

CALCHAQUI, MARIA ADELA S/USO DE INSTRUMENTO PUBLICO FALSO EN CONCURSO IDEAL CON DEFRAUDACION A LA ADMINISTRACION PUBLICA, EXPTE 2245/2025 stj sdo.

Tema: PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL. ALCANCE DEL ARTÍCULO 67, SEGUNDO PÁRRAFO, DEL CÓDIGO PENAL. PLAZO RAZONABLE DE LA RESPUESTA ESTATAL ANTE LA POSIBLE COMISIÓN DE UN DELITO. PÉRDIDA DEL INTERÉS DEL ESTADO DE PERSEGUIR PROCESAL Y PENALMENTE A UNA PERSONA POR EL TRANCURSO DEL TIEMPO.

En el caso, se declara extinguida por prescripción la acción penal y se sobresee a la enjuiciada.

ACUERDO

En la ciudad de Ushuaia, Capital de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, a los 16 días del mes de noviembre de 2017, se reúnen en Acuerdo ordinario los miembros del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia, Jueces Carlos Gonzalo Sagastume, Javier Darío Muchnik y María del Carmen Battaini, para dictar pronunciamiento en el recurso interpuesto en los autos caratulados **"CALCHAQUÍ, María Adela s/ Uso de instrumento público falso en concurso ideal con defraudación a la Administración Pública"**, expte. n° 2245/2015 STJ-SR.

ANTECEDENTES

1.- A fs. 767/779, el Tribunal de Juicio en lo Criminal del Distrito Judicial Norte resolvió -por mayoría- condenar a María Adela Calchaquí a la pena de dos (2) años de prisión en suspenso, por considerarla autora penalmente responsable del delito de fraude contra la Administración Pública, de acuerdo a lo normado por los artículos 172 y 174, inciso 5º, del Código Penal (parte dispositiva, punto I).

Asimismo, declaró la inconstitucionalidad de la pena de inhabilitación especial perpetua establecida para el delito mencionado (punto II).

2.- La defensa interpuso recurso de casación a fs. 785/792vta.

En lo sustancial, considera que la conducta de su asistida resulta atípica; y entiende que al tratarse de un fallo contradictorio con la jurisprudencia dictada por el propio tribunal la sentencia recurrida vulnera el principio de seguridad jurídica (fs. 785vta.).

A fs. 793/794, el *a quo* concedió el recurso interpuesto. A fs. 796/797, el Sr. Fiscal Mayor sostuvo el pronunciamiento impugnado.

3.- Radicadas las actuaciones ante este Estrado, se fijó audiencia a fin de que la letrada defensora amplíe oralmente los fundamentos expuestos, la cual se llevó a cabo conforme se desprende del acta obrante a fs. 804. A continuación, se corrió vista al Titular del Ministerio Público Fiscal. A fs. 805/807, el Dr. Oscar L. Fappiano propició rechazar el recurso en trato.

Llamados los Autos al Acuerdo (fs. 808), la causa se encuentra en estado de ser resuelta. En virtud de ello, el Tribunal dispone formular y votar las siguientes

CUESTIONES

Primera: *¿Se encuentra prescripta la acción penal correspondiente al delito atribuido a María Adela Calchaquí?*

Segunda: *En su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?*

A la primera cuestión el Juez Carlos Gonzalo Sagastume dijo:

1.- A fs. 767/779, el Tribunal de Juicio resolvió -por mayoría- condenar a María Adela Calchaquí en orden al delito de fraude contra la Administración Pública (art. 172 y 174 inc. 5º del Cód. Penal).

Ello, al tener por acreditado que: "...*María Adela Calchaquí, categoría 23 P.A.Y T. Ministerio de Salud y Acción Social con el objeto de dar de alta el ítem 43 denominado título secundario, presentó en los primeros meses del año 1990 una copia fiel de 'Constancia de estudios en trámite', emitida por la Escuela Superior de Comercio Jerónimo L. de Cabrera, dependiente del Ministerio de Educación de la Provincia de Córdoba, de fecha 20 de febrero de 1989; en el*

