

CFP 4863/2003/TO2/3/1/RH7.-



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

Suprema Corte:

–I–

La Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal rechazó el recurso que el representante del Ministerio Público Fiscal dirigió contra la resolución del Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 5, de esta ciudad, que declaró extinguida la acción penal por prescripción y sobreseyó a Daniel Omar C en este proceso penal en el que se le atribuye la comisión del delito de defraudación contra una administración pública (cf. sentencia de casación del 28 de abril de 2021).

Contra ese pronunciamiento la fiscalía interpuso recurso extraordinario federal, en el que atribuye arbitrariedad a la decisión y una errónea interpretación del derecho federal en juego, así como del precedente de la Corte registrado en Fallos: 337:37. La sala, a su turno, lo declaró inadmisibles (cf. resolución del 9 de septiembre de 2021) y eso motivó esta presentación directa.

–II–

A C se le imputa en este proceso haber intervenido, por acción y omisión, en su calidad de miembro de la comisión fiscalizadora de la empresa Y C R T S.A., en un conjunto de maniobras mediante las cuales se desviaron subsidios y se incumplieron obligaciones contraídas en relación con la custodia, mantenimiento y conservación de los bienes del yacimiento, en beneficio de quien era presidente de la empresa, Sergio T

durante los años 1994 y 2002 –según el relato del fiscal recurrente y el vocal que lideró el acuerdo de la cámara– o 1995 y 2003 –de acuerdo con lo afirmado por la magistrada que se expidió en segundo lugar– (cf. copias digitalizadas del

escrito de interposición de la apelación extraordinaria, pág. 3, y de la sentencia recurrida, págs. 13 y 25).

La cámara confirmó el sobreseimiento por prescripción de la acción penal, dictado por el tribunal de juicio. En sustento de su decisión, en primer lugar, la sala rechazó la aplicación al caso –postulada por el Ministerio Público– de la ley 25.188, que entró en vigencia en noviembre de 1999, y que dispuso la suspensión de la prescripción para todos “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”, tal como reza el texto del artículo 67, segundo párrafo, del Código Penal, aún vigente, que introdujo aquella reforma legislativa. Vale destacar aquí que C continuó en el ejercicio de la función pública, como titular de la Secretaría de Energía de la Nación, hasta junio de 2014.

En lo que atañe a esta cuestión, los magistrados coincidieron con el tribunal de juicio en que “la presunta defraudación por administración infiel estaría constituida por una unidad de acción compuesta por numerosas maniobras separadas temporalmente, ocurridas en el lapso señalado, encontrándonos de tal modo ante un delito continuado [...], toda vez que las distintas acciones de infidelidad o abuso habrían sido realizadas bajo un mismo mandato por lo cual constituyen un hecho único y global de administración fraudulenta (cfr. CSJN in re ‘Pompas’, Fallos: 325:3255)”. Y concordaron también en que, dado que desde el inicio de la conducta atribuida hasta su finalización coexistieron dos normas que regularon la suspensión e interrupción de la prescripción de la acción penal, la cuestión primeramente a resolver consistía en establecer cuál de esas leyes debía ser aplicada al caso. Con cita de precedentes de la sala, y de lo resuelto por V.E. *in*

CFP 4863/2003/TO2/3/1/RH7.-



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

re “Granillo Ocampo” (Fallos: 337:37), concluyeron entonces que había sido correcta la decisión del tribunal de juicio de “aplicar ultraactivamente el art. 67 del C.P. según la ley 23.077 por ser más benigna en lo que concierne a las causales suspensivas del plazo de prescripción”, en tanto “entre los delitos taxativamente contemplados por aquella disposición, no se encontraba el de administración fraudulenta, ni tampoco se extendía a todos los consortes de causa la suspensión de la prescripción”.

En segundo término, la sala negó –también en contra de lo pretendido subsidiariamente por la fiscalía– que ciertos actos procesales que tuvieron lugar antes de la citación a prestar declaración indagatoria, ordenada recién el 4 de julio de 2012, constituyeran “secuela del juicio”, por considerar acertada la interpretación restrictiva de esa noción, que el tribunal de juicio creyó poder derivar de la caracterización de la ley 25.990 que V.E. efectuó en el fallo “Demaría” (Fallos: 337:354).

–III–

En su recurso extraordinario, la fiscalía objetó ambos argumentos. En relación con el primero, aclaró que no existía controversia en cuanto a que en el caso “la defraudación por administración infiel está constituida por una unidad de acción compuesta por numerosas maniobras separadas temporalmente, ocurridas en el lapso señalado, encontrándonos de tal modo ante un delito continuado [...], toda vez que las distintas acciones de infidelidad o abuso habrían sido realizadas bajo un mismo mandato por lo cual constituyen un hecho único y global de administración fraudulenta (cfr. CSJN in re ‘Pompas’, Fallos: 325:3255)”. Así, explicó que la controversia versaba “únicamente respecto a la ley aplicable,

puesto que el ilícito que aquí se reprocha fue cometido en un tiempo durante el cual se sucedieron dos leyes en materia de prescripción de la acción penal”, y precisó que “la cuestión a resolver gira en torno a la problemática de la sucesión de leyes en el tiempo frente al caso de delitos permanentes o continuados”.

Con cita de Fallos: 337:37, afirmó que el tema en debate suscitaba una cuestión federal, en tanto su materia se vincula con la interpretación de los principios de legalidad en lo relativo a la validez temporal de la ley penal (artículo 18 de la Constitución Nacional) y de aplicación de la ley penal más benigna (artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)

Con apoyo en doctrina penal nacional y extranjera, y el precedente “Jofré” (Fallos: 327:3279) de V.E., argumentó que en los supuestos de delitos permanentes o continuados era correcto aplicar la ley vigente al momento del cese de la actividad delictiva, puesto que no se dan en tales casos los presupuestos que rigen la aplicación del principio de retroactividad de ley más benigna. Sostuvo, por ello, que en el *sub lite* la redacción del artículo 67 del Código Penal que correspondía aplicar es la vigente al momento del último acto para todo el hecho investigado, esto es, junio de 2002, es decir, la redacción según ley 25.188. A ello añadió las razones por las que consideraba que la doctrina sentada por V.E. en la causa “Granillo Ocampo” no era aplicable al caso.

Por otra parte, el recurrente se agravió también en lo que respecta al segundo de los argumentos de la sala con base en la doctrina de V.E. sobre arbitrariedad de sentencias, en razón de que la cámara omitió pronunciarse concretamente sobre los efectos jurídicos de cada uno de los actos a los que el Ministerio Público atribuyó capacidad para interrumpir la prescripción, sino que dio, en

CFP 4863/2003/TO2/3/1/RH7.-



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

cambio, una respuesta genérica y que contradice la interpretación más amplia que corresponde dar al concepto de “secuela del juicio” a partir de la caracterización que hizo V.E. de la ley 25.990 como ley más benigna en la causa “Demaría” (Fallos: 337:354).

–IV–

El apelante ha cuestionado la inteligencia que el *a quo* ha dado a normas de carácter federal, como lo son las que consagran los principios de legalidad (en lo relativo a la validez temporal de la ley penal –artículo 18 de la Constitución Nacional–) y de aplicación de la ley penal más benigna (artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), con arreglo a la cual ha puesto fin al proceso en contra de la pretensión de la parte acusadora. Ello constituye una cuestión federal en los términos del artículo 14, inciso 3°, de la ley 48 (Fallos: 337:37). A ello debe sumarse la tacha de arbitrariedad que el impugnante ha dirigido contra el alcance que el *a quo* brindó al precedente de V.E. que invocó como fundamento de su decisión, y, supletoriamente, contra la negativa a pronunciarse y conferir efecto interruptor de la prescripción a los actos procesales que el Ministerio Fiscal señaló como “secuela del juicio”.

La impugnación del Ministerio Público, en mi entender, ha sido por ello erróneamente denegada, por lo que corresponde hacer lugar a la queja.

–V–

En cuanto al fondo de los temas federales traídos a debate, pienso también que el recurrente lleva la razón.

Antes, sin embargo, estimo conveniente aclarar que no pierdo de vista que firme y consentida, como ha quedado, la caracterización de la base fáctica del caso como un hecho único y global de administración o delito continuado, la cuestión sobre el exacto alcance de la doctrina del precedente de Fallos: 325:3255 (“Pompas”), en especial, en atención a las precisiones formuladas luego *in re* L 1600, XLI, “Luzzi, Roberto Julio s/defraudación –causa n° 116.169/00–”, sentencia del 8 de mayo de 2007, reiteradas recientemente en Fallos: 345:440, ha quedado fuera del objeto de esta vía recursiva.

Pero, dado que unidad de acción y delito continuado no son sinónimos, sino que se refieren a dos situaciones distintas, sí es preciso señalar que ha de entenderse que en la sentencia se ha querido aludir a la primera de esas nociones, que es a la que se refiere el precedente de Fallos: 325:3255 citado en apoyo. Esta aclaración es relevante para la opinión que expresaré más adelante acerca de la inaplicabilidad al *sub lite* del criterio sentado en Fallos: 337:37 (“Granillo Ocampo”) a la luz del más específico de Fallos: 327:3279 (“Jofré”).

Dicho lo anterior, me referiré primeramente al agravio relativo a la validez temporal de la ley penal y los principios de retroactividad de la ley más benigna y legalidad. Y, a este respecto, en consonancia con el magistrado apelante, habré de insistir en el criterio histórico de esta Procuración en el sentido de que en casos como el de autos, por aplicación del principio *tempus regit actum*, la ley aplicable es la vigente al momento en que el delito cesó de cometerse, en el caso, la ley 25.188 (Fallos: 327:3274 y 3279; 330:2434, entre otros).

En efecto, sea que se considere que los diversos actos ejecutados configuren una unidad de acción (como en el *sub lite*) o un delito continuado o un delito permanente (como en los precedentes citados), no se trata de uno de los

CFP 4863/2003/TO2/3/1/RH7.-



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

supuestos del artículo 2 del Código Penal, que contempla únicamente la hipótesis de un cambio de leyes entre el tiempo de comisión del delito y de la condena o, eventualmente, el intermedio, ni tampoco, consiguientemente, en los artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que sólo han modificado la jerarquía normativa del principio, pero no su contenido (Fallos: 321:824, disidencia de los jueces Fayt, Boggiano y Bossert, esp. consid. 14°, y disidencia del juez Petracchi, también dictamen de Fallos: 330:5158).

En tanto la modificación legal tuvo lugar durante la comisión del delito, ambas leyes son ley vigente en el momento del hecho. No hay por ello en el caso una ley posterior más benigna cuya aplicación retroactiva pudiera entrar en debate; todo lo contrario, la ley 25.188 es precisamente más gravosa, de modo que falta desde el inicio el presupuesto para que pudiera entrar en consideración la posible aplicación del principio de retroactividad de la ley penal más benigna.

Pero, además, en lo que atañe a la validez temporal de la ley penal, desde la perspectiva del principio de legalidad, no es posible soslayar que el imputado, pudiendo finalizar la comisión del delito, decidió seguir cometiéndolo bajo la vigencia de la nueva ley penal, asumiendo así las consecuencias del nuevo régimen legal. No hay, por tanto, agravio en términos de sorpresa o falta de objetividad por la aplicación retroactiva de leyes dictadas luego de concluido el hecho (*ex post facto*), que es de lo que protege el principio de legalidad.

Esta interpretación, goza del apoyo de la profusa doctrina mencionada en los dictámenes referidos y en el escrito que contiene la apelación federal. Y, tal como fue señalado en el dictamen *in re* “Jofré” (Fallos: 327:3279), puede

apreciarse cómo el artículo 63 Código Penal prevé que si el delito fuese permanente, la prescripción comenzará a contarse a partir del día en que cesó de cometerse, lo cual está señalando la relevancia del momento en que concluye su ejecución.

En definitiva, la doctrina que subyace al pronunciamiento de la cámara reconoce una protección constitucional irrazonable al mantenimiento de la expectativa de quien se embarca en una actividad delictiva, que se extiende en el tiempo, en que la legislación penal bajo la cual inició los primeros actos no agrave las condiciones punitivas y de persecución penal para esa clase de actividad mientras se persista en ella, ejecutando ulteriores actos de la misma especie. Esta protección que ha ofrecido el *a quo* no es la de la prohibición de leyes penales *ex post facto* pues, como ha quedado dicho, la nueva legislación es aplicable a hechos cometidos bajo su vigencia.

En tales condiciones, no encuentro razón alguna para extender, a quien emprende una actividad criminal que se prolonga en el tiempo ese reaseguro a la perduración del marco regulatorio punitivo existente, y privar así de eficacia a la legislación del Congreso, cuando ésta puede perfectamente incidir en los comportamientos que ocurren después de su entrada en vigor, con independencia de las expectativas previas de quienes emprendieron o se comprometieron con una actividad delictiva de largo alcance.

–VI–

Por esta razón también considero inapropiada la analogía que el *a quo* estableció entre el *sub lite* y el precedente “Granillo Ocampo” (Fallos: 337:37). Al respecto, conviene recordar que el *a quo* entendió que ese fallo de V.E. daba sustento al reconocimiento de un derecho del acusado a la aplicación exclusiva de

CFP 4863/2003/TO2/3/1/RH7.-



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

la legislación penal más benigna entre las que hayan estado en vigor durante el tiempo por el que se extendió la comisión de su delito.

En mi opinión –sin perjuicio de la mejor lectura que V.E. pueda hacer de su propia jurisprudencia– esa no es la doctrina de la sentencia invocada. En efecto, en aquellas actuaciones estaba en discusión la responsabilidad penal por el delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público, del artículo 268.2 del Código Penal, de tres personas que habían intervenido para ocultar el enriquecimiento injustificado de un alto funcionario del Poder Ejecutivo Nacional entre el 1° de octubre de 1994 y el 1° de diciembre de 1999. Algunos de los actos llevados a cabo con ese fin tuvieron lugar después de que entrara en vigor el artículo 38 de la ley 25.188, el 1° de noviembre de 1999, que agravó la pena para toda “persona interpuesta para disimular el enriquecimiento”. En su pronunciamiento V.E. concluyó que la aplicación al caso de la escala penal más severa violaba la prohibición de leyes penales *ex post facto* que establece el artículo 18 de la Constitución Nacional.

