizada o descentralizada -la acusada por el art. 253 del Cód. Penal se amparó en ser contratada en el marco de un programa del gobierno-, sino en la característica de la función que desempeña para aquellas, tal como lo establece el art. 77 del Cód. Penal, en él se destaca, por ejemplo, cumplir un fin público o representar en mayor o menor medida la voluntad estatal en el desarrollo de su labor.*" (C.N.Fed. Crim. y Corr., Sala I, 17/10/03, "Tezón Cuartango, Ana I.", L.L. online).

Por todo lo referido a este interrogante también respondo por la negativa (art. 76 bis y sgts. y 77 del C.P.; 404 a "contrario sensu", 421, 442, 445 y ccmts. del C.P.P.).

A LA MISMA CUESTION EL DR. GIAMBELLUCA DIJO: Adhiero al voto emitido por el

colega que me precede por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTION EL DR. SOUMOULOU DIJO: Sufrago en el mismo sentido que lo hace el Sr. Juez que abre el acuerdo por los mismos fundamentos.

A LA TERCERA CUESTION EL DR. BARBIERI DIJO: Atento el resultado obtenido de la votación que antecede corresponde rechazar el recurso de apelación interpuesto por la defensa y confirmar en todas sus partes el auto de fs. 22/26 de esta incidencia.

Así lo voto.

A LA MISMA CUESTION EL DR. GIAMBELLUCA DIJO: Adhiero al voto emitido por el colega que me precede por los mismos fundamentos.

A LA TERCERA CUESTION EL DR. SOUMOULOU DIJO: Sufrago en el mismo sentido que lo hace el Sr. Juez que abre el acuerdo por los mismos fundamentos.

Por lo que terminó el Acuerdo que firman los Sres.

Jueces nombrados.

RESOLUCION

Bahía Blanca, mayo 23 de 2012.

Y Vistos; Considerando: Que en el acuerdo que antecede, ha quedado resuelto:

Que no se encuentra extinguida la acción penal por prescripción.

Por esto y los fundamentos del acuerdo que precede: SE RECHAZA el recurso de apelación interpuesto por la defensa particular de M. L., doctor Francisco Javier Favrat, CONFIRMANDOSE en todas sus partes el auto de fs. 22/26 de esta incidencia.

***Notifíquese. Firme devuélvase,
juntamente con los autos principales, a la instancia de origen.***