cual indicaba que tenía en trámite un certificado de Estudio de Perito mercantil y que no adeudaba materias...Este mentado documento público, resultó ser apócrifo de acuerdo a informaciones brindadas por la misma institución educativa que dieron cuenta que '...la única alumna María Adela Calchaquí cursó en forma incompleta Primer Año de 1981 adeudando asignatura 'Matemática'. Cursó Segundo Año en 1982 y lo repite al Segundo Año en 1983, quedando en ese año libre por inasistencias...Asimismo, la imputada presentó -siendo empleada de la administración pública provincial- una declaración jurada o ficha postulante- Acción Social, Río Grande- mediante la cual declaró en el espacio 'Estudios Cursados', que poseía el de 'Bachiller-Ciclo Básico; Secundario Perito Mercantil', ello conforme luce de las constancias en autos obrantes a fs. 104... de ese modo, la imputada revistiendo la calidad de empleada pública provincial, percibió en sus haberes de manera ilegítima la suma de dinero correspondiente a ese ítem, desde el 1/04/1990 hasta el mes de diciembre de 2007, fecha en que le fue concedida licencia sin goce de haberes...obtuvo un beneficio injusto mediante engaño y causando un perjuicio patrimonial a la Administración Pública en los términos que refleja el informe pericial contable de fs. 488/499 consistente en la suma de \$ 10.334,63..." (conf. requerimiento de elevación a juicio, transcrito a fs. 767/vta. de la sentencia).

2.- La Sra. Defensora Particular, Dra. Nora Lía Francini, interpuso recurso de casación a fs. 785/792vta.

Tras indicar el objeto de su presentación (fs. 785/vta.), expresa los agravios sobre los que estructura su impugnación.

Evalúa que la conducta de su pupila procesal resulta atípica (fs. 785); y entiende que la sentencia recurrida vulnera el principio de seguridad jurídica, al tratarse de un fallo contradictorio con la jurisprudencia dictada por el propio tribunal (fs. 785vta.).

Respecto del primero de los agravios, sostiene que para tener por acreditadas las acciones endilgadas, el sentenciante valoró dos documentos: el certificado de estudios, instrumento que no reúne los elementos necesarios para ser instrumento público conforme el artículo 979 del Código Civil; y la declaración jurada incorporada en el legajo personal de su defendida, que no fue considerado por la Fiscalía al momento del requerimiento de elevación a juicio (fs. 786vta.).

Aduce que los magistrados omitieron considerar una intimación preimpresa adunada al legajo personal de la causante, de la que surge que el Estado deberá solicitar al agente la documentación necesaria para acreditar la realización de estudios, consistente en fotocopia autenticada y certificado ante el Ministerio de Educación de la Nación y/o del Interior, del título o certificado analítico de estudios. Arguye que la constancia tenida en cuenta por el *a quo* no reúne esos requisitos (fs. 786vta.).

En ese derrotero, estima que el ardid o engaño aludido por el sentenciante para configurar el delito de estafa resulta inidóneo, toda vez que la Administración Pública conocía los requisitos que debía cumplir la documentación a presentar para abonar el ítem 43 "Título Secundario" y aún así, por más de veintiún años, sufragó dicho concepto a la imputada (fs. 787).

Añade que según dichos de la testigo Stella Maris González, la Administración contaba con un plazo de 3 meses para intimar a su asistida a fin de que regularice su situación y se tomó muchos años para exigirle que presente el original del título (fs. 787vta.); y entiende que la ineficiencia, negligencia e incompetencia del Estado no puede achacarse a su defendida (fs. 787/788). Cita doctrina y jurisprudencia que considera de aplicación al caso, e invoca el voto en disidencia del Dr. Sarabayrouse (fs. 788/789vta.).

Desde esta óptica, remite a la teoría de la imputación objetiva y sostiene que resulta de aplicación al caso de autos. Destaca la importancia de la conducta de la víctima, toda vez que su accionar negligente e ineficiente elimina la tipicidad penal o reduce la culpabilidad de la imputada (fs. 789vta.). Señala que el voto mayoritario no tuvo en cuenta el incidente de mediación, en el que el Gobierno Provincial y su asistida llegaron a un acuerdo por el cual Calchaquí abonó la suma de \$67.960,26 y se estableció que cancelada la deuda producida por la percepción indebida del ítem en cuestión, las partes nada tienen que reclamarse. Ello demuestra -continúa- la inexistencia de un daño patrimonial contra el Estado (fs. 790).

Aduce que tampoco se tuvo en mira el Decreto Provincial N° 730/2014, obrante en la causa penal, que declaró la prescripción de la acción administrativa en materia de sanciones disciplinarias, todo lo cual es expresivo de la falta de interés en la persecución penal por parte del Estado (fs. 790).

En lo atinente a su segundo agravio (vulneración del principio de seguridad jurídica), la defensa sostiene que el voto mayoritario es contradictorio con la jurisprudencia que venía sosteniendo el mismo Tribunal (fs. 790vta.).

Cita los precedentes "*Battini, Carlos Alberto s/ Estafa*", "*Garino, Diego Fabián s/ Estafa*" y "*Ortiz, Juan s/ Estafa en concurso ideal con falsificación de instrumento privado*", en los que, frente a una situación que la defensa estima similar al caso de autos, el Tribunal de Juicio consideró inidóneo el ardid o engaño para configurar el delito enrostrado (fs. 790vta./791vta.). Y señala que la contradicción en que habría incurrido la instancia de mérito, constituye la conculcación de lo previsto en los artículos 16 y 18 de la Constitución Nacional.