La atribución del delito de enriquecimiento ilícito estaba basada en una secuencia de sucesos que había comenzado en octubre de 1994, cinco años antes de la sanción de la ley 25.188, y que concluyó apenas un mes después de que ésta entrara en vigor. Aunque en la sentencia no se lo especifica –pues, como aquí, era un tema que no había sido cuestionado– la figura de continuidad delictiva que permitió tratar como una única conducta las diversas acciones ocurridas durante esos cinco años fue la del delito continuado. A esta conclusión se arriba por exclusión pues es notorio que la disposición que contiene el tipo penal en cuestión no describe ni un delito permanente ni una actividad o gestión global.

Dicho esto, no está de más recordar que el delito continuado es una construcción por la cual una pluralidad de acciones independientes, que concurren realmente entre sí, son tratadas bajo la regla de punibilidad prevista para los casos de concurso ideal de delitos.

Pues bien, cuando entró en vigor la nueva ley, más gravosa, la mayoría de los actos individuales que dieron fundamento a la imputación ya habían ocurrido. En esas condiciones, la aplicación de la nueva escala penal habría implicado una violación al principio constitucional de irretroactividad de la ley penal, en tanto recaería también sobre esos numerosos actos independiente ocurridos antes de su sanción, y que habían sido unificados en la continuidad delictiva precisamente en beneficio del autor (cf. Fallos: 337:37, especialmente considerando 8°).

Los sucesos que conforman el objeto del presente proceso penal contrastan abiertamente con los de aquel caso. En primer lugar, como se explicó en el apartado anterior, se consideró que las distintas acciones de infidelidad, en tanto realizadas bajo un mismo mandato, constituían un hecho único y global de administración fraudulenta, una unidad de acción. Y, en segundo término, en el *sub lite* el acusado se mantuvo cometiendo actos y omisiones de ese carácter durante otros tres o cuatro años más luego de que entrara en vigencia la reforma de la ley, que endureció las condiciones de la persecución penal al declarar la suspensión de la prescripción de la acción para delitos como el que estaba cometiendo al momento de su sanción, mientras cualquiera de sus partícipes continuara desempeñando un cargo público.

Al no reparar en estas diferencias cruciales, lo resuelto por la cámara es, una vez más, una extrapolación de ciertas expresiones generales sin referir-

CFP 4863/2003/TO2/3/1/RH7.-



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

las al contexto y ciega a las particularidades de los sucesos llevados al conocimiento de los magistrados del caso. La decisión, en ese aspecto, no constituye la derivación razonada del derecho vigente con aplicación a los hechos comprobados de la causa a la que toda parte tiene derecho.

Sólo me queda señalar que lo que acabo de expresar importa una precisión de la argumentación contenida en el recurso fiscal. También el apelante, con base en el carácter instantáneo del delito de enriquecimiento ilícito, objetó que el criterio adoptado en “Granillo Ocampo” pudiera ser trasladado a casos como los que fueron resueltos en “Jofré” y en el *sub lite*, es decir, delitos permanentes y delitos en que se describe una actividad, compuesta por una sucesión de actos, que conforman una unidad de acción. Pero rechazó también, en razón de la escasa información sobre la plataforma fáctica del caso, limitada a la referencia al período investigado más no a la existencia de sucesivos actos antijurídicos, que pudiera sostenerse que el objeto del proceso en el que se pronunció V.E. fuese un delito continuado. El hecho de que aquí se haya concedido que ha de entenderse, no obstante, que sólo esa figura pudo haber permitido reunir en una conducta a una pluralidad de hechos ocurridos a lo largo de cinco años, no afecta, empero, lo central del argumento, a saber, la clara diferencia, tanto fáctica como jurídica, entre el supuesto resuelto en aquel caso y el de autos.

–VII–

Si bien lo argumentado hasta aquí bastaría para fundamentar el temperamento que postulo, estimo pertinente señalar que el dictado de la ley 25.188, cuya reforma al artículo 67 del Código Penal ha sido inaplicada, respondió a incorporar normas en resguardo de la ética en la función pública con arre-

glo a lo previsto en el artículo 36 de la Constitución Nacional y en la Convención Interamericana contra la Corrupción. Precisamente esos antecedentes concurren en abono de la vigencia de la acción penal que persigue esta parte y brindan respaldo a la descalificación de lo resuelto, tal como lo ha subrayado el propio magistrado recurrente.

–VIII–

Por todo lo expuesto, y los demás argumentos desarrollados por el fiscal general, mantengo la queja deducida.

Buenos Aires, 23 de junio de 2023.