En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los veintiséis días del mes de julio de dos mil once, se constituye en la Sala de Audiencias de la Excma. Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Comodoro Rivadavia, el Tribunal integrado por los Dres. **María Elena Nieva de PETTINARI**, en su carácter de Presidente, **Daniel Luis María PINTOS y Martín Roberto MONTENOVO**, Jueces de Cámara, a efectos de dictar sentencia, luego de desarrollada la audiencia a tenor del art. 385 del CPP, en el marco del **Legajo de Investigación Fiscal n° 19.349**, **carpeta individual n° 1.937**, de la Oficina Judicial de esta Circunscripción Judicial, en la que tuvieron debida participación la Dra. **K. J.,** en representación de la Querellante, Sra. S. S., la Sra. Defensora Pública Dra. **María Cristina Sadino** y el imputado **D. U.**; y

----------**CONSIDERANDO**:----------

Que los días 27 y 28 de junio del corriente año se celebró la audiencia oral y pública a tenor del art. 385 del CPP, presidida por la Dra. María Elena Nieva de Pettinari, en la que se produjo la fundamentación de la impugnación presentada por la Defensa técnica de D. U. como así también se emitió la parte dispositiva de la sentencia, por lo que corresponde dar respuesta fundada a la cuestión que fue objeto del recurso y como lo ordena el art. 331 del mismo Cuerpo Legal (al que remite el art. 385, 5º párrafo, CPP).-

Encontrándose el caso en estado de dictar sentencia, el Tribunal fija las siguientes cuestiones ¿Debe admitirse la impugnación interpuesta por la Defensa de D. U. contra la denegatoria de Suspensión de Juicio a Prueba?, y en su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?.-

Cumplido el proceso deliberativo (art. 329, al que remite

el art. 385, 5º pár., CPP), se estableció el siguiente orden de votación: en primer término el Dr. Martín Roberto Montenovo, en segundo lugar el Dr. Daniel Luis María Pintos y finalmente la Dra. María Elena Nieva de Pettinari.-

A la **PRIMERA** cuestión el Dr. **MONTENOVO** dijo:

I.- El día 23 de Diciembre de 2008, a las 23 hs. aproximadamente, el rodado tipo Pick Up marca Toyota Hilux Dominio ---*** interno RI-096 de la Policía del Chubut , conducido en la emergencia por el Comisario D. U. transitaba por calle 25 de Mayo de esta ciudad cuando al llegar a la intersección con Ameghino giró hacia la derecha, en sentido inverso al de circulación de esta arteria y a una velocidad superior a la permitida, ocurriendo allí que D. H., también empleado policial, que estaba sentado en la caja de cargas del vehículo, cayó sobre la cinta asfáltica, sufriendo traumatismo de cráneo severo, edema subdural, siendo intervenido quirúrgicamente pero falleciendo el día 25/12/08.-

En tales términos el caso fue llevado a Debate, en cuya apertura la Defensa solicitó la aplicación de la Suspensión del Juicio a prueba, oponiéndose el Fiscal en virtud de la calidad de Funcionario Público del acusado, a lo cual adhirió la Querella.-

El Magistrado, en función de tal objeción, denegó el beneficio.-

II.- La Defensa ocurrió en impugnación ante este Tribunal, argumentando que el espíritu de la Ley penal, y ritual en nuestra Provincia, es el de alentar la solución anticipada de los conflictos, agotando las vías alternativas a la imposición de una pena. Además destacó que en tal cuadro, la denegatoria del instituto en un caso como el de autos, implica la violación

del principio constitucional de igualdad ante la Ley, debido a su concesión en otros supuestos de injustos más graves. En la Audiencia del art. 385 reprodujo los mentados argumentos.-

La Querella interpretó que la razón por la cual los Funcionarios Públicos se encuentran exceptuados del derecho de solicitar la suspensión del juicio radica en la confianza que la Sociedad deposita en ellos, que ello no violenta el principio de igualdad pues una persona común no reviste el carácter de servidor público, por ende no esta en la misma situación si comete un delito derivado de la conducción automotor que aquel. En la citada Audiencia atinente al recurso reprodujo su enfoque.-

III.- El análisis del caso se circunscribe, considero, al alcance que se dé a la prohibición contenida en el párrafo séptimo del art. 76 bis del CP.-

Es imposible soslayar que el hecho se verificó en circunstancias en las que el acusado, tal cual su propia admisión, desempeñaba tareas vinculadas a su cargo, dentro de las que se encontraba el manejo vehicular. Tampoco se puede negar que U. revestía, aún hoy, el carácter de Funcionario público.-

