

REGISTRO Nro.: 169/09

En la Ciudad de Buenos Aires, a los 25 días del mes de febrero del año dos mil nueve, se reúnen los integrantes de la Sala Tercera de la Cámara Nacional de Casación Penal, Dres. Guillermo José Tragant, Eduardo Rafael Riggi y Angela Ester Ledesma, bajo la presidencia del primero de los nombrados, asistidos por la Secretaria de Cámara, Dra. María de las Mercedes López Alduncin, con el objeto de dictar sentencia en la **causa n° 9186** caratulada **A Marchetti, Osvaldo s/recurso de casación@**, con la intervención del representante del Ministerio Público ante esta Cámara, Dr. Ricardo Gustavo Wechsler, y del Dr. Carlos E. Caride Fitte, por la defensa del imputado.-

Efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultó que debía observarse el orden siguiente: Tragant, Ledesma, Riggi.-

Y VISTOS Y CONSIDERANDO:

El señor juez **Dr. Guillermo José Tragant** dijo:

PRIMERO:

Que llega el expediente a conocimiento de esta Sala en virtud del recurso de casación interpuesto a fs. 54/65 por la defensa particular de Osvaldo Marchetti, contra el pronunciamiento dictado por los integrantes de la Sala I de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, provincia de Buenos Aires, que resolvieron: **ACONFIRMAR** el auto apelado a fs. 19/22 vta., en todo cuanto decide y fuera materia de recurso y agravios@.-

Que el remedio intentado fue rechazado a fs. 70/72, lo que motivó el recurso de queja, a la que se hizo lugar a fs. 100, y concedido que fuera el recurso de casación, fue mantenido por el recurrente a fs. 101.-

Puestos los autos en Secretaría por diez días, a los fines dispuestos

en los artículos 465, primera parte y 466 del Código Procesal Penal de la Nación y celebrada la audiencia prevista por el artículo 468 del código de forma, según constancia actuarial de fs. 111, y previa agregación de las breves notas presentadas por la defensa , el expediente quedó en condiciones de ser resuelto.-

SEGUNDO:

El impugnante encarrila su recurso en el motivo contenido en el inciso segundo del artículo 456 del Código Procesal Penal de la Nación aduciendo la presencia de un vicio *in procedendo*.-

Señala que el llamado a prestar declaración indagatoria realizado respecto de su defendido resulta arbitrario, pues el mismo se realizó al sólo efecto de interrumpir la prescripción de la acción penal que se haría efectiva, justamente, un día después de tal llamado sin que exista motivo alguno para sospechar que habría participado en la comisión de un delito, lo cual torna nulo el acto, vulnerando el principio de inocencia, la garantía de defensa en juicio y el debido proceso.-

Agrega, que el *a quo* olvida u omite ese Aestado de sospecha@ necesario para indagar a una persona, bajo la errónea justificación referida a la Adiscrecionalidad del Juez instructor@ y que de la simple lectura de los elementos colectados en el proceso, tal sospecha no existió ni existe actualmente.-

Afirma, que hasta el llamado a prestar declaración indagatoria, el nombre de Marchetti no figuró en ningún informe, declaración y/o constancia glosada a la causa y que recién fue mencionado por el Fiscal al rechazar la prescripción planteada por la defensa de Montemitoli, donde erróneamente supone que su asistido sería directivo de la firma Memovial.-

Manifiesta que, al dictarse la falta de mérito de su defendido, nunca se mencionó específicamente qué conducta se le atribuye, sino que sólo se lo intimó por el hecho que el contribuyente Memovial S.A. habría evadido impuestos, lo que a su entender, evidencia la completa ausencia del motivo bastante requerido por la ley y agrega que, si actualmente se desconoce su supuesta participación en los hechos, con más razón se desconocía al ordenarse su

declaración indagatoria.-

Por ello, sostiene que tal llamado se efectuó con el único propósito de interrumpir el plazo de la prescripción, debido a que estando pendientes importantes y numerosas declaraciones testimoniales de diversos proveedores y sin recibir a tiempo la respuesta requerida a la AFIP (informe solicitado en junio de 2005), se ordenó arbitrariamente, el 30 de junio de 2005, convocar a prestar declaración indagatoria a Osvaldo Marchetti.-

Destaca que tal finalidad, la de interrumpir el plazo de la prescripción, encuentra fundamento también, en que recién con fecha 22 de noviembre de 2006, un año y cinco meses después de ordenada, se fijó audiencia para prestar declaración indagatoria a su ahijado procesal, el día 25 de abril de 2007, la que se hizo efectiva el 13 de julio de 2008, o sea, dos años después del dictado del auto que viene recurriendo.-

En este sentido, cita un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el que se resolvió Así bien resulta valiosa la actitud de la Cámara, que tiende a evitar que quede impune un supuesto hecho delictivo, es inadecuado subsanar la eventual morosidad judicial por obra de una sentencia en perjuicio del procesado que carece de toda fundamentación objetiva@ (316:365).-