Finalmente, solicita se fije audiencia para ampliar *in voce* los fundamentos del recurso, emite sus conclusiones, hace reserva de caso federal y formula su petitorio (fs. 791vta./792vta.).

En la audiencia de ampliación oral, la Dra. Francini repasó cada uno de los agravios descriptos en el remedio procesal impetrado. Especialmente, hizo hincapié en que la constancia de título en trámite no reviste el carácter público y en la negligencia del Estado como extremo que condiciona la idoneidad del ardid o engaño desplegado por su asistida.

3.- De acuerdo a la cuestión propuesta a votación, cabe examinar si, en autos, la acción penal dirigida contra María Adela Calchaquí se encuentra prescripta.

Como recordó este Estrado en los autos "*Mansilla Román, Sergio Hernán s/ Homicidio culposo en concurso ideal con lesiones culposas*" -expte. nº 784/04 SR, resolución del 02.08.2005, registrada en el Libro XI, folios 408/413-, corresponde efectuar el análisis relativo a este extremo aún de oficio, toda vez que la comprobación del transcurso del plazo de prescripción de la acción penal es de orden público y se produce de pleno derecho (conf. **Carlos J. Lascano (h)**, "**Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial**", tomo II, dirigido por los Dres. David Baigún y Eugenio R. Zaffaroni, Hammurabi, 2002, pág. 656; En igual sentido: **Jorge de la Rúa**, "**Código Penal Argentino**", Depalma, 2ª ed., 1997, pág. 1071, con cita de Ramos, Oderigo, Fontán Balestra y la Corte Suprema; Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos* 324:3583; S.C. Buenos Aires, "*Miers, Héctor O. y otro*" del 15.09.2004, *Suplemento de Jurisprudencia Penal y Procesal Penal de la Revista La Ley*, marzo de 2005, pág. 64; Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV, "*Landa*" del 27.11.2002, y sus citas: C.S., *Fallos*, 207:86; 313:1224; 323:1785; 322:717 y Sala III, "*ITACOR S.A.*" del 02.10.2002; base de datos: www.csjn.gov.ar, documento nº 8643; y Sala IV, "*C., J. P. y otro s/ Recurso de Casación*" del 08.10.96, citado por **Edgardo Alberto Donna**, "**Derecho Penal. Parte General**", tomo 1, Rubinzal-Culzoni, 1999, pág. 550).

El carácter de *orden público* lleva a que las partes no puedan modificar los principios rectores, ni apartarse de ellos, ni convalidar lo actuado en forma contraria a lo que marca la ley. Así pues, la Corte ha dicho que resulta irrelevante la falta de traslado a las partes (*Fallos*, 275:241 y 305:1648) y que la cuestión hubiera sido introducida sólo en el recurso extraordinario federal (*Fallos*, 300:716 y 304:1395); su carácter previo a tomar cualquier decisión de fondo (*Fallos*, 186:396 y voto de la mayoría en 311:2205 y 318:2481) a fin de evitar la continuación de un juicio innecesario (*Fallos*, 186:396 y 318:2481).

4.- En autos, la enjuiciada fue condenada en orden al delito de fraude contra la Administración Pública, de acuerdo a lo normado por los artículos 172 y 174 inciso 5º del Código Penal. La primera de estas normas expresa: *"Será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que defraudare a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño"*; mientras la segunda establece una pena de dos a seis años de prisión (es decir, eleva la sanción mínima) si el fraude se cometiere en perjuicio de alguna administración pública.

Con relación a modo de computar el plazo de prescripción de la acción penal, es sabido que en los casos de delitos reprimidos con pena de prisión o reclusión (excluyendo la perpetua), la prescripción se cumple después de transcurrido el máximo de duración de la pena señalada para el delito, no pudiendo, en ningún caso, exceder los doce años ni ser menor de dos (art. 62, inc. 2º, del Cód. Penal).

En los delitos de resultado (el fraude es uno de ellos), este plazo comienza a correr desde la comisión del hecho. Sin embargo, al regular los actos que suspenden el transcurso del plazo de prescripción, el segundo párrafo del artículo 67 del Código Penal establece que éste *"...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”.

Dicho de otro modo, en estos últimos supuestos el plazo de prescripción comienza a correr para todos los partícipes cuando el último de los funcionarios imputados por el ilícito deja de ejercer la función pública. El fundamento de esta restricción radica en que en el ejercicio de ese cargo, el imputado tiene la posibilidad cierta de ocultar el ilícito u obstaculizar la investigación, esto es, impedir el normal ejercicio de la acción penal. **Éste constituye el eje central sobre el que debe determinarse la aplicación de la norma.**

Este alcance conceptual ha sido reconocido por destacada doctrina y jurisprudencia: *“La disposición 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 (ministro, secretario, subsecretario, juez), o de sus cómplices o personas de estricta confianza” (Eugenio Raúl Zaffaroni - Alejandro Alagia - Alejandro Slokar, “Derecho Penal. Parte General”, Ediar, 2003, pág. 904). Y: “Sobre la suspensión de la prescripción en casos de delitos cometidos por funcionarios públicos esta Sala ha resuelto que la disposición -en la legislación anterior que separaba a los funcionarios públicos de los particulares- tenía el propósito de evitar que corra el término de la prescripción mientras la influencia política del sujeto pueda perturbar el ejercicio de la acción; es decir que el término de la prescripción se integre o se agote mientras las facultades o influencias funcionales pueden obstaculizar o impedir el ejercicio de la acción penal (cfr. ‘Rico, Mónica L. y otros s/ recurso de casación’, causa n° 4004, reg. n° 5029, del 13/5/2002; y ‘Oneto, Roberto A. y otros s/ recurso de casación’, causa n° 6602, reg. n° 9270 del 15/8/2006)...” (Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I, “Quatrocchi, Gustavo y Pacheco,*

Alberto Rafael s/ Recurso de casación", causa nº 10.053 del 11.05.2009, registro nº 13.831, voto en disidencia del Dr. Raúl Madueño, con remisión - también- a los conceptos de Zaffaroni referidos con anterioridad).

En resumen, para la aplicación de esta condición suspensiva no basta con que el imputado revista la calidad de funcionario público en un cargo cualquiera; antes bien, debe ejercer una función que -por jerarquía o proximidad- permita sospechar que pueda perjudicar el ejercicio de la acción penal.

5.- Establecido el alcance conceptual del segundo párrafo del artículo 67 del Código Penal, debo señalar que la cuestión propuesta en el presente Acuerdo merece una respuesta afirmativa.

Como indiqué en el *considerando 1º*, La conducta endilgada a la María Adela Calchaquí radica en: a) la presentación una supuesta copia fiel de una constancia que indicaba que tenía en trámite un certificado de estudio de perito mercantil y que no adeudaba materias, a sabiendas de que ello era falso; y b) la realización de una declaración jurada o ficha postulante en la que en el espacio "Estudios Cursados" declaró que poseía el de "Bachiller - Ciclo Básico; Secundario Perito Mercantil". Ello, a fin de percibir en forma ilegítima el ítem 43 denominado "Título secundario".

Todo ello aconteció en los primeros meses del año 1990, cuando la nombrada contaba con 22 años edad, e ingresaba a la Administración Pública Provincial para cumplir tareas administrativas en el Área de Acción Social del Ministerio de Salud y Acción Social, con la categoría 14 P.A.yT. (Planta Administrativa y Transitoria).

La imputada se desempeñó laboralmente en la Administración Pública Provincial hasta el año 2007; formulándose el requerimiento de instrucción que

dio inicio a la presente investigación el 23 de junio de 2011 (presentación de fs. 421/422), es decir, más de veinte años después de la comisión de las conductas ardidosas que se tuvieron como constitutivas del delito que se le enrostra.

No existiendo sospecha de que la encartada pudo durante el tiempo inicial en que se desempeñó en la Administración Pública ocultar la comisión del ilícito que se le atribuye o influir para perjudicar el ejercicio de la acción penal, debe tenerse por transcurrido el plazo de prescripción, toda vez que - como se explicó- este lapso debe contarse a partir de la consumación del ilícito (que se perfeccionó con la producción del ardid), esto es, a principios de 1990.

En consecuencia, siendo que -en el caso- el plazo de prescripción de la acción penal es de seis años (art. 62 inc. 2º, en función de los arts. 172 y 174 inciso 5º del Cód. Penal), la acción penal correspondiente al ilícito que se le endilga a María Adela Calchaquí se encontraba prescripta antes de iniciarse la investigación.

A la cuestión propuesta, he de pronunciarme por la **afirmativa**.

A la primera cuestión el Juez Javier Darío Muchnik dijo:

1.- Comparto los fundamentos expuestos por magistrado preopinante, adhiriendo a la solución propuesta.

Entendiendo que el caso presenta diversas situaciones que conllevan la necesaria consideración del carácter prescripto de la acción para juzgar el comportamiento endilgado; debiéndose igualmente aditar, la cuestión temporal que incide en el espíritu justo de la respuesta estatal.

No puedo soslayar en la génesis de mi razonamiento, la realidad que se yergue ante mí y que presenta un caso originado en un accionar doloso realizado por la imputada, en los primeros meses del año 1990 y que nos hallamos resolviendo *en otro siglo, 27 años después*.

Aquel despliegue consistió en la presentación de una constancia de certificado de estudios en trámite, emitida por la Escuela Superior de Comercio Jerónimo Luis de Cabrera, dependiente del Ministerio de Educación de la Provincia de Córdoba de fecha 20 de febrero de 1989, cuyo carácter apócrifo fuera acreditado en autos. Asimismo Calchaquí siendo empleada de la Administración Pública Provincial, presentó una declaración jurada o "Ficha Postulante Acción Social, Río Grande" mediante la cual declaró en el espacio "Estudios Cursados", que poseía el de "Bachiller, Ciclo Básico, Secundario - Perito Mercantil" (ver fs. 104), logrando de tal modo percibir entre los años 1990 y 2007 de forma ilegal, el ítem 43 correspondiente al "Título secundario".

Pasadas dos décadas, se realizó la denuncia ante la Fiscalía de Estado Provincial (13 de abril de 2011), dándose consecuente lugar a un sumario administrativo, el que finalizaría en julio de ese mismo año. Seguidamente, los antecedentes fueron girados a la justicia provincial, produciéndose el requerimiento de Instrucción el 23 de junio de 2011 y el procesamiento de Calchaquí recién el 29 de abril de 2013 (fs. 530/535); es decir, ***veintitrés años después de la presentación del referido instrumento apócrifo***.

Nos hallamos entonces, analizando un fallo que emanado en fecha 7 de noviembre de 2014, nos pone en la encrucijada -al menos ética- de atender un hecho que, de haber mediado un mínimo de diligencia de parte de los funcionarios que debían ejercerla, hoy sería tal vez una mera anécdota y no, una disyuntiva entre la norma, la lógica y la moral.

2.- Si bien mi voto no resta relevancia a la conducta de la encartada, reconoce que dicho aspecto no es el que debe guiar el razonamiento jurídico en el presente para su resolución, sino el estrictamente legal. Y precisamente es éste el que considero que no ha alcanzado a completar los aspectos que el ordenamiento penal requiere para avanzar en la investigación y llegar a una condena.

Parto de la consideración de un derecho penal que, desde la mínima intervención, debe acotar su ingerencia a aquellos casos que estrictamente se ciñan al marco que la tipicidad ofrece, no pudiendo en consecuencia, avanzar sobre otras cuestiones que, más allá de resultarnos reprochables desde lo moral, no alcanzan dicha condición desde los parámetros punitivos de esta rama del derecho; la más acotada y restrictiva de nuestro ordenamiento jurídico.

Llama la atención la omisión del tratamiento de un aspecto esencial que, de haber sido atendido por todas las partes durante el proceso, hubiera evitado que, casi tres décadas después nos hallemos discutiendo si la presentación de un certificado apócrifo permitió a la imputada "estafar" a la Administración Central, produciendo en sus arcas el necesario perjuicio patrimonial que el tipo endilgado requiere.

Me refiero a la prescripción de la acción penal, entendiendo que la misma había alcanzado su término temporal conforme al artículo 62 del Código Penal, al momento de iniciarse la investigación.

Si bien la cuestión no ha sido introducida por la defensa, (sin perjuicio de la referencia realizada en su recurso respecto de la prescripción de la acción en sede administrativa), como correctamente señala el ponente, este Superior Tribunal se ha expresado en el sentido de que el examen de la prescripción de la acción penal, es una cuestión de orden público, lo cual habilita su tratamiento

con independencia de que no haya sido objeto de agravio (*"Mansilla Román, Sergio Hernán s/ Homicidio culposo en concurso ideal con lesiones culposas"* - expte. nº 784/04 SR del 02.08.2005, Libro XI, fº 408/413-).

3.- No cabe duda que el inicio del tracto de comisión de la conducta desplegada por Calchaquí, debe situarse en los primeros meses del año 1990, cuando procedió a hacer entrega de la mentada constancia apócrifa y a formular la declaración jurada.

Dicho acto constituyó el inicio del *iter criminis*; recorrido conductual que halló su finalización y por consiguiente alcanzó a completarse en el mes de abril de ese mismo año, cuando la Administración procedió a realizar el primer pago. En ese momento, la conducta de Calchaquí alcanzó su consumación.

Desde tal inteligencia existe un aspecto que, a lo largo del proceso, ha sido desatendido por todas las partes y que, consecuentemente, ha llevado al *olvido* del instituto de la prescripción de la acción penal como solución al caso y que releva de la discusión sobre la idoneidad del ardid, que ha ocupado el foco atencional del debate y que continúa en la etapa de impugnación.

Dicho aspecto no es más que la naturaleza del tipo penal de estafa, como un tipo de resultado instantáneo. Cabe en este punto recordar, que en doctrina, suele clasificarse a los distintos tipos, a partir del efecto que producen con respecto al bien jurídico que tutelan.

Como tipo penal de resultado, la estafa (defraudación mediante fraude) participa de los mismos condicionamientos para alcanzar la consumación que, por ejemplo, el homicidio. Me permito traer a colación a este tipo penal, por entender que el ejemplo elocuente que el mismo permite realizar, grafica con claridad la idea.

Cuando en doctrina se refiere a que un tipo penal es de resultado, se hace mención a que, a partir del comportamiento, el bien jurídico que la norma procura defender, resulta materialmente modificado.

Como he señalado, el caso del homicidio es el más elocuente de los de esta clase de naturaleza, ya que mediante el despliegue del comportamiento necesario, el sujeto activo modifica el bien jurídico tutelado: la vida, la cual desaparece.

4.- Ahora bien, en la consideración de las características de los comportamientos típicos, existe una categoría que, en ciertas ocasiones, suele inducir a errores de interpretación, situación que entiendo se ha producido en el presente caso, al menos de modo implícito.

Dicha categoría es la de los denominados *tipos penales de efectos permanentes*, a los que la doctrina define como aquellos comportamientos en los que la conducta requiere ser desarrollada de modo ininterrumpida. En estos supuestos, la consumación del comportamiento se produce una vez que el sujeto activo deja de realizar dicha conducta.

El caso paradigmático de esta clase de tipos penales, es el de la privación ilegal de la libertad, en la que la acción de retención, ocultamiento o sustracción necesarios para que el sujeto pasivo continúe en situación de restricción ilegal de su motilidad, necesariamente debe ejercerse de modo constante, siendo el momento en que la misma deja de llevarse a cabo, cuando éste se completa y por consiguiente se alcanza la consumación.

Distinta es la situación en el supuesto en el que, un mismo comportamiento, requiere de distintos actos concatenados, organizados, previstos y reiterados, para la concreción de la finalidad previamente planificada. Este es el caso del *delito continuado*, que lejos de constituir una

categoría de tipos penales, es en realidad, una modalidad de realización de aquellos.

Desde esta inteligencia, un tipo penal de resultado, puede realizarse mediante un solo acto (instantáneo) o bien por medio de diversos actos similares, es decir, de modo continuado, sin que pierda su naturaleza de resultado.

En este sentido, no debe confundirse esta modalidad, con los efectos de la conducta. La realización mediante actos reiterados y los efectos del tipo penal, son cuestiones diferentes. Este aspecto ha sido soslayado en el proceso, acarreando la consecuente desatención del instituto de la prescripción penal.

Si bien, ni en el requerimiento de instrucción, ni en el de elevación a juicio, como tampoco en el fallo se hace expresa referencia, lo cierto es que del modo en que los distintos actores han enfocado el caso, pareciera que hubiesen otorgado al tipo penal de estafa, la categoría de tipo penal continuado o delito continuado.

Ello puede extraerse de las continuas referencias que se realizan a lo largo del caso, en cuanto a que Calchaquí continuó percibiendo en forma ilegítima los montos correspondientes al ítem 43, desde abril de 1990 hasta el año 2007, otorgándole de tal modo una suerte de carácter de continuación de la conducta, cuando en rigor de verdad, lo desplegado por la imputada ha sido un comportamiento (aquella presentación del certificado apócrifo y la formulación de la declaración jurada) a partir del cual, la Administración siguió a lo largo de diecisiete años, abonando de modo errado, las sumas correspondientes.

En el presente caso, la reiteración de pagos realizados por la Administración no puede ser considerada como la del comportamiento ardidoso que condicione el error de la Administración y su disposición patrimonial consecuente. Contrariamente tal situación tradujo el mantenimiento a lo largo del tiempo, de los efectos de la conducta ardidosa desplegada por Calchaquí.

Es así, que mal puede pensarse en la realización facetada del tipo de resultado (es decir de modo continuado) cuando, en realidad, estamos frente a una única conducta realizada en un momento preciso y que se consumó con el primer pago y cuyos efectos se mantuvieron hasta el año 2007.

5.- Establecido entonces el carácter permanente de los efectos de la conducta y el momento de su consumación, corresponde hacer referencia a la única cuestión que podría habilitar la suspensión del cómputo de la prescripción.

En este aspecto, no puedo soslayar que al momento de presentar el referido certificado, la condición administrativa y funcional de Calchaquí en la por entonces Administración, sin perjuicio de lo normado en el artículo 77 del Código Penal, no alcanzaba los niveles mínimos necesarios para interrumpir el plazo de la prescripción de la acción penal, conforme el artículo 67 del mismo cuerpo legal.

Mas allá de la tradicional distinción y consecuente discusión doctrinaria, entre administrativistas y penalistas, en cuanto a la diferencia entre empleados y funcionarios a los fines del derecho penal, lo cierto es que con independencia de dichas argumentaciones de marcado tinte académico, lo esencial es determinar si el trabajador tiene a su alcance la toma de decisiones funcionales y aún más, que tal condición permita operar como un eventual freno o entorpecimiento de la acción penal.

Claro es que al momento de la realización de la conducta, el rol que Calchaquí cumplía en la Administración la alejaba por completo de cualquiera de las circunstancias apuntadas. Pretender hacer pesar sobre la encartada, una condición que fáctica y jurídicamente no poseía, importaría atribuirle a su conducta factores inexistentes y, por consiguiente, tornarían arbitrario el decisorio.

6.- Descartado entonces el requisito necesario para que la condición de empleada que ostentaba Calchaquí al momento de consumarse su conducta pudiera entorpecer la investigación penal, desde estos parámetros, entiendo de aplicación al caso las previsiones del artículo 62, inciso 2º, del Código Penal, en cuanto establece que la prescripción de la acción operará *"...Después de transcurrido el máximo de duración de la pena señalada para el delito, si se tratare de hechos reprimidos con reclusión o prisión, no pudiendo, en ningún caso, el término de la prescripción exceder de doce años ni bajar de dos años"*, no siendo de aplicación al presente la suspensión contenida en el artículo 67, párrafo segundo, en cuanto reza que *"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"*, ya que como lo he señalado, no puede asimilarse a dicho concepto la condición que mantenía la imputada al momento de cometer el tipo endilgado.

Por las razones expuestas en los *considerandos* precedentes, considero que al momento de iniciarse la investigación, la conducta endilgada a Calchaquí, se hallaba prescripta.

En consecuencia, a la presente cuestión voto por la **afirmativa**.

A la primera cuestión la Jueza María del Carmen Battaini dijo:

1.- En esta oportunidad, he de apartarme de la solución propuesta por quienes me preceden en el orden de estudio y votación.

Ello, al considerar que el Superior Tribunal no puede ingresar al examen de extremos sujetos a alegaciones, prueba, contradicción y valoración, que no han sido examinados por la instancia de mérito, ni planteados por la defensa a lo largo del proceso.

2.- Si bien en los autos *"Mansilla Román, Sergio Hernán s/ Homicidio culposo en concurso ideal con lesiones culposas"* -expte. n° 784/04 SR, citado por el Juez Sagastume-, el Superior Tribunal -con mi intervención- indicó que la verificación del transcurso del plazo de prescripción de la acción penal debía ser tratada de oficio, considero que nuestro caso presenta particularidades que impiden aplicar -en forma lisa y llana- dicha doctrina.

En *"Mansilla Román"*, el Tribunal analizó si la modificación introducida por la ley 25.990 al cuarto párrafo del artículo 67 del Código Penal (que substituyó el concepto de "secuela de juicio" como acto interruptivo del transcurso del plazo de prescripción de la acción penal) podía ser aplicada a una causas en trámite al momento de su sanción, y dio respuesta afirmativa a ese interrogante. Se examinó y definió una cuestión eminentemente normativa y, luego, se evaluó si -objetivamente- había transcurrido el plazo de prescripción de la acción en el caso concreto.

En autos, la situación es distinta, pues el Tribunal debe -de oficio-: a) determinar el alcance del segundo párrafo del citado artículo 67 en cuanto fija que el transcurso del plazo de 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"; y b) establecer si esa norma -con el alcance que se le otorgue- resulta aplicable al caso.

En los autos "*M., J. s/ Privación ilegítima de la libertad, amenazas y lesiones reiteradas, agravadas*" -expte. n° 2170/14 SR del 21.12.2015, Libro XXI, f° 939/956- sostuve que, de conformidad a lo normado por el artículo 415 del C.P.P., la ausencia de un agravio concreto por parte del recurrente impedía evaluar el punto surgido durante el Acuerdo del Tribunal, pues la manifestación del principio de congruencia en el procedimiento recursivo limita el conocimiento del tribunal de alzada a los puntos de la resolución impugnada a que se refiere la fundamentación del recurso (conf. doctrina sentada en los autos "*Quiroga, Jonatan - Iván Adalberto Gallo s/ Apelación ley provincial n° 168, art. 456, inc. 6to*" -expte. n° 1310/09 SR del 06.05.2010, Libro XVI, f° 439/446- y "*Godoy Maldonado, Cristian Sebastián y Cossio Rivera, Brissalia Maryela Adriana s/ Homicidio*" -expte. n° 1591/11 SR del 16.08.2012, Libro XVIII, f° 608/624-; entre otros). En aquel caso, al igual que en el nuestro, la cuestión se fundaba en una exégesis legal que no era pacífica en doctrina y jurisprudencia (distinto al precedente "*Mansilla Román*").

3.- No escapa a mi conocimiento el respaldo que tiene la posición citada por el ponente en el *considerando 4º* de su voto. Mas me permito agregar que la misma debe ser de aplicación excepcionalísima en casos en los que se constate que el agente no pudo influir -ni influyó- negativamente en el ejercicio de la acción penal. Ello así, toda vez que la aplicación de la condición suspensiva analizada no puede limitarse a aquellos supuestos en que el agente ejerce un cargo a través del cual puede -materialmente- obstruir la investigación (por ejemplo, desempeñarse en el área de personal y ocultar el legajo), o cuando desarrolla una función jerárquica de relevancia institucional.

Planteado de este modo, la problemática no debe resolverse ponderando exclusivamente la edad que tenía la imputada cuando ingresó a la

Administración o la categoría en que lo hizo. El examen trasciende esas circunstancias ya que también involucra la evaluación del grado de influencia que pudo tener para perturbar el ejercicio de la acción penal. En nuestro caso, no dejo de observar que la encartada pertenecía al mismo partido político que el entonces Gobernador del Territorio (fs. 771vta.); que su ingreso a la Administración fue puesto en consideración por un Ministro (fs. 769); y que presenta una destacada carrera política, siendo diputada de la Nación entre los años 2007/2011 (fs. 746vta.).

Desde esta óptica, resulta imprescindible un examen, sujeto a alegaciones, prueba, contradicción y valoración, respecto de si efectivamente pudo influir en forma negativa en el ejercicio de la acción. Y ese análisis no se llevó a cabo, pues la defensa no lo propuso. En estas condiciones, entiendo que este Estrado no puede pronunciarse sobre la prescripción de la acción penal.

Por ello, a la primera cuestión voto por la **negativa**.

A la segunda cuestión el Juez Carlos Gonzalo Sagastume dijo:

Atento a las consideraciones efectuadas, propongo declarar extinguida por prescripción la acción penal impulsada contra María Adela Calchaquí en orden al delito de fraude contra la administración pública (arts. 172 y 174 inc. 5º del Cód. Penal), por el hecho por el cual fue traída a juicio en los presentes obrados (arts. 59, 62 inc. 2º, 67 cuarto párrafo del Cód. Penal).

En consecuencia, corresponde sobreseer a María Adela Calchaquí, cuyos datos personales obran a fs. 767vta./768, por el hecho por el cual fue traída a juicio en los presentes obrados, con la expresa declaración que la sustanciación del presente proceso no afecta el buen nombre y honor de que hubiere gozado (art. 309, inc. 1º y último párrafo, del C.P.P.).

Sin costas, atento al resultado obtenido (art. 492, segundo párrafo, del C.P.P.).

A la segunda cuestión el Juez Javier Darío Muchnik dijo:

Adhiero y hago mía la solución propuesta por el Juez Sagastume, votando a la segunda cuestión en igual sentido.

A la segunda cuestión la Jueza María del Carmen Battaini dijo:

De acuerdo a la posición que expusiera en respuesta a la primera cuestión, que quedó en minoría, corresponde abordar el examen de los agravios expresados por la defensa en el recurso de casación de fs. 785/792vta. con que impugnó la sentencia condenatoria de fs. 767/779.

Con lo que finalizó el Acuerdo dictándose la siguiente

SENTENCIA

Ushuaia, 16 de noviembre de 2017.

VISTAS: las consideraciones efectuadas en el Acuerdo que antecede, y la mayoría resultante

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA

RESUELVE:

1º) DECLARAR EXTINGUIDA POR PRESCRIPCIÓN la acción penal impulsada contra María Adela Calchaquí en orden al delito de fraude contra la administración pública (arts. 172 y 174 inc. 5º del Cód. Penal), por el hecho por

el cual fuera traída a juicio en los presentes obrados (arts. 59, 62 inc. 2º, 67 cuarto párrafo del Cód. Penal).

2º) SOBRESEER a María Adela Calchaquí, cuyos datos personales obran a fs. 767vta./768, por el hecho por el cual fue traída a juicio en los presentes obrados, con la expresa declaración que la sustanciación del proceso no afecta el buen nombre y honor de que hubiere gozado (art. 309, inc. 1º y último párrafo, del C.P.P.). Sin costas (art. 492, segundo párrafo, del C.P.P.).

3º) MANDAR se registre, notifique y cumpla.

Fdo.: Carlos Gonzalo Sagastume, Juez - Javier Darío Muchnik, Juez - María del Carmen Battaini, Juez (en disidencia) -

Secretario: Roberto Kádár

Tº XXIII - Fº 628/638