CUIJ: 13-04296181-1/1((010503-84109))
FC/ BARROSO GOMEZ PABLO ALEJANDRO Y ZORNITA DANIEL EUGENIO P/ VEJACIONES EN CONC. REAL CON LESIONES LEVES DOLOSAS (84109) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN

En Mendoza, a los diecisiete días del mes de agosto del año dos mil dieciocho, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° **13-04296181-1/1** caratulada **"F. C/ BARROSO GOMEZ, PABLO ALEJANDRO Y OT. P/ VEJACIONES EN CONCURSO REAL CON LESIONES LEVES DOLOSAS … S/ CASACIÓN"**.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación, quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, **DR. JOSÉ V. VALERIO**, segundo **DR. MARIO D. ADARO** y tercero **DR. PEDRO LLORENTE.**

La defensa de los imputados Pablo Barroso y Daniel Zornita interpone recurso de casación contra la resolución agregada a fs. 270, en cuanto no hizo lugar a la prescripción de la acción penal, de conformidad a lo dispuesto por el art. 67, inc. 2° del Código Penal; pronunciamiento dictado en autos N° P-84.109/09 por la Tercera Cámara del Crimen de la Primera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

1.- Sentencia recurrida

El tribunal sentenciante, actuando en Sala Unipersonal N° 1, resolvió del modo antes referido, por considerar que «[…] *Pablo Barroso trabaja actualmente en el Complejo Penitenciario Alma*[fuerte] *y Daniel Zornita cumple funciones en Unidad de Seguridad y Traslados* [por lo que] *no ha transcurrido el tiempo necesario para que opere la prescripción de la acción penal* [en los presentes obrados]*, puesto que el curso de la prescripción 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 (Art. 67, 2° párrafo del C.P.)*» (fs. 270).

2.- Recurso de casación

La defensa técnica del imputado aludido promueve su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 475, inciso 1° del C.P.P. por considerar que existen vicios *in iudicando* en la resolución que cuestiona.

Así, destaca que, oportunamente, esa defensa solicitó la prescripción de la acción penal en estos obrados por haber transcurrido desde el auto de citación a juicio el máximo de la pena prevista en abstracto para el delito atribuido a sus defendidos.

En ese sentido, señala que el auto aludido tiene fecha 09 de abril de 2012 (fs. 156) y que los delitos atribuídos a los imputados resultan ser el de vejaciones en concurso real con lesiones leves dolosas (arts. 144 bis, inc.2 °; 89 y 55 del C.P.), por lo que debe tenerse en cuenta la pena del delito más severamente sancionado, esto es la de cinco años de prisión, plazo que -a criterio del recurrente- se encuentra ampliamente superado.

En relación con lo dispuesto por el art. 67, segundo párrafo del

Código Penal, referido a la posibilidad de que la prescripción se encuentre suspendida en autos -toda vez que los hechos endilgados a sus defendidos habrían sido cometidos en el ejercicio de la función pública-, expresa que, al momento de los hechos -año 2009- la causal de suspensión del curso de la prescripción no se encontraba vigente y éste corría igual para toda clase de imputados.

En ese sentido, señala que la suspensión contenida en el segundo párrafo del art. 67 del Código Penal fue introducida por la ley 27.206, vigente desde el 10 de noviembre de 2015. En virtud de lo cual y por imperativo del art. 2 de ese cuerpo legal, en función del cual si la ley vigente al momento de cometerse el hecho fuere distinta a la ley que rige al momento de pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, debe aplicarse la ley penal más benigna.

Por otro lado, sostiene el recurrente que la causal de suspensión se basa en el hecho de las mayores posibilidades que pudiere tener el funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, de entorpecer o enervar la actuación de la ley. En función de ello, pone de resalto que, en el caso concreto, sus defendidos ninguna posibilidad tuvieron de obstaculizar la investigación, ya que se efectuó con total normalidad y que, dado el rango de jerarquía inferior que ostentan, no se les puede asignar el título de funcionario público, sino que sólo son empleados públicos a los cuales no se les aplica la suspensión referida.