En virtud de lo expuesto, solicita se conceda el recurso de casación interpuesto, se revoque la resolución recurrida y se declare la nulidad del auto de fecha 30 de junio de 2005.-

Por último, hace expresa reserva del caso federal.-

TERCERO:

He sostenido recientemente en la causa n1 7400 AAlderete, Victor Adrián s/recurso de queja@, reg. n1 1166/06 rta. el 17/10/06, que Ala decisión de convocar al imputado a prestar declaración indagatoria en los términos del artículo 294 del Código Procesal Penal es una facultad discrecional del juez, que no

requiere más fundamentación que la existencia de motivo bastante para sospechar que ha participado en la comisión de un delito. Si la declaración indagatoria constituye para el encartado su primera oportunidad de defensa en el proceso penal, mal puede causarle perjuicio su convocatoria@.-

Sin embargo, cuando tal llamado se erige como un medio de evitar la prescripción de la acción penal, resulta cuestionable tal dictado si del análisis del expediente puede inferirse que así lo fue (conf. causa n1 5222 ADulfano, Claudio s/recurso de casación@, reg. n1 850/04 rta. el 27/12/04, entre otras).-

Tal arbitrariedad parece confirmarse desde que se advierte la proximidad, sólo un día, del auto que llama a prestar declaración indagatoria con la supuesta fecha de extinción de la acción.-

Cabe agregar que según surge de los autos principales, la causa se inició el día 22 de agosto de 2002 y recién con fecha 30 de junio de 2005 (fs. 450) se convocó por primera vez a prestar declaración indagatoria a Osvaldo Marchetti, indicando en dicho proveído que se fijaría audiencia oportunamente, lo que sucedió recién con fecha 22 de noviembre de 2006 (fs. 514/514vta.) fijándose finalmente para el día 25 de abril de 2007 y de ese modo dar cumplimiento a las declaraciones ordenadas a fs. 450, la que se llevó a cabo el día 13 de julio de 2007, es decir más de dos años después del primer decreto.- En definitiva, habré de propiciar hacer lugar al recurso de casación deducido por la defensa de Osvaldo Marchetti, sin costas, anular la resolución de fs. 47/49 dictada por la Sala I de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, apartar a los miembros de la Sala I del conocimiento de la causa, debiéndose en consecuencia remitir las presentes actuaciones, previo envío de copia de lo aquí resuelto a la Cámara *a quo*, al señor juez instructor a fin de que dicte un nuevo pronunciamiento con sujeción a la doctrina aquí establecida.-

Tal es mi voto.-

La señora juez **Dra. Angela Ester Ledesma** dijo:

a. Previo a todo interesa señalar que en el marco de la causa 3108 caratulada *AMemovial SA s/ infracción ley 24.769"*, la sección penal tributaria de

la región oeste de la AFIP DGI denunció que a través de una fiscalización realizada, se determinó que la firma AMemovial SA@ habría evadido en concepto de IVA del ejercicio fiscal 1999 (meses 7/98 a 3/99 y 6/99) un total de \$ 223.261,49 y del ejercicio fiscal 2000 (meses 7/99 a 12/99 y 2/00 a 4/00) un monto de \$231.993,24, como así también el impuesto a las ganancias del ejercicio fiscal correspondiente al año 1999 por la suma de \$183.124,36, suceso que fue calificado en los términos del artículo 1° de la ley 24.769.

b. Ahora bien, resulta inevitable advertir que ha operado en las presentes actuaciones la extinción de la acción penal por prescripción.

En este sentido, se ha sostenido que *A...el tribunal debe actuar sin estímulo -de oficio-,... y corresponde hacerlo en cualquier ocasión si se trata del supuesto del art. 336 inciso 1°, pues la prescripción penal es de orden público. Procede se declare de oficio -aún durante el trámite recursivo- y se produce de pleno derecho por el sólo transcurso del plazo pertinente (CS, Fallos 275:241). Esto indica que el primer examen a cumplir por cualquier juez penal, consiste en verificar si respecto de la persona imputada se ha extinguido la posibilidad de perseguir por prescripción (al extremo de que en tal caso no procede absolver -sería nula la decisión- sino declararse prescripta la acción)...@ (SCBA, E.D. del 12/XII/1991, f. 43.849).*

En efecto, la extinción de la acción penal constituye una cuestión de orden público y se produce de pleno derecho por el transcurso del plazo pertinente, de tal suerte que debe ser declarada de oficio, en cualquier estado de la causa y en forma previa a las decisiones sobre el fondo. Si la acción penal se extinguió, cesó el poder punitivo como contenido del proceso, y el objeto de éste ya no es el tema inicial a decidir sino aquel referente a la causal de extinción (Fallos 186:289 y 396; 207:86; 275:241; 297:215; 300:716; 301:339; 303:164; 305:1236; 310:2246; 3224:3583; 325:2129; M.650 XXXVII AMir, Miguel Cristian Alberto y otros s/ causa n° 670", rta. 29/04/04; D. 183.XXXIX ADiaz,

Daniel Alberto s/ causa n ° 45.687", rta. 26/10/04, entre muchos otros).

