

"F G , Carlos s/extradición".
FMZ 37370/2017/CS1

S u p r e m a C o r t e:

-I-

Contra la sentencia dictada por el Juzgado Federal nº 2 de San Juan (fs. 545/546), cuyos fundamentos obran a fojas 567/583, que resolvió hacer lugar parcialmente al pedido de extradición de Carlos F G , formulado por las autoridades del Reino de España para ser sometido a proceso por el delito continuado de malversación de caudales públicos, su defensa interpuso recurso ordinario de apelación (fs. 597/98), que fue concedido a fojas 599. A fojas 611/624 la asistencia letrada presentó el memorial del que V.E. corrió vista a esta Procuración General.

-II-

El recurrente se agravia por entender que la decisión contiene una serie de errores en la apreciación y calificación de los hechos que conlleva, no sólo a un vicio en el juicio de doble subsunción al encuadrárselos en la figura del tipo previsto en el artículo 261 del Código Penal y no en la de su artículo 174, inciso 5º, sino también a un error en la concesión del pedido pues, conforme la calificación postulada en los agravios, la acción penal por esos hechos estaría prescripta.

En este sentido afirma, con relación al hecho identificado como nº 26 en la pieza acusatoria que da origen al pedido de extradición, que hallándose el requerido al momento de los hechos desempeñando el cargo de Concejal de Deportes del Ayuntamiento de Marbella, la figura legal en la que correspondería subsumir la

conducta, según el ordenamiento penal argentino, es la de estafa en perjuicio de la administración pública (art. 174 inc. 5, del Código Penal) y no la de peculado (art. 261 ídem), pues los fondos cuya sustracción se le atribuye no estaban bajo su administración ni custodia, ni fueron percibidos en razón de su cargo; antes bien, los habría percibido sin causa de utilidad pública.

Igual conclusión mantiene respecto del hecho señalado como n° 36, pues entiende que, si bien el requerido participó de la venta del “C A de M ” a la empresa “E 2 S.L.” como presidente de aquél y, en su carácter de miembro de una comisión gestora que nunca se habría constituido percibió, junto con otros concejales, dinero en concepto de servicios profesionales producto del cobro de las facturas presentadas, dicho dinero tampoco puede ser incluido en el concepto de fondos públicos, descartando nuevamente la figura del artículo 261 del Código Penal para sí constituir la del artículo 174, inciso 5°.

-III-

Ante todo, advierto que el recurso ordinario interpuesto, más allá de su texto formal, no cumple con la exigencia establecida por el artículo 265 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, cuerpo legal que V.E. ha declarado de aplicación a la especie (Fallos: 328:3284 y 339:906), ya que el agravio que se intenta hacer valer constituye una mera reiteración de lo ya ventilado a lo largo del proceso y particularmente en el debate, y que fue considerado por el *a quo* de forma ajustada al Tratado de Extradición y Asistencia Judicial en Materia Penal con el Reino de España (ley

"F G , Carlos s/extradición".
FMZ 37370/2017/CS1

23.708) y de forma supletoria, a la Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal 24.767, limitándose la parte a insistir en su planteamiento, lo que determinaría, sin más, su rechazo (conf. sentencias del 27 de mayo de 2009 *in re* P.529 L. XLIII, "Paravinja, Miroslav s/extradición por parte del Reino de Bélgica" y K. 43, L. XLIV, "Korembli, Rugo Alberto"; M. 52, L. XLV, *in re* "Morano, José Antonio s/extradición", resuelta el 14 de diciembre de 2010; Fallos: 329:3542; 333:927 y 1179; y CSJ 51/2013 (49-I)/CS1 *in re* "Interpol s/pedido de extradición Musi, Emiliano Nahuel", sentencia del 4 de febrero de 2016).

Sin perjuicio de ello, en salvaguarda de una interpretación amplia que favorezca el derecho de defensa en juicio y para el supuesto en que V.E. lo estime pertinente, me pronunciaré al respecto.

-IV-

El análisis de la materia sometida a decisión del Tribunal consiste en determinar si la calificación punitiva formulada por el Estado requirente al realizar el pedido de extradición tiene correspondencia en las previsiones penales argentinas y si los hechos, tal como están descriptos, son susceptibles de subsunción en nuestro ordenamiento jurídico, es decir, aquello que se ha dado en llamar la exigencia de "doble subsunción" o "doble incriminación".

Este examen debe realizarse teniendo en cuenta que, como sostiene V.E., su configuración no exige identidad normativa entre los tipos penales en que las partes contratantes subsumieron los hechos que motivan el requerimiento de extradición, pues lo relevante

es que las normas del país requirente y requerido prevean y castiguen en sustancia la misma infracción penal (Fallos: 323:3055; 326:3696; 330:3673 y 331:505, entre muchos otros).

De conformidad con inveterada doctrina de la Corte, los tribunales del país requerido no pueden modificar la calificación efectuada por los del país requirente (Fallos: 315:575 y sus citas). No obstante, a fin de determinar si el hecho es subsumible en algún tipo penal conminado con una pena, debe confrontarse su descripción con el ordenamiento penal argentino (Fallos: 326:991), sin que para esta constatación el juez de la extradición esté afectado por el *nomen iuris* del delito (Fallos: 284:459, considerando 5º, y 326:4415).

Ello se debe a que la tarea de subsunción en la legislación nacional presenta ciertas características peculiares, específicas de la naturaleza del proceso de extradición. En efecto, la doble subsunción no se realiza en un mismo plano, pues mientras el examen de la adecuación a un tipo legal del país requirente se efectúa sobre la base de un hecho hipotético que ese país pretende probar, el examen de su adecuación a un tipo legal del país requerido se efectúa sobre la base de que ese hecho, hipotéticamente, cayese bajo su ley. Es decir, "mientras que para el país requirente la existencia del hecho es hipotética, para el país requerido lo hipotético es que el hecho caiga bajo su jurisdicción" (Fallos: 329:1245, considerando 55, y sus citas en pág. 1256 del dictamen de esta Procuración General, al que V.E. hizo remisión parcial).

Sentado lo anterior, ha de concluirse que lo que corresponde verificar por parte de la jurisdicción requerida es

"F G , Carlos s/extradición".
FMZ 37370/2017/CS1

solamente si los hechos, tal cual están relatados, son tipificables en alguna o algunas de las figuras de nuestro ordenamiento penal.

-V-

Del pedido formal de extradición surge que Carlos F G , junto a otras personas, desde el momento en que el Grupo Independiente Liberal ("G.I.L.") accedió al poder municipal en el Ayuntamiento de Marbella, en el año 1991 y hasta el año 1999, habrían cometido, entre otros delitos, el de malversación de caudales públicos, en forma continuada, al haber efectuado pagos a concejales por servicios inexistentes o ficticios y a su vez haber constituido un entramado societario para manejar fondos públicos sin cumplir con las normas administrativas y en interés propio (fs. 124/131, 133/163 y 164/251).

De este modo, gracias al control que les permitieron las sucesivas mayorías absolutas, se imputa al requerido, junto con otros acusados que componían el equipo de gobierno del Ayuntamiento que: "... gestionaron los recursos municipales al margen de las normas legales con la finalidad de sustraer a cualquier control público los fondos municipales que administraban en beneficio propio y en detrimento del Consistorio..."; "... hicieron que el Ayuntamiento asumiera y pagara deudas de las sociedades municipales por relaciones contractuales que no existían o en las que no existía interés público alguno..."; "desviaron ... pagos realizados por el Ayuntamiento a Concejales por servicios inexistentes o ficticios ..."; todo ello con el acuerdo de los acusados, que pertenecían bien al equipo de gobierno municipal o bien a los órganos de administración y/o representación

de las sociedades municipales, para no aplicar a fines públicos las distintas cantidades que eran, en definitiva, procedentes del ayuntamiento ...” (fs. 168/180).

En particular, se imputa a F G , por un lado, haber recibido siendo Concejal de Deportes y sin causa de utilidad pública, pagos del ayuntamiento por la cantidad total de 20.627.000 de pesetas por servicios inexistentes o ficticios, destinados “a justificar gastos escuelas deportivas”, a “subvenciones a entidades deportivas temporada 96/97” y en concepto “de subvención a la ‘U D S P ’”, sin haber justificado el empleo de esos fondos (hecho nº 26, fs. 179/vta.). Por el otro, se reclama su extradición por haber recibido siendo concejal, fondos de igual procedencia a través de la sociedad “E 2 S.L.”, propietaria hasta junio de 1994 del 98.9% de las acciones del “C A de M S.A.D.”, del que fue presidente, por un total de 22.014.192 de pesetas, con los que se enriqueció personalmente pues presentó facturas por servicios profesionales que justificó alegando ser miembro de la no conformada Comisión Gestora de esa sociedad y que no fueron prestados (hecho nº 36, fs. 184/185).

Esos hechos, en lo que aquí interesa, fueron encuadrados por el tribunal del país requirente en el delito continuado de malversación de caudales públicos, previsto por el artículo 432, inciso 2º, del Código Penal español en relación con el artículo 74 del mismo cuerpo legal (fs. 126/129; 149 vta.).

El magistrado de la extradición, al igual que lo hiciera el fiscal al momento de expresarse en el debate (fs. 541),

"F G , Carlos s/extradición".
FMZ 37370/2017/CS1

entendió que aquéllos actos eran constitutivos del delito de peculado, en los términos del artículo 261 del Código Penal, que prevé un máximo de pena de diez años, lo que implica que, en virtud de lo normado por el artículo 62, inciso 2°, de ese cuerpo normativo, no habría operado la extinción de la acción. A tal fin, consideró como último acto que interrumpió la prescripción el requerimiento de elevación a juicio, del 25 de febrero de 2009 (fs. 588 vta. de la sentencia apelada).

-VI-

Este Ministerio Público, con las salvedades que se formularán en el apartado siguiente, coincide en que la acción penal no se ha extinguido por prescripción.

En primer término, me referiré aquí al agravio de la defensa en cuanto a que los hechos definidos en la solicitud de extradición no encuadran en la previsión normativa del artículo 261 del Código Penal, desde que los fondos cuya sustracción se atribuye al requerido no estaban bajo su administración o custodia, ni fueron percibidos en razón de su cargo, correspondiendo encuadrarlos en el tipo penal previsto en el artículo 174, inciso 5°, del mismo cuerpo legal (fs. 611/624). A mi entender, las razones esgrimidas a tal fin tienen sustento en un punto de partida erróneo que, aplicado al trámite de extradición, afecta la estructura del agravio.

Ello así pues, al momento de resolver en "Larrain Cruz" (Fallos: 315:575, ya citado), la Corte examinó cómo opera el principio de doble incriminación en supuestos en que los tipos penales se integran con elementos normativos. Allí sostuvo que "... mientras

que por lo general el país requerido no tiene impedimento alguno para confrontar los hechos imputados con su propia ley penal, la dificultad aparece cuando se trata de calificar un aspecto del hecho con arreglo a un elemento normativo del tipo. El elemento normativo del tipo introduce una valoración o calificación jurídica respecto de elementos descriptivos que no la tenían, y se vincula íntimamente con el resto del ordenamiento jurídico al cual pertenece. En este sentido, en muchos casos es imposible formular estrictamente la subsunción de un hecho bajo la ley del país requerido, como si este hecho cayese bajo su jurisdicción, porque en verdad ese hecho no ha recaído, ni recaerá bajo su jurisdicción. Cuando se trata de elementos valorativos la subsunción en concreto es imposible, sólo es posible la comparación en abstracto de los elementos normativos (valorativos) que contienen las leyes penales del país requirente y del requerido. Si existe una correspondencia abstracta habrá que tener por cumplida la doble incriminación" (considerando 5º, último párrafo).

Asimismo, señaló que "los elementos normativos pueden concretarse sólo en el orden jurídico al cual pertenecen y sólo de manera abstracta pueden compararse con otros análogos de otras jurisdicciones estatales. Los conceptos de cosa mueble, de funcionario público, de documento público, etc. aluden a calificaciones que pueden tener manifestaciones concretas distintas en cada orden jurídico. El concepto de moneda extranjera que no tenga curso legal es el ejemplo más claro de que el elemento normativo sólo puede ser concretado en el orden en el cual rige. Una falsificación de moneda argentina en el extranjero es una falsificación de moneda de curso legal para la ley argentina (confr. artículo 282 del Código Penal). Del

"F _____ G _____, Carlos s/extradición".
FMZ 37370/2017/CS1

mismo modo, la quiebra exige el carácter de comerciante, pero puede suceder que la calificación de comerciante en el país requirente y en el requerido no abarque el mismo grupo de personas. También el hurto presupone el apoderamiento de cosas muebles ajenas. El distinto régimen de propiedad del país requirente y el requerido puede llevar a que la cosa sea ajena para el requirente y propia para el requerido" (considerando 6º, (b), párrafo tercero).

Desde esa perspectiva, la defensa –en definitiva– no pone en tela de juicio el principio de doble incriminación pues no niega la equivalencia entre el invocado artículo 432 del Código Penal español y el artículo 261 del Código Penal argentino; sino tan solo se limita a cuestionar el carácter de fondos públicos de las sumas de dinero comprometidas en los hechos, y la falta del deber de custodia de su asistido con relación a esos fondos (fs. 618 y 623 del memorial), cuestiones éstas que se vinculan al juicio de responsabilidad y, por tanto, resultan impropias al análisis que debe efectuarse en un trámite de extradición porque, como es sabido, éste no reviste el carácter de un verdadero juicio criminal, pues no envuelve el conocimiento del proceso en el fondo, ni implica decisión alguna sobre la culpabilidad o inculpabilidad del individuo requerido en los hechos que dan lugar al reclamo (Fallos: 311:1925; 324:1557, entre otros).

En refuerzo de lo expuesto, es pertinente añadir que la calidad de funcionario de F _____ G _____ está fuera de discusión; y la pretensión que se analiza conduce a intentar establecer aquí su grado de intervención en los hechos por los que se lo reclama, según su contemporánea condición de Concejal de Deportes y el alcance que corresponde asignar a los fondos del ayuntamiento de Marbella que en

esa calidad recibió “sin causa de utilidad pública”, sea para “justificar gastos escuelas deportivas”, o “subvenciones a entidades deportivas”, cuyo empleo no justificó; o bien respecto de su actuación en una comisión inexistente de la sociedad “E 2 S.L.” a través de la cual obtuvo personalmente fondos de ese origen por servicios no prestados (fs. 179/vta. y 184 vta./185). Como se puede apreciar, además de tratarse de determinar el concepto y alcance que los fondos de aquella naturaleza y el rol de funcionario público tienen según el derecho del Estado requirente, aspectos que configuran elementos normativos en cuya diferente definición –como se dijo– no puede fundarse el rechazo de la entreayuda pues no afecta la regla de doble incriminación, el esclarecimiento de la vinculación del *extraditurus* con esas maniobras excede el objeto de este proceso.

En efecto, su asistencia letrada intenta de ese modo ingresar a esas cuestiones de hecho y prueba que resultan ajenas a este tipo de trámite, por tratarse de valoraciones sustanciales que exceden los términos del tratado aplicable y la naturaleza del juicio de extradición (Fallos: 320:1775; 322:1564; 326:3696 y sus citas; 328:1268, entre otros) y deben ser planteadas ante las autoridades del país requirente, que son las que poseen la competencia para decidir a su respecto (Fallos: 324:1557 y 331:2249, entre otros), además de importar una indebida descalificación e intromisión en el procedimiento extranjero, con potencial menoscabo de las buenas relaciones bilaterales entre los Estados (Fallos: 330:2065 y 4313).

Lo hasta aquí considerado, determina la improcedencia de este aspecto del planteo.

“F G , Carlos s/extradición”.
FMZ 37370/2017/CS1

-VII-

Definida en esos términos la calificación legal que estimo aplicable, es pertinente señalar en orden a la vigencia de la acción penal, que el temperamento del *a quo* se aparta sin expresión de fundamentos del específico criterio que V.E. ha fijado sobre esa materia en procesos de esta naturaleza. En efecto, al resolver en Fallos: 323:3699, considerandos 7° y 8°; 336:287, considerando 11; como así también al pronunciarse *in re* “Fabbrocino”, con remisión al dictamen de esta Procuración General, y en “Machado”, considerando 8° (exptes. F.9.XLIII y M.365.XLIV, del 12 de julio de 2011 y del 6 de marzo de 2013, respectivamente), estimó que para el derecho argentino el pedido de extradición constituye un elemento que interrumpe la prescripción de la acción penal. Es relevante destacar que el último de esos precedentes se refería –al igual que el *sub judice*– a un pedido de extradición del Reino de España.

La aplicación de esa doctrina a las presentes actuaciones, permite concluir que la vigencia de la pretensión penal resulta incuestionable incluso luego del *dies ad quem* que consideró el juez federal.

Ceñido a tal fin a la solicitud de extradición declarada procedente en el punto dispositivo I de la sentencia apelada, esto es, la formulada por la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en las actuaciones registradas como “Rollo de Sala: procedimiento abreviado 1/2010: procedimiento de origen: diligencias previas proc. abreviado 100/2003; órgano de origen: Juzgado Central de Instrucción n° 2” (ver fs. 121/264), observo que el

pedido de entreayuda –fechado el 3 de octubre de 2017 (fs. 121)– ha cumplido ese efecto interruptor para nuestro país y que desde entonces, no ha transcurrido el tiempo de extinción de la acción. Ello más allá del alcance que, en igual sentido, atribuyó el *a quo* al auto de apertura de juicio oral del 25 de febrero de 2009 (fs. 133/163 y 588 vta.).

Así lo considero en virtud del máximo de la pena prevista para la malversación de caudales públicos en el artículo 261 de nuestro Código Penal –diez años–, en la cual estimo que corresponde subsumir los hechos por los que el juez federal autorizó la entrega.

Cabe agregar que –como surge de fojas 132 y 259/261– para el Estado requirente la acción penal tampoco se había extinguido al tiempo de efectuar el pedido de extradición en virtud de lo previsto en los artículos 131, incisos 1º y 2º, y 132, inciso 2º, del Código Penal español, cuyos textos lucen a fojas 283 bis/284. Dejo constancia de que si bien esas normas no fueron acompañadas con la documentación de la solicitud aludida, obran en la referida al Procedimiento Abreviado n° 116/2006 del Juzgado de Instrucción n° 5 de Marbella, contemporáneamente presentado en el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto (fs. 269/296), y de que por ambos procesos Interpol había emitido la “notificación roja” que provocó la detención de F G (fs. 5/7 y 27/28). Por lo demás, también obran en el pedido ampliatorio referido al Sumario Ordinario n° 7/2007 (ver fs. 331/366, en especial fs. 349/351).

“F G , Carlos s/extradición”.
FMZ 37370/2017/CS1

El primero de esos artículos establece –en lo que aquí interesa– que “los delitos prescriben ... a los diez años, cuando la pena máxima señalada por la ley sea prisión o inhabilitación por más de cinco años y que no exceda de diez” (inc. 1º) y que “cuando la pena señalada por la ley fuere compuesta, se estará, para la aplicación de las reglas comprendidas en este artículo, a la que exija mayor tiempo para la prescripción” (inc. 2º); mientras que el segundo prevé “la prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra la persona indiciariamente responsable del delito, comenzando a correr de nuevo desde que se paralice el procedimiento...” (inc. 2º).

Corresponde a esta altura señalar que el 24 de enero de 2013 la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 3, declaró en rebeldía a F G y suspendió a su respecto el trámite de las actuaciones (fs. 254/255). Por lo tanto, sin desconocer los efectos del auto de apertura de juicio oral del 25 de febrero de 2009 (fs. 133/163), aquélla es la última fecha relevante para el cómputo de la prescripción en la jurisdicción española, y es la que cabe considerar para concluir –al igual que sus autoridades y sin perjuicio de lo antes desarrollado con relación a nuestro derecho interno– del modo expuesto.

Resta añadir, que el aludido plazo de diez años surge del máximo de la pena de inhabilitación –que, como se dijo, es la especie relevante a tal fin– previsto para el delito de malversación de caudales públicos en el artículo 432, inciso 2º, del Código Penal español, único por el cual la sentencia del *a quo* declaró procedente la extradición (conf. puntos dispositivos I y II a fs. 591 vta.; fs. 127 y

art. 131, incs. 1° y 2°, *supra* citados). Para la plena acreditación de esa norma, dejo constancia de que este Ministerio Público acudió al criterio fijado por V.E. *in re* “Larrain Cruz” (antes citado, considerando 3°, pág. 591) en cuanto faculta, en virtud de lo regulado por el artículo 377, último párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, a investigar la ley extranjera invocada y aplicarla al litigio –<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-995-25444&b=649&tn=1&p=20150331#a432>– la cual, por lo demás, ha sido transcripta en lo pertinente por la defensa en el memorial presentado (fs. 616, punto 6).

Así las cosas, en atención a que tanto para el Estado requirente como para nuestro derecho interno, se encuentra acreditada la vigencia de la acción penal en los términos del artículo 9°, inciso c), del tratado bilateral, este aspecto de la impugnación también debe ser desestimado.

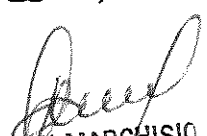
-VIII-

En mérito a lo expuesto, entiendo que corresponde que V.E. confirme la sentencia apelada.

Buenos Aires, 30 de mayo de 2019.

ES COPIA

EDUARDO EZEQUIEL CASAL


ADRIANA N. MARCHISIO
Subsecretaria Administrativa
Procuración General de la Nación