Asimismo, señala que la resolución cuestionada no trata el tema en cuestión ni los motivos expuestos por esa defensa, lo que constituye la única manera de arribar a una resolución justa.

Formula reserva del caso federal.

4.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador General estima que el recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado debe ser rechazado, en tanto la causal de suspensión del curso de la prescripción ya se encontraba vigente al tiempo de los

hechos investigados en autos.

Asimismo, considera que la calidad que detentaban los imputados suspendió el curso de la prescripción, por lo que la acción penal no se encuentra prescripta. En ese sentido, advierte que el art. 77 del Código Penal no hace distinciones entre empleados y funcionarios públicos, sino que los menciona al designar a todos aquellos que participan accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente, por lo que los imputados que, al momento del hecho y actualmente prestan funciones en Penitenciaría Provincial, se encuentran en ejercicio de una función pública, en los términos del art. 67, segundo párrafo del Código Penal.

5.- La solución

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso deducido por la defensa técnica de Pablo Barroso y Daniel Zornita debe ser rechazado.

Previo a ingresar en el tratamiento de los puntos de agravio esbozados por el recurrente, corresponde señalar que en la presente causa se investiga la presunta comisión del delito de vejaciones en concurso real con lesiones leves dolosas (arts. 144, inciso 2°, 55 y 89 del Código Penal) atribuible a Pablo Alejandro Barroso y Daniel Eugenio Zornita.

Ello, en tanto «*el día 29 de Octubre de 2.009, siendo aproximadamente las 21:00 horas, en el Pabellón N° 5, Sector A, de la planta media, de Penitenciaría Provincial, sita en calle Boulogne Sur Mer 1.890 de la Ciudad de Mendoza, el Sr. Agente Pablo Alejandro Barroso y el Sub Ayte. Daniel Eugenio Zornita le* [habrían propinado] *golpes de puño y patadas al interno Leandro Exequiel Valles Romero, produciéndole al mismo policontusiones varias con herida cortante en cuero cabelludo, excoriación en labio superior e inferior, excoriación en tabique nasal, excoriación región lumbar y glútea, con*

excoriación de rodilla, lo cual le provocó un traumatismo de tórax, con una incapacidad laboral menor a treinta días» (conforme requerimiento de citación a juicio de fs. 116/118).

Ahora bien, tal como se adelantó al reseñar los agravios casatorios, el núcleo del planteo recursivo gira en torno a la interpretación que el Tribunal *a quo* ha efectuado en relación a la causal de suspensión del curso de la prescripción de la acción penal contenida en el segundo párrafo del art. 67 del Código Penal y su aplicación al caso concreto.

En lo esencial, el recurrente sostiene, por un lado, que la norma invocada no se encontraba vigente al momento de los hechos objeto del proceso; por otro, que en función del cargo desempeñado por sus defendidos, éstos no ostentan la calidad de funcionario público; y finalmente, que en el caso concreto los imputados no ha obstaculizado el curso de la investigación, por lo que la norma no les sería aplicable. En consecuencia, ése será el orden en que se analizarán los agravios propuestos.

En relación al primer cuestionamiento, esto es, la supuesta aplicación de una norma que no se encontraba vigente al momento de los hechos, cabe señalar que no le asiste razón al recurrente.

En efecto, la defensa de los imputados expresa que no es posible que en el caso de autos se suspenda el curso de la prescripción, puesto que durante el año 2009 -en el que acontecieron los hechos investigados- aún no se había dictado la Ley 27.206, la que -según postula- habría introducido la causal de suspensión basada en la comisión de un hecho delictivo por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones. Sin embargo, surge claro que tal afirmación es incorrecta.

Es que el supuesto legal contenido en el art. 67, segundo párrafo del Código Penal no fue introducido a ese cuerpo normativo mediante la ley invocada por el impugnante, sino por Ley 25.188, denominada “Ley de ética en el

ejercicio de la función pública", la que fue publicada en el Boletín Oficial en fecha 01/11/1999 y que, por ello, se encontraba vigente al momento de los hechos.

Si bien es cierto que la resolución impugnada no ha hecho ninguna referencia en cuanto a la norma que resulta aplicable al caso, no obstante haber sido introducido el planteo por los defensores de los imputados al solicitar la prescripción de la acción, también lo es que, por un lado, la cuestión no resulta controvertida en absoluto más que en la opinión del recurrente y que, por el otro, el *a quo* -a fin adoptar la solución que aquí se cuestiona- tuvo en especial consideración lo dictaminado por el representante del Ministerio Público Fiscal, quien analizó detalladamente el argumento referido y concluyó que éste no tenía asidero legal, atento a la claridad de la sucesión normativa.

En virtud de ello, entiendo que el presente agravio no puede tener acogida en esta instancia, sin necesidad de efectuar mayores consideraciones.

En lo que se refiere al argumento casatorio según el cual los imputados de autos no revisten la calidad de funcionario público sino de empleados públicos, atento a la menor jerarquía que ostentan, cabe recordar lo sostenido por esta Sala en autos "Mirábile Santillán" y "Rodríguez Merzetti".

En el primero de aquellos precedentes, este Tribunal expresó que la causal de suspensión prevista en el segundo párrafo del art. 67 del Código Penal contempla aquellos casos en los «*que una eventual investigación se diri*[ja] *contra un funcionario público por lo que ese individuo efectivamente hizo en el ámbito de su función y mientras ostentaba esa especial calidad, circunstancias que no sólo lo sitúan en una posición diferenciada al momento de comisión del presunto ilícito sino que le otorgan la posibilidad de ejercer influencias o realizar actos que pudieran perjudicar el normal desarrollo del proceso o el éxito de la investigación seguida en su contra, que es lo que se pretende impedir*» (causa "Mirábile Santillán").

Dicho con otras palabras y de acuerdo a lo destacado en aquel fallo,

lo que motiva este supuesto de suspensión del curso de la prescripción no es la condición de funcionario público en sí, sino la intervención en un hecho presuntamente delictivo de una persona que «*participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente*» -en términos del art. 77 del Código Penal-, y cuya investigación podría verse obstaculizada por los privilegios que se derivan del cargo que aquella desempeña, independientemente del grado de jerarquía que ostente.

Por otro lado, en el segundo de los precedentes aludidos se sostuvo que, «*a los efectos del derecho penal, los conceptos de funcionario público y empleado público se encuentran determinados por el ejercicio de funciones de carácter público, circunstancia ésta que se constituye en la clave para tribuir esa calidad al agente*» (causa“Rodríguez Merzetti”).

A ello debe añadirse que el art. 77 del código de fondo se refiere indistintamente a ambas categorías y que, en el caso de autos, los imputados claramente participaban de una función pública, en tanto al momento de los hechos se desempeñaban como agentes del Servicio Penitenciario Provincial, y también lo hacían al momento de dictarse la resolución recurrida, conforme surge de las constancias de la causa y especialmente del informe agregado a fs. 264, por lo que considero que evidentemente se encuentran comprendidos en la causal de suspensión analizada.

Estas circunstancias justifican, en consecuencia, que el curso de la prescripción de la acción penal se vea suspendido *intertanto* los imputados continúe en ejercicio de aquella función, evitándose así que la persecución penal se agote como consecuencia de las dilaciones u obstáculos que ellos puedan articular con esa finalidad. Por ello, corresponde que el presente agravio también sea rechazado.

Ahora bien, respecto del último planteo casatorio, referido a que los

acusados no han obstaculizado la investigación y que, por ello, no se encontrarían comprendidos en la causal de suspensión, entiendo que tampoco puede prosperar.

En efecto, cabe destacar que en el caso de autos, si bien la investigación penal preparatoria ya ha concluido, el debate oral y público aún no se ha efectuado -en virtud del planteo traído a consideración de este Tribunal- y, por lo tanto, aún no se ha producido la prueba pertinente en esta fase del proceso. Tampoco puede soslayarse el tipo de delito que se investiga en esto obrados -vejaciones en concurso real con lesiones leves dolosas-, que la víctima es una persona alojada en Penitenciaría Provincial y que algunos de los eventuales testigos forman parte de esa institución, ya sea como compañeros de los aquí acusados o de la supuesta víctima.

Estas circunstancias adquieren relevancia a fin de determinar si el cargo desempeñado por los imputados les permite efectivamente ejercer alguna influencia en el curso del proceso, siempre que no se siga la postura doctrinaria y jurisprudencial según la cual la norma bajo estudio resulta de aplicación automática. Lo cierto es que en el caso de autos, la solución adoptada por el *a quo* en la resolución cuestionada resulta acertada.

Es que, tal como se expresó, Pablo Barroso y Daniel Zornita han seguido desempeñándose en el Servicio Penitenciario, organismo en el que prestaban funciones en oportunidad de producirse los hechos investigados. La situación señalada revela de forma evidente que la posibilidad de ejercer alguna influencia u obstaculizar el curso de la investigación cobra relevancia en las presentes actuaciones, donde la permanencia de los imputados en el ámbito específico de la actuación que motivó el inicio de estos obrados, la proximidad con eventuales elementos de prueba y, por qué no decirlo, los vínculos personales que los mismos puedan mantener constituyen eventuales fuentes -directas o indirectas- de injerencia ilegítima en el proceso penal, y concreta, a su vez, los fines tenidos en miras por el legislador al fijar los lineamientos de política criminal establecidos por la Ley 25.188.

En otras palabras, en estos obrados existen elementos suficientes para justificar la suspensión del curso de la prescripción establecida en el segundo párrafo del art. 67 del Código Penal, en tanto se verifican todas aquellas circunstancias que inspiraron al legislador al regular el instituto de la prescripción en nuestro sistema penal.

En ese orden de ideas, debe tenerse en cuenta que nuestro Cimero Tribunal ha expresado –compartiendo los fundamentos del Sr. Procurador Fiscal- que en casos como el presente, «[e]*sa legislación* [art. 67, segundo párrafo del Código Penal según ley 25.188] […] *oblig*[a] [al juez de la causa], *si no a rechazar de plano el reclamo de extinción de la acción, al menos a tomar seriamente en cuenta el fundamento de la norma adoptada por el Congreso de la Nación* […] *el cumplimiento de esos recaudos resulta tanto más exigible en el caso en que su inobservancia pone en juego la responsabilidad internacional del Estado Argentino en virtud de los compromisos asumidos mediante la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción* (aprobadas por las leyes 24.759 y 26.097, respectivamente)» (CSJN 604/2014, “Ramos, Sergio Omar s/causa nº 36.298/13”, 15/12/2015).

En virtud de lo expuesto, entiendo que la resolución dictada por la Tercera Cámara del Crimen ha sido dictada de acuerdo a las constancias de la causa y conforme lo estable la norma de fondo, sin que se verifique ninguno de los vicios denunciados por el recurrente.

Por lo expuesto y opinión concordante del señor Procurador General, corresponde dar respuesta negativa a la primera cuestión.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y regular los honorarios profesionales de los Dres. Leopoldo Martín Ríos y Alejando Matías Aramayo en la suma de pesos un mil quinientos ($1.500), en forma conjunta y a cargo de sus defendidos (cfm. arts. 557 y cc. del C.P.P.; art. 10 de la ley 3641, modificada por el decreto ley 1304/75 y sus mod.).

ASI VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

S E N T E N C I A:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se

RESUELVE:

1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 272/275 por la defensa de Pablo Barroso y Daniel Zornita y, en consecuencia, confirmar la resolución de fs. 270, dictada por la Sexta Cámara del Crimen.

2.- Imponer las costas a la vencida y regular los honorarios profesionales de los Dres. Leopoldo Martín Ríos y Alejando Matías Aramayo en la suma de pesos un mil quinientos ($1.500), en forma conjunta y a cargo de sus defendidos (cfm. arts. 557 y cc. del C.P.P.; art. 10 de la ley 3641, modificada por el decreto ley 1304/75 y sus mod.).

3.- Téngase presente la reserva del caso federal efectuada.

4.- Oportunamente, vuelvan los obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

DR. JOSÉ V. VALERIO
Ministro

DR. PEDRO J. LLORENTE
Ministro

Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 en función del art. 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 17 de agosto de 2018.