Ahora bien, sigo en el tema a Gustavo Vitale cuando expresa que con la indicada prohibición el Legislador pretendió proteger a los individuos frente a quienes ejercen funciones en las que se manifiesta el poder público estatal, al igual que resguardar a lo que podemos denominar, en sentido lato, “Administración Pública”, imponiendo un deber más fuerte de cuidado a quienes la llevan a cabo, a modo de no envilecer sus prestaciones, permitiendo que se desliguen de una eventual responsabilidad penal

cumpliendo una serie de sencillas condiciones, cuando aún están en funciones.-

Pero el principio de razonabilidad en la interpretación de la Ley penal, conjugado con el invocado por la Defensa, el de igualdad, obligan a ubicar la prohibición en los casos que el carácter de servidor público sea exigido por el injusto para el autor, es decir que se trate de delitos especiales propios (Código Penal comentado Baigún Zaffaroni, Ed. Hammurabi Tomo II, pags. 829/830).-

Analizando el tipo del art. 84 del CP., es claro que no se trata de dicha clase de injustos. Cualquier persona esta en condiciones de autoría de Homicidio Culposo.-

Pero si a ello le anexamos la variedad y cantidad de tareas relacionadas a la función policial, e incluso el régimen de “guardia pasiva” que lleva al personal de la Institución a estar potencialmente en servicio aún en momentos de franco, efectivamente se configuraría una lesión al principio constitucional de igualdad sí se le restringiera a los policías, en todos los casos, la posibilidad de acceder al beneficio del art. 76 bis y siguientes del Código de fondo.-

Insisto en que una interpretación racional de la Ley penal nos debe conducir a mantener el referido obstáculo solo en aquellos casos en que lo medular de la prestación de tareas de la Policía se vea afectado. No es del caso realizar una enumeración exhaustiva, pero existen sobradas figuras penales que requieren, al nivel de la autoría, la calidad de Funcionario público, supuestos íntimamente vinculados a la tarea policial (Libro II Titulo 5, y Título 11 capítulo 4, por ejemplo).-

IV.- Si bien para determinada Doctrina la mera disconformidad Fiscal obsta a la concesión del beneficio de la llamada “probation” (conf. Gustavo Bruzzone “Fiscales y Política Criminal” pag. 159), los actos del Ministerio Fiscal deben ser fundados (arts. 194 C.Ch. y 114 CPPCh.), remedo del sistema republicano de gobierno consagrado constitucionalmente, que impone que las decisiones estatales sean razonables.-

En ello coincide la totalidad de la Doctrina respecto del instituto en cuestión (Gustavo Vitale “Suspensión del Proceso penal a Prueba”, Editores del Puerto pags. 183/184; Bovino, Alberto “La Suspensión del Procedimiento Penal a Prueba en el Código Penal Argentino” Ed. Del Puerto, pag. 155).-

Entonces, y en tanto la decisión del Juez penal se ha basado en el dictamen Fiscal, resulta imprescindible analizar las razones de la negativa del Funcionario del Ministerio Público, cuyo control de legalidad fue efectuado, y avalado en tal sentido, por el Magistrado indicado.-

Tales razones se pueden referir a un “juicio” político-criminal que sustente la inconveniencia del otorgamiento del beneficio en el caso concreto como sostiene Bovino, o que obliga al Tribunal en el sentido de una estimación apriorística respecto de la imposibilidad en el caso concreto del dictado de una condena de ejecución condicional como entiende Magariños, o que debe consistir en un análisis de la concurrencia de los presupuestos legales del instituto, como sostiene Vitale.-

Este Tribunal ha aceptado el criterio consistente en la posibilidad de incorporar al dictamen Fiscal razones de política criminal

relativas al caso concreto que obstaculicen la concesión del instituto, las cuales podrían tener vinculación, dicho esto sin anticipar ninguna clase de opinión sobre el punto, con parte de lo argumentado por la Querella.

Pero tal discusión debe darse en el marco de la instancia anterior, pues lo que aquí se decide es la inexistencia del impedimento visualizado por el Ministerio Fiscal, la Querella y el Juez para viabilizar el beneficio, pero corrida tal barrera, el caso debe ser remitido nuevamente al Juez penal que corresponda para que se discuta la posibilidad de concesión de la Suspensión de Juicio a Prueba, y, de así corresponder, todo lo que a ella atañe (reparación, plazo de prueba, reglas de conducta etc).-

Dos cuestiones para finalizar. Ha tomado estado parlamentario en el Congreso de la Nación un proyecto para ampliar la posibilidad de extender la Suspensión de Juicio a Prueba a los casos en que tengan participación Funcionarios Públicos, lo cual, basamenta aún más el criterio aquí expuesto.-

Y, nuevamente, se verifica en este trámite la disfuncionalidad de la reforma introducida al art. 49 del CPPCh., el cual actualmente admite la petición de “probation” hasta el comienzo del Debate y, originalmente, en consonancia con la estructura general del ritual, preveía el tratamiento de todas las soluciones alternativas al Juicio Oral en la Audiencia preliminar, despejando el camino para que en el Debate se analicen solo las cuestiones de fondo, culpabilidad, inocencia, normas aplicables al caso.-

Los Debates resultan actos procesales complejos, cuya preparación insume tiempo y esfuerzo, que se desperdician cuando la actual hermenéutica del sistema admite que al comienzo del Juicio sea posible

plantear una solución alternativa del conflicto, contra cuya denegatoria existe impugnación ordinaria, lo que obliga necesariamente a reprogramar el Juicio, convocar nuevamente testigos, etc.-

Considero que no debió el Legislador alterar el diagrama original del Código en cuanto al punto. Así voto.-

A la **PRIMERA** cuestión el Dr. **PINTOS** dijo:

I.- En la deliberación hemos coincidido que, tanto el juez penal interviniente en la audiencia de debate como el acusador público –a cuyo dictamen negativo se remite aquél en su decisorio-, han seguido evidentemente una interpretación literal de la normativa aplicable al caso, es decir el séptimo párrafo del art. 76 bis del CP, que prescribe que no es procedente la suspensión de juicio a prueba cuando en el delito hubiera participado “un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones”.-

En el caso, no se encuentra controvertido que el acusado D. U., cometió el hecho en su calidad funcional de Comisario de Policía y Jefe de Comisaría, todo ello según las acusaciones –pública y de la querella- que motivaron la apertura del juicio; como asimismo, las propias manifestaciones del imputado en oportunidad de la audiencia del art. 385 CPP. Aunque no está demás aclarar que la consideración de la actividad desplegada por el acusado, como vinculada al ejercicio de sus funciones, sólo es posible en el marco de las muy particulares características que presenta la función policial, más aún, tratándose de tareas de apoyo prestadas fuera del ámbito de su jurisdicción, y en calidad de “chofer” de un móvil (en la acusación pública se puede leer: “…que por calle 25 de Mayo circulaba el vehículo tipo Pick Up marca Toyota Holux, dominio ---***, interno policial RI-086, conducido por el

Crio. D. U.… el vehículo mencionado procede a girar hacia la derecha retomando en sentido contrario al tránsito, momento en que D. H., quien venía sentado en la caja de cargas del vehículo, es despedido del mismo, cayendo sobre la cinta asfáltica… en relación a la mecánica del hecho, … cuenta con la pericia accidentológica efectuada por el Sub-Crio Ansaldo, de la que se desprende que la causa primaria del presente hecho fue la velocidad desarrollada por el rodado… la que circulaba a 49 km/h, virando hacia calle Ameghino …provocando que su conductor pierda el dominio y comience a derrapar. Proyectando a la víctima que iba sentado en la compuerta posterior y guardabarros posterior del lado izquierdo de la caja de la pick up,… no apta para transporte de personas … este Ministerio Público considera que la pena aplicable no excederá tres (03) años de prisión y ocho (08) años de inhabilitación especial para la conducción de vehículos automotores…").-

Ahora bien, resta considerar si la interpretación literal referida *ut supra*, se ajusta entonces a la finalidad tenida en mira por el legislador al regular el instituto de la suspensión de juicio a prueba, conforme una hermenéutica adecuada a los principios constitucionales y de derecho internacional humanitario, que conciben al mismo como una solución alternativa de conflictos.-

En esta inteligencia, se advierte a título comparativo que la Procuración general de la Nación ha instruido a los representantes del Ministerio Público Fiscal de las instancias inferiores, para que se opongan a la concesión de la suspensión de Juicio a Prueba "siempre que se esté ante un delito de Corrupción –de conformidad con lo establecido por … la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y la Convención Interamericana

contra la Corrupción-..” (Resolución PGN 97/09, de fecha 14 de agosto de 2009, citada en: “Código Penal de la Nación comentado y anotado”, Andrés D’ Alesio, Director, Mauro Divito, Coordinador, tomo I, pág. 1102).-

De manera entonces que, como vemos, pareciera ser que los destinatarios de la prohibición legal, son aquellos funcionarios públicos que hubieran cometido delitos de una cierta entidad, como para comprometer el adecuado desenvolvimiento de la función pública. Asimismo, este resulta también ser el criterio que ha llevado, a otros, a sostener que la única interpretación posible del citado párrafo del art. 76 bis, si no se quiere colisionar con el principio constitucional de igualdad de la ley, es restringir la limitación a los delitos especiales que exigen la calidad de funcionario en el autor –entre los cuales, obviamente, no se encuentra el de Homicidio culposo- (cfme. Vitale, Gustavo L., aporte en el “Código Penal y normas complementaria. Análisis doctrinario y jurisprudencial”, Baigún-Zaffaroni, Dirección, Terragni, Coordinación, pág. 830: “…sólo resulta razonable tal exclusión en relación a los delitos especiales que exigen la calidad de funcionario en el autor, pues es precisamente la función pública el centro de atención de la exclusión legal, lo que debe complementarse con la necesidad de que al funcionario se le impute participación en aquellos delitos que tomen en cuenta el ejercicio de la función pública como núcleo de la agravación o de la prohibición de la pena… si a un funcionario policial se le imputa el daño doloso de un vidrio, probablemente cometido en el momento de efectuar un allanamiento, no hay razón para negarle la suspensión del proceso penal a prueba –más allá de la sanción administrativa o de otra índole que le pudiera corresponder por ese hecho-. En cambio, existe razón legítima para

establecer la obligatoriedad de la prosecución de la causa –y por ello para imposibilitar la suspensión del proceso a prueba- si al mismo funcionario se le atribuyera la realización del allanamiento en forma ilegal …, ya que en este caso la calidad de funcionario público es directamente considerada por la ley, como fundamento de la prohibición penal, que se encamina a tutelar la función pública –además de la intimidad domiciliaria-. Esto es claramente compatible con la restricción legal de la suspensión del proceso a los casos de funcionarios públicos que se encuentren en ejercicio efectivo de la función que les es propia, pues, si sólo se pretendiera ser más riguroso con los funcionarios por el mero hecho de ser tales, debería excluirse la posibilidad de suspensión sólo por revestir tal calidad, aunque se encuentren ejerciendo una actividad privada (y ello no admitiría, tampoco, una explicación razonable ni compatible con el principio constitucional de igualdad ante la ley)".-

Adviértase que, inclusive aquellos Tribunales que se han inclinado por una interpretación más estricta –como lo hace la resolución impugnada- en cuanto a la actuación del funcionario público "en el ejercicio de sus funciones", expresamente exigen que se trate de un ilícito "que pueda ser considerado como un abuso de poder en el desempeño de las legítimas funciones atribuidas" (cfme. Sala Penal de TSJ de Córdoba, causa "B., E. O.", sentencia del 16/8/06, con cita de Bovino; se trataba de una Cabo Primero de Policía acusado por Homicidio cometido con arma de fuego, en perjuicio de un sujeto a quien había intentado detener y que pretendió soltarse, siendo entonces que se le escapó un disparo del arma reglamentaria que portaba, y un proyectil impactó en el cuerpo de la víctima).-

A mayor abundamiento, cabe recordar que,

reiteradamente, hemos sostenido que tanto la decisión del Tribunal como la opinión del Fiscal, adversas al otorgamiento de la Suspensión, deben ser fundadas y controlables según criterios de legalidad y razonabilidad; de donde se colige que, en el presente, los motivos de la denegatoria resultan a todas veces insuficiente máxime, si tenemos en cuenta además, la línea marcada por la CSJN en esta materia, en el sentido de que la suspensión de juicio a prueba configura una solución alternativa del conflicto, a la que tiene derecho el acusado, y además que debe regir en la aplicación del instituto el principio *pro hómine,* y nunca una interpretación extensiva de la punibilidad (caso “Acosta”, sentencia del 23/4/08)-.-

Por último, también es dable destacar que el Ministerio Público Fiscal no contestó el emplazamiento del art. 384 CPP, ni compareció a la audiencia del art. 385 CPP.-

II.- Como consecuencia de todo lo expuesto precedentemente, hemos concluido en la deliberación que la solución más justa adecuada al caso, es que no resulta razonable excluir al acusado U. de la posible aplicación del instituto de la suspensión de juicio a prueba, por el solo hecho de su condición funcional y encontrarse inmerso en una actividad propia del ejercicio de sus funciones. Por lo que corresponde disponer que se vuelva a examinar en audiencia el supuesto, desde una perspectiva más abarcadora, y que contemple integralmente, además de aquellos parámetros, las características del hecho, las condiciones del imputado, la posibilidad de la condena de ejecución condicional, etc..-

III.- Adhiero al voto del Vocal que lidera el Acuerdo, y por ende me expido por la afirmativa a la presente cuestión.-

A la **PRIMERA** cuestión la Dra. **PETTINARI** dijo:

La defensora pública Dra. Viviana A. Barillari, asistiendo técnicamente al imputado D. U., en el Legajo de Investigación Nº 19.349 – Carpeta Individual Nº 1.937 de la Oficina Judicial de Comodoro Rivadavia- en la audiencia del art. 385 del CPP, en la que ratificara los agravios vertidos en su libelo obrante en los presentes actuados, plantea la impugnación de la Resolución de fecha 21 de marzo de 2011 que rechaza el pedido de suspensión del juicio a prueba solicitado por la misma en audiencia y en los términos del art. 76 bis del C.P.-

Establece la recurrente : *"Que la presente causa, se inicia por un hecho ocurrido en esta ciudad el día 23 de diciembre de 2008, siendo las 23,00hs. aproximadamente, en circunstancias en que por calle 25 de Mayo circulaba el vehículo tipo Pick Up Toyota Hilux, dominio ---***, interno policial RI-086, conducido por el Crio. U.. Al llegar a la intersección de calle 25 de Mayo y Ameghino, el vehículo sindicado procede a girar hacia la derecha retomando por Ameghino, momento en que D. H., quien venía sentado en la caja de cargas del vehículo, cae sobre la cinta asfáltica. Que producto del golpe, H. presentó traumatismo de cráneo muy severo con hematoma subdural de todo el parietal izquierdo, con edema cerebral intenso, en coma, siendo intervenido quirúrgicamente con alto riesgo de vida. Que posteriormente, con fecha 25 de diciembre de 2008, D. H. fallece. En la audiencia llevada a cabo con fecha 21 de marzo de 2011 la defensa solicitó la suspensión del juicio a prueba enmarcando su petición en el cuarto párrafo del art. 76 bis de C.P., entendiendo que las circunstancias del caso permiten dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable, toda vez que mi*

asistido no tiene antecedentes penales, ni legajos de investigación en trámite y es la primera vez que tiene contacto con el Poder Judicial y ofrece reparar el daño en la medida de sus posibilidades… No escapa al conocimiento de esta defensa, que la ley penal establece que la suspensión del proceso a prueba no procederá "cuando un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, hubiese participado en el delito" (art. 76 bis, séptimo párrafo, CP). En este caso, el Comisario U. conducía el móvil R.I. 086 correspondiente a la Seccional Segunda, prestando colaboración ante el inmediato apoyo que solicitaban de la Seccional Primera, como consecuencia de los graves incidentes que se estaban ocasionando por el festejo de un campeonato de fútbol. En tal sentido, la ley penal excluye del ámbito de la suspensión a los funcionarios públicos imputados de haber cometido un delito en el ejercicio de sus funciones. Siendo así, sólo se presenta razonable tal exclusión en relación a los delitos especiales que exigen la calidad de funcionario en el autor, pero no se exige en relación a cualquier delito, sino sólo con respecto a los que tienen a esa calidad personal como fundamento de la prohibición penal. Adviértase que la calidad de funcionario no es una circunstancia exigida legalmente para todos los delitos, sino sólo para algunos que atribuyen a esa circunstancia, especial consideración. Una exigencia de esa índole para un individuo, en relación a cualquier delito y por el sólo hecho de tratarse de un funcionario público, importaría un trato legal discriminatorio, contrario al principio de igualdad ante la ley. La propia exigencia legal de tratarse de delitos cometidos en ejercicio de sus funciones muestra que es el desempeño de esa actividad, el centro de atención de la exclusión legal, lo que debe complementarse con la necesidad de que el delito en el que

participe, sea de aquellos que tomen en cuenta el ejercicio de la función pública como núcleo de la prohibición".-

Cita la impugnante jurisprudencia y autores sobre el Instituto de Suspensión del Juicio a Prueba. Refiere asimismo que *"El Ministerio Público Fiscal se opuso a la concesión de la suspensión de juicio a prueba, considerando que en este caso concreto existe un obstáculo fundamental y es por ley, consistente en que el delito fue cometido por D. U. en su calidad de funcionario público y en ejercicio de su función. Entiende que es un obstáculo fundamental a los fines de la concesión del beneficio. La parte querellante adhiere a lo manifestado por el señor Fiscal. El Juez que intervino en la audiencia, no hizo lugar a la suspensión del juicio a prueba solicitada por la defensa, teniendo en cuenta la condición de funcionario público y la circunstancia fáctica expuesta por el Ministerio Público Fiscal, titular de la acción pública, a la que se adhiere la querella, y que fue receptada por la juez natural de la causa al momento de dictar el auto de apertura a juicio oral y público, que el hecho a juzgar fue en ejercicio de sus funciones. Es por ello que la defensa hizo reserva de impugnar la decisión, enmarcando su posición en la tesis amplia y en el principio de Igualdad ante la ley previsto en el artículo 16 de la Constitución Nacional, en el artículo 6 de la Constitución Provincial, en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 7 de la Declaración Americana de los Derechos y deberes del Hombre y artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos… El Magistrado, al rechazar el pedido de suspensión de juicio a prueba, ha efectuado una interpretación literal, in malam partem, de lo normado en el art. 76 bis, -7º párrafo-, del C. Penal,*

interpretación que, a juicio de esta defensa, no se corresponde con su verdadero alcance. Tratándose de una cuestión de interpretación del sentido y alcance que cabe atribuir a una norma penal, la vía recursiva es la única posible en esta etapa… Es de destacarse la importancia que reviste en casos como el presente el método de interpretación y en tal sentido tengo en cuenta Karl Gossel –representante de la doctrina alemana más avanzada- que entiende que "el juzgador en el método interpretativo debe tener primordialmente en cuenta la política criminal; es decir, cuál ha sido la finalidad de la institución, apartándose de esta forma de la supuesta ambigüedad que traduzca la letra de la ley" (cit. Por Maurach y Zipf, en su "Tratado de Derecho Penal", Parte general). Continúa la impugnante citando a destacados autores sobre el punto y en consideración subrayando que se trata de un delito culposo… *por otra parte, es menester poner de manifiesto las circunstancias que rodearon el hecho llevado a juicio, la premura que demandaba el procedimiento, la que todos los testigos presenciales citados tanto por esta defensa y por el ministerio Público Fiscal, han hecho hincapié en sus declaraciones, y así lo expresa el Oficial M. B. "Que lo que ocurrió fue un lamentable accidente, debido a que ese día, durante los festejos de los hinchas de boca, se solicitaba pedidos de apoyo en varios lugares, para ayudar a los compañeros que eran superados", tal escenario generó que los numerarios que circulaban a pie subieran en forma espontánea a la caja del móvil RI 086, siendo además oportuno referir, que según la pericia accidentológica realizada en base a una huella de derrape, cuyo origen se desconoce, -ya que el lugar de los hechos no fue preservado-, esta pericia en contradicción de los testigos presenciales arroja una velocidad de 49 Km por*

hora, esta notable discrepancia solo deja en evidencia que dicha marca de derrape no corresponde al vehículo interviniente en el suceso, como tampoco se le puede endilgar la circulación en contramano, ya que la calle Ameghino se encontraba cortada, y que al encontrarse liberada, era la vía más corta para arribar al lugar a donde se solicitaba la ayuda.".-

Por último la impugnante hace reserva del caso Federal por arbitrariedad de sentencia, ya que en el caso hubo una errónea interpretación y aplicación de la ley sustantiva, lo que afecta el principio constitucional de Igualdad ante la ley (art. 16 C.N) y la garantía de la defensa en juicio (art. 18 C.N).-

Que corrido el traslado oportuno al Ministerio Público Fiscal como a la apoderada de la Sra. S. S. de H., constituida en parte querellante en la presente causa, sólo ha contestado la Dra. A. K. J. en representación de la Sra. H. rechazando lo peticionado por la Defensa de U., expresado en su libelo que acompañó, ratificando sus dichos en la audiencia del art. 385 del CPP. Subraya que no resulta procedente la aplicación del instituto del beneficio de suspensión del juicio a prueba respecto de funcionarios públicos que cometieren delitos en ejercicio de sus funciones. Amén de realizar otras consideraciones sobre el punto, destaca : *"...que U. , en el caso en concreto comete un delito culposo, mientras prestaba servicios de policía, y el trato que la ley le da es el mismo que a cualquiera de sus compañeros en prestación de servicios, y si bien es más exigente que con los ciudadanos comunes o civiles, cabe destacar que no es descabellado pretender que personas en quienes depositamos nuestra seguridad y quienes deban velar por el cumplimiento de las normas, deban responder de un modo*

más “agravado” cuando son justamente ellos los que violan las normas impuestas y productos de esa violación normativa resulta ni más ni menos que la muerte de una persona. Nótese que si bien estamos frente a un homicidio culposo, la condición de funcionario público del imputado no puede soslayarse, y no es violatorio del principio de igualdad, garantizado constitucionalmente, pretender que un funcionario policial no pueda acceder a un beneficio de suspensión del juicio a prueba cuando, en momentos en que prestaba un servicio de seguridad a la comunidad, por no respetar las normas de tránsito, como resultado de ello produce la muerte de una persona. Ello así, teniendo en cuenta que otro funcionario en las mismas condiciones no accedería y no recae la misma normativa sobre un ciudadano común porque resulta claro que el estado no ha depositado el cuidado y la seguridad de la comuna en cualquier individuo ni le paga a todos por ello, no está en las mismas condiciones ante la ley quien, por su condición, debe velar por el cumplimiento de las normas, que un ciudadano común, por lo que no son iguales… Como he sostenido, si bien en el caso bajo examen no estamos frente a un delito contra la administración pública, es de destacar que tratándose de delitos en los que cobra especial relevancia la negligencia, la inobservancia de los reglamentos, por su calificación de culposos, la circunstancia de que sea justamente un funcionario público en ejercicio de sus funciones el autor del hecho cobra relevancia y en ello se funda la exclusión legal”.-

Finaliza marcando que en el presente caso, y a lo que apunta la exclusión normativa, no es a una desigualdad ante la ley sino a exigir una mayor diligencia y respeto a la observancia de los reglamentos y

normas a quienes por su calidad de funcionarios al servicio de la comunidad, deben velar por la seguridad y por el cumplimiento de las normas impuestas en pos de un orden social. Entendiendo que la resolución atacada debe ser confirmada.-

Emitiré mi voto.-

El recurso que se examina debe prosperar de acuerdo al temperamento arribado en el curso de la deliberación.-

Ahora bien, el caso que nos ocupa es el de un Comisario que ante una emergencia y evidentemente con una prestación de servicios full-time en cumplimiento de una tarea impostergable a la envergadura suscitada, al comando de un móvil de la Dependencia Policial parte de la misma a dar apoyo a la revuelta que se había originado en un lugar de la ciudad. Así las cosas, quien no era precisamente chofer, en la emergencia planteada, priorizó el más inmediato cumplimiento de auxiliar a sus pares para colaborar con el orden público, ya que personal policial era desbordado por fanáticos de fútbol, con el resultado de la caída de un efectivo que iba en la caja de la camioneta que conducía y a la postre su fatal desenlace.-

El rechazo a la petición de la Defensa en la oportunidad de realizarse la audiencia de debate por parte del Ministerio Público Fiscal, como la querella, sobre a la aplicación del Instituto de Suspensión de juicio a Prueba para el imputado U., tuvo soporte para el Juez al considerar como obstáculo fundamental y por ley, consistente en que el delito fue cometido por D. U. en su calidad de funcionario público y en ejercicio de su función. Y así quedó plasmada en el inciso 1º de su Resolución que es atacada.-

En la deliberación hemos realizado el recorrido que ha

marcado la ley 24.316 y como ha ido cambiando la jurisprudencia desde su puesta en marcha, pasando de la tesis restrictiva a la amplia que es la que prima y que armoniza el principio de legalidad como el *pro homine.-*

Estimo pertinente citar la causa Nº 42.850/P/09 (int. 2568/P/09) caratulada:"P., R. E. s/inf. art. 149 bis del CP (P/L2303)" del Juzgado de Primera Instancia en lo Penal Contravencional y de Faltas Nº 23 sobre el punto: *"Ahora bien, en la tarea interpretativa de la norma-función primordial de la actividad jurisdiccional- debe privilegiarse aquella que más derechos le acuerde al imputado frente al poder punitivo estatal, teniendo en cuenta que el objetivo que persigue el instituto, entre otras cosas, es proponer una solución alternativa de resolución de conflictos. Al respecto, la CSJN ha dicho que "La finalidad de quien requiere la suspensión del proceso a prueba no es la de obtener una sentencia absolutoria, sino la de no seguir sometido a proceso mediante la extinción de la acción penal…" (Conf. "Padela, Osvaldo R y otros", rta. 11/11/97, LL 1998-B, p. 483).-*

Ha quedado en evidencia la función permanente de los servidores públicos como un igual ejercicio de sus funciones, por ello mismo traduce un contrasentido y desigualdad estar excluidos de los beneficios que establece el Instituto de suspensión de Juicio a Prueba, teniendo en cuenta que en el caso de U. debiera desempeñar sólo tareas con el cargo que ocupa, totalmente opuesto a la conducción de un móvil que no es propia de la función policial, en la jerarquía de Jefe de Comisaría. No se ha esgrimido por ejemplo cuales han sido las razones de política criminal –entre otras pautas- para que le fuera denegado el beneficio solicitado en la emergencia. Por tanto hemos acordado remover el obstáculo que establece el punto 1º de la

Resolución del a quo y propiciar una nueva audiencia tendiente a debatir si corresponde o no la suspensión de juicio a prueba.-

Para reforzar lo dicho traigo a colación lo dicho por unanimidad los señores ministros de la Corte de Justicia de la provincia de San Juan sala II el 27/11/2008. Así el Señor Ministro Dr. Carlos Eduardo Balaguer al que adhieren los Sres. Ministros Dres. Adolfo Caballero y Juan Carlos Caballero Vidal; dijo: *"Como se sabe, el párrafo séptimo del artículo 76 bis del código Penal excluye a los funcionarios públicos del beneficio de la probation, al decir textualmente: "No procederá la suspensión del juicio a prueba cuando un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, hubiese participado en el delito". La cuestión, que se discute arduamente en doctrina y jurisprudencia, es determinar el alcance de esa excepción y su adecuación a las normas constitucionales. Concretamente, en este caso particular, he de pronunciarme sobre la posibilidad de la suspensión de juicio a prueba en un supuesto de delito común (lesiones leves del artículo 89 del CP) cuya comisión se atribuye a un funcionario público en el ejercicio de sus funciones (…). Entiendo que la expresión legal "en el ejercicio de sus funciones" es determinante y crucial para definir el asunto, puesto que tal frase denota claramente que es el desempeño de esa actividad el punto de atención de la exclusión legal. De lo contrario tal expresión no hubiese sido consignada en la norma, si la intención del legislador fue la sola calidad de funcionario público del autor operara como un impedimento para lograr el beneficio de la probation. Ahora bien, sentada tal premisa de que el propio artículo 76 bis del C.P. exige que se trate de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública, esta exclusión legal sólo se presenta jurídicamente*

razonable en relación a los delitos especiales que exigen la calidad de funcionario público en el autor; es decir que se le atribuye al funcionario público -para que no proceda la suspensión del juicio a prueba- debe ser de aquellos que toman en cuenta el ejercicio de la función pública como núcleo de prohibición. Es sabido que los tipos penales indican una conducta y un autor, y en ocasiones exigen en éste una determinada condición o cualidad: se trata de los denominados delitos especiales. Son "… ciertos delitos que solamente pueden ser cometidos por un número limitados de personas: aquellas que tengan las características especiales requeridas por la ley para ser autor" (Bacigalupo, E., "Derecho Penal. Parte General". Buenos Aires, Hammurabi, 1999, p. 237). Por lo tanto, si el desempeño de la actividad pública es el fundamento de la exclusión legal, necesariamente los delitos alcanzados por la prohibición sólo pueden ser aquellos que toman en cuenta al ejercicio de la función pública como un elemento que define la tipicidad o que incrementa la penalidad. Entiendo que en los delitos cometidos por funcionarios públicos el reproche personal como autor del ilícito se deriva, no de la mera condición de "ser" funcionario público, sino de "la infracción de un deber propio del funcionario, inherente al mismo ejercicio de la función o a la prestación de servicios". Entonces, en lo atinente a la probation, junto a la verificación de la condición de funcionario se requiere la infracción de un deber comprendido en el tipo, que es lo que caracteriza la especial relación del funcionario con el contenido de injusto del hecho… Por tanto y encontrándose acusado el ex juez Domínguez de un delito común, respecto del cual no es un componente típico la calidad de funcionario público –por mas que hipotéticamente se haya cometido cuando cumplía funciones de

funcionario público o tenga vinculación con su ejercicio funcional- la denegación del beneficio por ese solo motivo implica una errónea interpretación y aplicación del artículo 76 bis, séptimo párrafo, del Código penal que amerita que el fallo sea casado. No obstante la solución que propugno, y en atención a que la concesión o no de la suspensión del juicio a prueba depende de la evaluación y cumplimiento de todos los extremos exigidos por el artículo 76 bis del Código de fondo (cuestiones que no han sido evaluadas por el a quo en razón de considerarlas de contenido abstracto a tenor de lo resuelto); como así también el eventual cumplimiento de lo normado por el artículo 76 ter ibid es de competencia del tribunal de grado; y para mantener vigente las garantías del debido proceso y doble instancia, deberá ser remitida la causa nuevamente al Primer Juzgado Correccional para que su titular resuelva el pedido de probation con apego a derecho.". Así voto.-

A la **SEGUNDA** cuestión el Dr. **MONTENOVO** dijo:

De acuerdo al resultado del tratamiento de la cuestión precedente sugiero se dicte el siguiente pronunciamiento: hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado D. U., contra la decisión interlocutoria sobre la Suspensión del juicio a prueba dictada por auto nº 297/11, de fecha 3 de marzo de 2011; revocar la mencionada resolución y remitir la presente carpeta a la Oficina Judicial de esta Circunscripción a los fines de que se proceda a designar audiencia para analizar la procedencia del instituto de Suspensión de Juicio a Prueba.-

Corresponde regular los Honorarios Profesionales de la Defensa Pública por su labor en la presente etapa de impugnación. Por ello,

ponderando la calidad de su trabajo, estimo apropiado fijar sus honorarios en la suma de dos mil pesos ($ 2.000). Asimismo corresponde regular los Honorarios Profesionales de la Dra. K. J., representante de la Querella en esta etapa de impugnación, en la suma de mil quinientos pesos ($ 1.500), (ley 2.200 t.o. ley 4335, art. 8).-

A la **SEGUNDA** cuestión el Dr. **PINTOS** dijo:

En base al resultado del tratamiento de la cuestión precedente propongo se dicte el siguiente pronunciamiento: hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado D. U., contra la decisión interlocutoria sobre la Suspensión del juicio a prueba dictada por auto nº 297/11, de fecha 3 de marzo de 2011; revocar la mencionada resolución y remitir la presente carpeta a la Oficina Judicial de esta Circunscripción a los fines de que se proceda a designar audiencia para analizar la procedencia del instituto de Suspensión de Juicio a Prueba.-

Asimismo adhiero a la regulación de honorarios impuesta a la Defensa Pública y a la representante de la querella, Dra. K. J..-

A la **SEGUNDA** cuestión la Dra. **PETTINARI** dijo:

Atento al resultado a que se ha arribado propongo se dicte el siguiente pronunciamiento: hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado U., contra la decisión interlocutoria sobre la Suspensión del juicio a prueba dictada por auto nº 297/11, de fecha 3 de marzo de 2011; revocar la mencionada resolución y remitir la presente carpeta a la Oficina Judicial de esta Circunscripción a los fines de que se proceda a designar audiencia para analizar la procedencia del instituto de Suspensión de Juicio a Prueba.-

Asimismo adhiero a la regulación de Honorarios Profesionales impuesta por mis colegas preopinantes.-

Por las consideraciones de hecho y de derecho efectuadas definitivamente este Tribunal por unanimidad,

----------**RESUELVE:**----------

1º) **HACER** lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado D. U., contra la decisión interlocutoria sobre la Suspensión del juicio a prueba dictada por auto nº 297/11, de fecha 3 de marzo de 2011 (arts. 49, 71 inc. A 1, 329 y ss., 370, 374, 382 y ss. y ccs. del CPP).----------

2º) REVOCAR la mencionada resolución y **REMITIR** la presente carpeta a la Oficina Judicial de esta Circunscripción a los fines de que se proceda a designar audiencia para analizar la procedencia del instituto de Suspensión de Juicio a Prueba.----------

3º) REGULAR los honorarios profesionales de la Defensa Pública por la labor desarrollada en esta instancia en la suma de pesos dos mil ($ 2.000), (Ley 4920).----------

4º) REGULAR los honorarios de la Dra. K. J., Apoderada de la parte querellante, por la labor desarrollada en esta instancia, en la suma de pesos mil quinientos ($ 1.500), (Ley 2.200 t.o. Ley 4335, art. 8).----------

5º) Cópiese, protocolícese, notifíquese y oportunamente remítase a la OFIJUD----------La presente es firmada por dos de los Sres. Magistrados por encontrarse en uso de licencia la Dra. María Elena Nieva de Pettinari.-