Poder Judicial

LIBRO DE AUTOS y SENTENCIAS Nº 35 -
Of. de Gestión Judicial de Distrito Judicial Nº 4
RESOLUCIÓN Nº: 313
FOLIO Nº: 339

Reconquista, 14 de junio de 2022.-

VISTA:

La causa de la Oficina de Gestión Judicial de Reconquista identificado como **CUIJ: 21-06427132-3 caratulada como: "FUMO, Roberto Carlos y/o s/ defraudación a la administración pública, etc."** de trámite por ante este Tribunal Penal, Distrito Judicial 4 (Reconquista, Santa Fe), seguida contra **Roberto Carlos Fumo, titular de DNI 24.194.945 y Pablo Ventura Zancada, y titular de DNI 8.106.219,** asistidos por el Dr. Jorge D. Salum y el Dr. Raúl Alberto Elías respectivamente, en carácter de defensores técnicos de los imputados; y con intervención del Dr. Aldo Héctor Gerosa como Fiscal en representación del Ministerio Público de la Acusación y del Dr. Andrés Santos Indalecio Ghio en cabeza de la querella constituída en la presente causa, y;

RESULTA: que se convocó oportunamente a audiencia a los fines de determinar -ya emitida la resolución a la que refiere el art. 303 del código ritual-, las probanzas de las que habrían de valerse las partes procesales en un eventual debate.

Ello, obedeciendo a que inicialmente la acusación refería a diferentes delitos de los cuales la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Penal sobreseyó a los precitados encartados, quedando susbsistentes solamente los delitos de uso de instrumento privado falso y abuso de autoridad. Merituando tal circunstancia, adecuar las probanzas de parte y ceñirlas estrictamente a los delitos a juzgar, así como, de corresponder, peticionar el monto de pena a aplicar dadas las modificaciones de CUIJ.-

Que en el decurso, las defensas efectúan una presentación conjunta excepcionando por prescripción y/o eventualmente la aplicación de la creación jurisprudencial de insubsistencia de la acción penal, ello en el entendimiento que habría operado al momento de la interposición la cancelación de la potestad punitiva del Estado por el mero paso del tiempo y en su caso por la duración irrazonable del proceso.-

Que efectuada la audiencia de tratamiento, las peticionantes reiteran lo vertido oportunamente en su escrito conjunto, remitiendo al mismo brevitatis causae.-

Que a tales argumentos, se oponen tanto la acusadora pública como la acusadora privada, fundando

mayormente su posición, en sostener que los encartados revisten la calidad de funcionarios públicos, razón por la cual no procede el instituto de la prescripción y debe continuarse con el decurso natural de la CUIJ a los fines de arribar al debate, y ventilar en ese estadío las posiciones partiales.-

Finalmente, en uso de la palabra los encartados refieren en el caso de Fumo que actualmente se desempeña en la delegación fiscal del Ministerio de Salud de Santa Fe y funciones que allí desempeña; y en el caso de Zancada no agrega nada mas al debate. En relación a ello, minutos antes habría referido la defensa que la actividad laboral de Fumo es en carácter de empleado y no de funcionario público y que en el caso de Zancada, el mismo fue funcionario hasta el año 2016, época en la que renunció. Como corolario indica la defensa que existe un error conceptual en cuanto al carácter de empleado público y que tal carácter no comprende a los asistidos.-

Y CONSIDERANDO:

Pues bien, reseñada la causa del modo que antecede y en cuanto es aquí de interés; adelántese que, por lo fundamentos que seguidamente se expondrán,

corresponderá ordenarse no la insubsistencia de la acción penal, sino declarar la prescripción de la misma; circunstancia que aún de oficio corresponde realizar.-

Que el Código de fondo contempla la suspensión del plazo de extinción de la acción penal por prescripción para delitos cometidos en ejercicio de la función pública mientras cualquiera de los que hubiese participado continúan desempeñando un cargo público. Ello obedece o su razón de ser radica en que 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, favoreciéndose de ese modo la impunidad. Así, se ha establecido que se suspende la prescripción de la acción penal en los delitos cometidos en el ejercicio de la función pública mientras cualquiera de los partícipes mantenga el cargo público.-

Por "funcionario público" debe atenderse a las definiciones legales. De conformidad a una interpretación auténtica, para la ley es "funcionario público" todo aquel que "participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas,

sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente" -art. 77, 4° párrafo del Código Penal-.

La pertenencia gubernamental, sea en el Estado o en las entidades estatales (total o parcialmente gubernamentales como sucede con los organismos mixtos), descentralizadas o desconcentradas, en cualquier jerarquía, y no sólo el desempeño de actividad o servicio a favor del Estado, integra el concepto de funcionario público cuando se trata del resguardo de la transparencia.

A fin de desentrañar cuál es el sentido en el cual se emplea la locución "cargo público" a que hace referencia el art. 67 del Código Penal es necesario remitirnos a la ley 25.188 de Ética en la Función Pública, que en su art. 1° define a la función pública como "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".-

La causal suspensiva tiene su fundamento en el obstáculo que al descubrimiento del hecho delictivo, o a su investigación eficaz, puede significar la investidura oficial del agente, puesto

que el ejercicio de la función pública puede actuar como inhibidor de la persecución judicial en un determinado delito y paralelamente está inspirada en cierto efecto moralizador en virtud del particular estatus jurídico del sujeto activo de la conducta respecto de la función pública.-

Se trata, pues, de una solución práctica ante la dificultad de obtener pruebas de la existencia y autoría del hecho punible, debido a la posición privilegiada del sujeto activo, para quienes es relativamente fácil ocultar la ejecución del delito y los elementos que podrían conducir a imputarle la comisión del mismo. Sin embargo el criterio que regía aquella suspensión radicaba en evitar que le funcionario publico pudiera ejercer su influencia o recurrir a sus facultades funcionales para obstaculizar o impedir el ejercicio de la acción penal.-

Por ello gravita especialmente la continuación en el cargo publico de quien, en su desempeño, habría cometido el delito investigado, dada que el legislador estableció la presunción legal de influencia en la persecución judicial de un delito por parte de quien lo cometió en ejercicio de la función

Poder Judicial

pública mientras él o cualquiera de los partícipes mantenga el cargo público. Ello -se reitera- "...porque se considera que el ejercicio de la función pública puede actual como un inhibidor de la persecución judicial de un determinado delito, y que en definitiva éste termine prescribiendo, favoreciéndose de ese modo la impunidad".-

La influencia del funcionario publico tiene un sustento objetivo, esto es, que el esclarecimiento del delito pudiera frustrarse en razón de los obstáculos de hecho que genera para la investigación la presencia de un funcionario público. Esa es la razón de ser de la causal de suspensión y se funda en las características propias de los actos funcionales que puede desplegar el o los imputados; lo que se busca evitar es que el funcionario, por el solo hecho de ostentar el cargo, obstaculice el accionar de las investigaciones logrando impunidad, para él y para los partícipes del hecho.-

La paralización del curso de la prescripción obedece a una decisión normativa de carácter fáctica, que pretende prevenir un posible contexto objetivo de impunidad que pudiera afectar la investigación, aun sin ser reprochable al en sí mismo funcionario.

Ahora bien, es menester desentrañar el verdadero alcance de esta causal suspensiva. En este sentido la causal suspensiva , no comprende cualquier empleo estatal si no que es necesario graduar la posible influencia en el entorpecimiento de la acción investigativa judicial. Así, entonces podemos decir que la suspensión radica en evitar que el funcionario público pudiera ejercer su influencia o recurrir a sus facultades funcionales para obstaculizar o impedir el ejercicio de la acción penal de manera concreta y materialmente viable.-

En ese sentido se expidió numerosa doctrina, entre ellos Andrés José D'Alessio -recordando otras opiniones- quien señala que dicha suspensión se fundamenta en la posibilidad de que ese carga sea utilizada para influenciar u obstaculizar la investigación y que de ese modo el plazo de prescripción fenezca mientras se ejerce la función pública, lo que que existe una importante limitación a la aplicación de esa causal de suspensión. Por ende, "por cargo público" no debe entenderse cualquier empleo estatal, sino al funcionario cuya jerarquía o vecindad con ésta, que permita sospechar que puede emplear su autoridad o influencia con el fin de

Poder Judicial

perjudicar el ejercicio de la acción penal (ministro, secretario de Estado, subsecretario de Estado, juez, etc.) o de sus cómplices o personas de estricta confianza. (Conf. Zaffaroni Eugenio -Alagia Alejandro-Slokar Alejandro. Derecho Penal. Parte General .EDIAR Bs As 2da Ed 3ra Reimpresión . Año 2014 página 904).-

Es decir que no alcanza con 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, estatus funcional y competencia administrativa suficiente que permita sospechar que pueden emplear su autoridad o influencia con el fin de perjudicar el ejercicio de la acción penal. En otras palabras, la influencia que el funcionario público puede ejercer en el trámite de la investigación tiene que tener un sustento objetivo, y no puede apoyarse conjeturalmente en el mero cargo funcional que desempeñe.-

Antes de aplicar la causal suspensiva pues, es necesario observar si la jerarquía administrativa detentada desde su posición funcional puede entorpecer el esclarecimiento del delito o frustrar en razón de los obstáculos de hecho que genera para la investigación la presencia de un funcionario publico

imputado.-

Para que opere dicha la causal, se debe exigir la construcción de una valoración que sostenga la posibilidad concreta de ejercer algún tipo de maniobra tendiente a dificultar o entorpecer la investigación atribuible al funcionario en virtud de su desempeño funcional, simplemente la norma pretende prevenir un posible contexto objetivo de impunidad que pudiera afectar la investigación, aun sin ser reprochable a título personal al funcionario, pueda especularse desde el cargo o función que detenta. El espíritu de la norma autoriza a supeditar esta causal suspensiva a la existencia de una suerte de "efectiva posibilidad de obstaculización o impedimento de la acción penal", más allá de la mera referencia al cargo que ocupa.-

Por otra parte, como señala Hairabedián-Zurueta, el motivo suspensivo no puede tomarse fuera del contexto que lo inspira, puesto que ello podría llevar a soluciones inequitativas o crear una nueva categoría de delitos cuasi o practicamente imprescriptibles. Por ello esta hipótesis obedece a razones fácticas, es decir, los obstáculos de hecho que el funcionario puede oponer al progreso de la

investigación, ya que es difícil justificar la suspensión cuando el carácter del funcionario no ha tenido la mas mínima incidencia obstaculizadora del descubrimiento del hecho o su investigación eficaz, ya que de ser así se asemejaría mas a una sanción por el solo hecho de ser funcionario que a una tutela de la acción penal.-

Una interpretación demasiado literal y estricta de la causal de suspensión de la Art. 67, y su aplicación a todos los casos, llevaría a una solución injusta en la que se violaría flagrantemente la garantía constitucional de la igualdad ante la ley -art. 16, Constitución Nacional-, así como por los Pactos y Tratados incorporados con jerarquías constitucional en el Art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, aun cuando existe prestigiosa jurisprudencia que no admita esa inconstitucionalidad.-

Pero aún cuando es verdad que los plazos para la extinción de la acción se suspenden en todos lo casos en los que el delito se ha exteriorizado mediante la intervención de un funcionario público -mas allá del carácter que en su comisión éste revistió-, durará hasta tanto siga desempeñando esa

calidad y afectará, no solo su situación, sino la de todos aquellos que participaron en el ilícito, revistan o no los atributos del art. 77 del Código Penal. No obstante, aunar esos dos aspectos con aspiraciones de universalidad, sin atender a la concreta realidad que corresponde evaluar, conlleva el riesgo de olvidar los mismos términos de la norma que se dice aplicada y los contornos fácticos en los cuales tal actividad ha de tener lugar. Mas allá de referencias al tipo de delito cometido, al carácter de las personas que han acudido a su realización y a los efectos legales que esta combinación supone para el instituto de la prescripción, la disposición contenida en el art. 67 del Código Penal alude, también, a las particularidades de la conducta ilícita de que se trate. La norma remite a supuestos donde las diferentes personas implicadas, y alcanzadas por sus influjos, se vinculan entre sí para el desarrollo del obrar criminal, este es, a la necesidad de que entre ellas exista esa comunidad que se enrola, en la dogmática penal, bajo la categoría de la participación.-

Entonces, de lo que se trata en el caso no es solo de precisar que el afectado por el evento ha sido

Poder Judicial

el Estado, o que algunos de los imputados fue o es funcionario público, sino, ante todo, definir cual es el obrar motivo de reproche, qué es lo que constituye materia de análisis y, fundamentalmente, si y cómo se engarza ello en los hechos objeto de investigación. Pues si la conducta que en el particular se examina constituyó el vehículo para acceder en el ilícito de otro habrá, en efecto, participación y se habilitará en el caso el vigor de la norma en exámen. Mas si aquella no implico sino un proceder que sólo puede ser adjudicado a título personal, que carece de vinculación con el obrar de un tercero, no existe ese sentido de complicidad que haga pesar sobre uno el hecho del otro ni espacio para aplicar regulaciones como las del segundo párrafo del art. 67 del Código Penal que se asientan sobre esta misma premisa de responsabilidades compartidas.-

La idea de una responsabilidad por el hecho propio, sólo conmovida mediante ese colectivo que imponen las reglas de la participación, impide que la eventual y azarosa concurrencia de varias personas en un sumario se imponga en eficaz parámetro para la dilucidación de hechos y para la interpretación de normas como la citada (art. 19 de Constitución

Nacional).-

Con relación al caso que nos trae a análisis debe destacarse que no se trata de un delito cometido en ejercicio de la función que desempeñaba, por otra parte, no es trata de funcionarios públicos sino de agente de carrera, que ningún tipo de influencia pudo ejercer a los fines de evitar el avance de la causa, ya que como supra se dijo su cargo y funciones de ninguna manera pudieron afectar el normal desarrollo de la causa.-

Por último cabe destacar, que en el decurso de la presente causa surge sin duda alguna que no existieron impedimentos y/u obstaculizaciones de ninguna naturaleza ni circunstancias que permitan presumir el accionar o influencia de los encartados para impedir el avance o entorpecer el proceso, con lo que debe concluirse que a los encartados no les cabe aplicar la suspensión de la prescripción.-

La defensa técnica plantea de manera subsidiaria a la prescripción, la insubsistencia de la acción penal y refiere en relación al tiempo transcurrido desde el inicio de la causa, la finalidad de imposición de una pena y a la resocialización consecuente.-

Poder Judicial

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (P.I.D.C.P) dispone en el art. 14.3 inc. C que: "durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a ser juzgado sin dilaciones indebidas"; de igual manera, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), expresa en su art. 7.5 que: "toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella.-

En efecto, el factor "tiempo", ocupa un lugar central en toda causa, y resulta de extrema relevancia al momento de dictarse una resolución justa y acorde con el respeto al debido proceso, entendido este, en un sentido amplio, abarcando los derechos tanto del imputado como también de la víctima.-

Sin perjuicio de tratarse la "insubsistencia de la acción penal", una creación jurisprudencial, entiendo que -conforme refieren las defensas técnicas-; y luego de haberse efectuado un análisis global de la causa como ser su complejidad -la cual a mi criterio es mínina o no compleja- la actividad

procesal asumida por los interesados, el instituto de la prescripción, la actuación de los órganos judiciales, los diversos planteos y vicisitudes que ha vivenciado el proceso penal, la estigmatización, el paso del tiempo tiene como fin principal brindar racionalidad a los tiempos de duración de un proceso penal en desarrollo, en aquellos supuestos en los que el plazo que ha insumido el mismo, por "excesivo" afecta nítidamente los principios más fundamentales del derecho de defensa y el debido proceso, aun cuando la aplicación de este instituto también tiene como consecuencia principal la culminación del proceso penal, lo cierto es que la violación a la garantía de duración razonable del proceso y, en su caso, la insubsistencia de la acción penal tiene claras diferencias, tanto en sus fundamentos como en sus fines, con la prescripción de la acción penal. Y es justamente en aquellos casos en los que aún no ha transcurrido el plazo de prescripción de la acción penal en los que puede analizarse la declaración de insubsistencia de la misma, pues de lo contrario, si esta ya se ha extinguido por el transcurso del tiempo, debiera aplicarse aquel instituto y no este último. Razón por la cual no se aplicará tal Instituto instado

por los Sres. Defensores, toda vez que a todas luces y teniendo presente lo manifestado en relación a la calidad de los sujetos sometidos a proceso, la misma ha fenecido por prescripción.-

En tal sentido hago propias las palabras del Procurador General de la Nación en la causa "Barra" al afirmar: "La garantía a obtener un pronunciamiento judicial que defina de una vez y para siempre la situación ante la ley y la sociedad, se basa en que el estado con todos sus recursos y poder no tiene derecho a llevar a cabo esfuerzos repetidos para condenar a un individuo por un supuesto delito, sometiendo así a las molestias, gastos y sufrimientos, y obligándolo a vivir en un continuo estado de ansiedad e inseguridad, y a aumentar también la posibilidad de que, aun siendo inocente, sea hallado culpable (fallos 272:188)"

En virtud a lo expuesto y tal como lo adelantara, voy a pronunciarme a favor de la declaración de prescripción de la acción penal en favor de los Sres.: Roberto Carlos Fumo, titular de DNI 24.194.945 y Pablo Ventura Zancada, y titular de DNI 8.106.219 y a razón de las razones antes expuestas en cuanto al último acto interruptivo y calidad de los sujetos sometidos a derecho; circunstancias

oportunamente debatidas en audiencia oral y pública de conocimiento de las partes y a la cual remito brevitatis causae.-

RESUELVO:

1).- Declarar en autos la prescripción de la acción penal por el transcurso del paso del tiempo sin actos interruptivos dentro de los plazos legales establecidos al efecto. Ello en favor de los Sres.: **Roberto Carlos Fumo, titular de DNI 24.194.945 y Pablo Ventura Zancada, titular de DNI 8.106.219,** respectivamente, y mayores datos personales obrantes a CUIJ.-

Agréguese el original, protocolícese copia, hágase saber, líbrense los oficios y comunicaciones de rigor.