Pero además, la prescripción de la acción penal guarda directa vinculación con el derecho fundamental a ser juzgado sin dilaciones indebidas y dentro de un plazo razonable (artículos 18 y 75 inc. 22 de la CN, 8.1 de la CADH y art. 14.3.c del PIDCyP).

En la especie, al momento de la ocurrencia de los hechos investigados (años 1999/2000) aún no había entrado en vigor la ley 25.990 que modificó el artículo 67 del CP, circunstancia que impone determinar si se trata o no de una ley mas benigna que, por imperio constitucional (art. 75 inciso 22 de la CN, 11.2 de la DUDH, art. 9 de la CADH) y legal (art. 2 del CP) debe ser aplicada retroactivamente.

En esta inteligencia, y en virtud del principio *pro homine* según el cual debe acudirse siempre a la norma mas amplia o a la interpretación mas extensiva cuando se trate de reconocer derechos protegidos, entiendo que la antigua redacción del artículo 67 del CP en orden a que no puede interrumpirse el curso de la prescripción por actos del procedimiento resulta sin hesitación alguna mas beneficiosa.

Por ello, teniendo en cuenta que no se puede hablar de Ajuicio@ durante la etapa instructoria, conforme el criterio sentado en la causa nro. 4949 *ASpieguel, Irma Beatriz s/ recurso de casación@*, reg. 227/04, resuelta el 3 de mayo de 2004 -criterio que torna inoficioso el tratamiento de la nulidad articulada respecto del llamado a prestar declaración indagatoria-, entiendo que, ha transcurrido el plazo máximo de seis años previsto para el delito reprochado (artículo 1° de la ley 24.769), sin que durante dicho período se realizara el juicio oral y público establecido por la Constitución Nacional contra el encausado, ni se dictara la sentencia que de aquél se deriva (art. 18 y 75 inciso 22 de la CN), toda vez que los hechos datan de los años 1999 y 2000.

Además, interesa subrayar que *A(a) sí como el proceso debe cesar cuando la acción penal ha prescripto o cuando el hecho ya ha sido juzgado, debido a que estas circunstancias obstaculizan la constitución o continuación válida de la relación procesal, también la excesiva duración del proceso penal, en*

tanto violación de una garantía básica del acusado, conduce a la ilegitimidad del proceso, es decir, su inadmisibilidad, y por tanto, a su terminación anticipada e inmediata, único modo aceptable desde el punto de vista jurídico -pero también lógico e incluso desde la perspectiva del sentido común- de reconocer validez y efectividad al derecho tratado...@ (Pastor, Daniel, AEl plazo razonable en el proceso del estado de derecho@, Ad Hoc, Buenos Aires, 2002, pág. 612).

Teniendo en cuenta que las presentes actuaciones se iniciaron con fecha 28 de agosto de 2002 (ver denuncia de fs.1/6) en relación a un hecho ocurrido durante los años 1999 y 2000, y que su tramitación superó los seis años sin que todavía se haya sustanciado el juicio, se evidencia una afectación al derecho fundamental del imputado a ser juzgado sin dilaciones indebidas y a la definición de los procesos en un plazo razonable (regla expresa de la CADH, art. 8.1), todo lo cual requiere poner fin al ejercicio de la persecución penal del Estado.

En virtud de lo expuesto, propongo al acuerdo hacer lugar al recurso de casación deducido por la defensa a fs.54/65, anular el decisorio de fs. 47/49 y el de fs. 19/22 por ser su antecedente necesario, declarar extinguida la acción penal por prescripción respecto de Osvaldo Marchetti y en consecuencia, sobreseer al nombrado, sin costas (artículos 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, 8.1 de la CADH, 14.3.c del PIDCyP, 456 inc.1°, 470, 336 inc. 1°, 530 y 531 del C.P.P.N.).

Tal es mi voto.

El señor juez **Dr. Eduardo Rafael Riggi** dijo:

Que adherimos a la solución propuesta por el doctor Guillermo José Tragant en su voto, y en consecuencia, nos pronunciamos en idéntico sentido.

Tal es nuestro voto.

Por ello, en mérito al resultado habido en la votación que antecede, el Tribunal **RESUELVE:**

HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la defensa de Osvaldo Marchetti, **SIN COSTAS**; **ANULAR** las resolución de fs. 47/49 dictada por la Sala I de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, provincia de Buenos Aires, **APARTAR** a los miembros de la Sala I del conocimiento de la causa, debiéndose en consecuencia remitir las presentes actuaciones, previo envío de copia de lo aquí resuelto a la Cámara *a quo*, al señor juez instructor a fin de que dicte un nuevo pronunciamiento con sujeción a la doctrina aquí establecida. (arts. 456 inc. 2º, 471, 530 y concordantes del C.P.P.N.).-

Regístrese, hágase saber y cúmplase con la remisión ordenada mediante atenta nota de envío.-

FDO: Guillermo J. Tragant - Eduardo R. Riggi - Angela E. Ledesma.

Ante mí: María de las Mercedes López Alduncin. Secretaria de Cámara.

Ante mí: