Pro
PODER JUDICIAL
CAMARA EN LO PENAL
PUERTO MADRYN

---------- En la ciudad de Puerto Madryn, Provincia del Chubut, a los diecinueve días del mes de Octubre del año dos mil once, tras haberse reunido en Acuerdo los Señores Jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Puerto Madryn, Dres. Rafael LUCCHELLI, Leonardo Marcelo PITCOVSKY, y Mónica RODRÍGUEZ, esta última Juez de la Cámara en lo Penal de la ciudad de Trelew; y bajo la Presidencia del primero de los nombrados, proceden a dictar sentencia en estos autos caratulados: **“M. E. P. S. A HURTO S/ IMPUGNACIÓN” Carpeta N º 3465; Expte. N º 12/2011 C. P. P. M.,** seguidos contra: **E. A. M.,** argentino, nacido el día 10 de Marzo de 1988, en la ciudad de Neuquen, Provincia de Neuquen, hijo de M. y de J. O., instruido, soltero, D. N. I. N º **.***.***, domiciliado en xxxxxx Nro. *** de la ciudad Trelew**,** argentino, nacido el ** de Julio de 19**, en Trelew, provincia de Chubut, en virtud de la impugnación ordinaria interpuesta por el Sr. Defensor Particular Dr. C. G. D. M. contra la Resolución N ° 387/11OFIJU PM de fecha 12 de Mayo de 2011 suscripta por la Juez Penal Dra. Flavia Fabiana TRINCHERI por la que rechazara la suspensión de juicio a prueba solicitada en favor de E. A. M..----------

--- Intervino por la Acusación la Sra. Fiscal General, Dra. Dra. Mabel COVI y el Sr. Defensor Particular Dr. G. D. M..----------

---------- Efectuado el sorteo, resultó el siguiente orden de votos: Dr. Rafael LUCCHELLI, Dra. Mónica RODRÍGUEZ y Dr. Leonardo Marcelo PITCOVSKY.-

---------- Tras deliberar el Sr. Presidente puso a votación las cuestiones en el orden y conforme lo prescribe el artículo 329 del Código Procesal Penal (Ley 5478).----------

---------- **El Juez Rafael LUCCHELLI dijo:**----------

---------- Ha venido el presente caso a revisión de esta Alzada en virtud de la impugnación ordinaria interpuesta por el Dr. C. G. D. M. contra la Resolución N ° 387/11 de fecha 12 de Mayo de 2011 por la que la Juez Penal Dra. Flavia F. TRINCHERI rechazara la aplicación del instituto de suspensión de Juicio a prueba a favor de su pupilo E. A. M..----------

---------- Efectuada la audiencia prescripta por el Art. 385 del CPP, tanto el Defensor Particular como la representante del Ministerio Público Fiscal ratificaron los escritos presentados, los que se encuentran agregados a la carpeta a fs. 06 y 09, respectivamente.----------

---------- Así también la Fiscal –Dra. COVI- hizo entrega en la audiencia, y por secretaría de los informes de fecha 15 de febrero de 2011 y 9 de marzo de 2011, a los fines de su ponderación en esta instancia.----------

---------- El Dr. G. D. M. entendió un exceso lo resuelto por la Juez al rechazar el acuerdo sobre la aplicación de la Suspensión de Juicio a prueba en el caso, pues existía conformidad de la fiscalía.----------

---------- Así resaltó que dicho Ministerio resulta ser el titular de la acción pública y que debía ser atendida su manifestación de darle al conflicto una solución alternativa.----------

---------- A su vez indicó el Sr. Defensor que el fundamento de la Juez para negar su otorgamiento fue lo prescripto en el Art. 76 bis 7° párrafo del Código Penal, y utilizando citas doctrinarias –DONNA- señaló que la sola condición de funcionario público no bastaba para obstaculizar el acceso a la suspensión de juicio a prueba del imputado, pues ello importaría un trato legal discriminatorio que implicaría la afectación al principio de igualdad ante la ley. ----------

---------- Aludió que el delito imputado a M. es un delito común, y de ahí que no resulta óbice el otorgamiento de la probation, pues –dijo- no fue cometido por el

hecho de ser funcionario público ni se ha valido de esa condición –el imputado- para realizarlo.---------- ---------- Finalmente, solicitó se revoque la resolución atacada y se haga lugar a la aplicación del instituto solicitado.---------- A su turno la Fiscalía adhirió a lo expresado por el Sr. Defensor y haciendo lectura de los informes pertinentes del legajo fiscal, concluyó que la suspensión del Juicio a prueba era procedente pues de estos se desprendía que el delito enrostrado no resultaba ser de carácter funcional, es decir, vinculado al desempeño profesional del imputado, por lo que al no darse el supuesto legal prescripto en el Art. 76 bis, correspondía su otorgamiento.----------Sentados los antecedentes del caso, paso a fundar mi voto.----------Luego del acuerdo arribado entiendo que, por los fundamentos que a continuación expondré, se deberá revocar la resolución 387/11 en la que la Magistrada actuante, rechaza la suspensión del juicio a prueba solicitada a favor de E. A. M..---------- ---------- En primer lugar, entiendo que resulta adecuado aplicar al caso el principio de máxima taxatividad interpretativa, que exige dotar de la mayor precisión posible la interpretación que se realiza de la ley.---------- En ese sentido, el ante último párrafo del artículo 76 bis del Código Penal establece que: “*No procederá la suspensión del juicio a prueba cuando un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones hubiese participado en el delito*”.---------- ---------- La prohibición establecida en el Art. 76 bis está dirigida a los funcionarios públicos, pero nada dice sobre aquellas personas que revisten el carácter de empleados públicos.---------- ---------- Breglia Arias explica que existe una diferencia –dada por

el derecho administrativo- entre funcionario público y empleado. El primero representa al Estado ante los administrados, mientras que el segundo actúa en las relaciones internas de la Administración. En esa senda, explica que: “Para el Art. 77, Párr. 4°, empleado y funcionario son sinónimos, pero no están equiparados: funcionario es todo aquel que cumple una función pública y para definirlo hay que ver las acepciones del derecho administrativo. Se debe entender como tal, a aquel que realice o contribuya a que se lleven a cabo funciones esenciales o específicas de la Administración pública en sentido material. La diferencia entre el funcionario y el empleado no sólo es conceptual sino que tiene proyecciones jurídicas a pesar de que no haya texto legal que delimite correctamente esa diferencia, que en forma concreta existe. Funcionario es con quien el público debe entenderse para saber el criterio de la Administración en un determinado asunto. En cambio, empleado es aquel que actúa en jerarquía de cierto nivel superior, sin línea fija, dependiendo del caso concreto...” (BREGLIA ARIAS, Omar y GAUNA, Omar R., “Código Penal y leyes complementarias, Comentado, Anotado y Concordado”, 4 edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Pág. 639).----------Teniendo a la vista el informe que incorporara en la audiencia a tenor del Art. 385 del C. P. P. la Dra. COVI, surge que el Agente M., cumplió, el día en que habría ocurrido el hecho, las funciones de Auxiliar de Cabo Interno. Dicho trabajo consiste en el cuidado de presos y resguardo de efectos secuestrados.----------De ello, concluyo que el Agente M. no revestía el carácter de funcionario público, ya que la tarea que realizaba no representaba al Estado en su relación con los administrados.---------- Por los argumentos antes expuestos entiendo que se deberá revocar la resolución apelada, debiendo remitirse la presente a la Oficina Judicial de la ciudad para que otro Juez Penal de

curso al pedido de suspensión de juicio a prueba solicitado, de acuerdo a doctrina legal aplicable. Así lo voto.---------- Juzgo acertado regular los honorarios profesionales de la Defensa Particular del imputado en la suma de Pesos Trescientos Cincuenta ($350,00), con cargo a su defendido por su actuación en esta etapa. No corresponde IVA. (Art. 7 y cctes. de la Ley XIII N ° 4, antes N ° 2200 modif. por la Ley 4335).----------

----------**La Juez Mónica RODRÍGUEZ dijo:**----------

----------1. La cuestión a decidir exige determinar si resulta ajustada a derecho la denegatoria de la suspensión del juicio a prueba o si, en cambio, configura una interpretación indebidamente restrictiva del instituto e inaplicable al caso, como afirma la Defensa, con expresa adhesión del Ministerio Público Fiscal.----------

---------- En primer término creo necesario recordar que el Art. 76 bis CP, por su defectuosa redacción, ha dado lugar a diferentes posturas doctrinarias y jurisprudenciales. Esta circunstancia impone una lectura que procure armonizar la letra de la norma con otras cláusulas de naturaleza constitucional puestas en juego en su aplicación a los casos concretos. ----------

---------- En tal sentido cabe recordar la hermenéutica que en relación al instituto ha desarrollado la CSJN en el fallo “Acosta”, al señalar que “...el principio de legalidad (Art. 18 de la CN) exige priorizar una exégesis restrictiva, dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al Derecho Penal como la “última ratio” del ordenamiento jurídico, y con el principio “pro homine” que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal” (Fallos 331:858).-------

---------- Es, justamente, la entidad de las cuestiones involucradas lo que ha sido puesto de relieve por nuestro máximo tribunal federal en el fallo mencionado,

sentando una doctrina que no se limita a la cuestión vinculada a la adopción de la denominada “tesis amplia”, sino que implica una verdadera toma de posición acerca del criterio con que cabe analizar todos y cada uno de los extremos legales exigidos por la norma, para garantizar la más amplia aplicación posible del instituto dentro del marco del defectuoso texto legal.----------

----------En tal sentido, he sostenido antes que “... la posibilidad de acceder a la suspensión del juicio a prueba, en las circunstancias que fija la norma, es el “derecho” de la persona sometida a un proceso penal de no transitar –a su requerimiento- la etapa del juicio, evitando de ese modo la estigmatización que puede implicar la audiencia de debate y una eventual sentencia de condena. No se trata de un simple beneficio y mucho menos un privilegio y, como tal, su aplicación debe ser garantizada por los jueces en las condiciones de su vigencia” (en autos “P., P. E. s/ denuncia abuso sexual en representación hija menor”, Carpeta N º 2190 OJTw, Cámara en lo Penal de Trelew, sentencia de fecha 10/3/11).----------

---------- 2. Partiendo de ese marco conceptual, es preciso determinar el alcance de la cláusula de exclusión de la *probation* contenida en el séptimo párrafo del Art. 76 bis, en tanto dispone que no se aplicará el instituto “cuando un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, hubiese participado en el delito”.---------- En autos se atribuye al imputado haber sustraído, en ocasión de prestar funciones como empleado policial, la rueda de un vehículo secuestrado en la dependencia, elemento que esconde para luego ofrecer en venta. La Fiscalía considera aplicable al hecho la figura de hurto (Art. 162 CP), agravado según lo previsto en el Art. 167 bis CP, esto es, “cuando quien ejecutare el delito fuera un integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario”, aunque en rigor correspondería aplicar el Art. 163 bis –de idéntica factura- pues el delito que se imputa no es un

robo sino un hurto (Art. 162 CP).---------- Más allá de la corrección o no del encuadramiento legal escogido por la Fiscalía -la descripción de los hechos no abunda en mayores precisiones, por lo que resulta una de las calificaciones jurídicas posibles-, es claro que el imputado, como se sostiene en la resolución recurrida, es un funcionario público que comete el hecho en la dependencia en que cumplía su trabajo.----------

Sin embargo, entiendo, afirmar que el concepto normativo de *ejercicio de las funciones de funcionario público,* a efectos obstativos de la aplicación de la *probation,* se agota en la noción meramente objetiva del *status* personal de participación en la función pública, significa ampliar indebidamente el marco interpretativo de la ley, restringiéndolo respecto del reconocimiento de un derecho, en contradicción con la hermenéutica legal y constitucionalmente impuesta (arts. 44 C Ch y 31 CPP).----------

---------- Las razones puestas de manifiesto por la Sra. Fiscal General, Dra. COVI, en la audiencia del Art. 385 CPP, persuaden acerca de que las particularidades del caso autorizan la aplicación del instituto de la suspensión del juicio a prueba, tal como fuera acordado por las partes en la instancia de origen, toda vez que la conducta atribuida penalmente al acusado no ha configurado el *ejercicio de la función pública* que exige la cláusula de exclusión del anteúltimo párrafo del Art. 76 bis CP. ----------

---------- El Ministerio Público Fiscal ha prestado su consentimiento a la *probation* a partir de una evaluación integral de la evidencia colectada, particularmente en relación a dos informes que obran en la carpeta, de los que surge que el imputado, al momento del presunto ilícito, no estaba *funcionalmente* afectado a la custodia del bien sustraído, ni tenía facultades de administración o

disposición sobre el mismo, sino que circunstancialmente fue autorizado a ingresar al patio de la dependencia para lavar su motovehículo, aprovechando entonces la presencia de elementos secuestrados para proceder a la sustracción de uno de ellos.

Acierta la Sra. Fiscal al distinguir los actos funcionales de aquellos que no lo son, y tal distinción en el caso es central para decidir la cuestión. En efecto, un completo relato de los hechos permite advertir que la conducta atribuida no es de aquellas tendientes a formar o ejecutar la voluntad estatal para la realización del bien público, sino de una acción ajena al ejercicio funcional propio del cargo.---------- Siendo así, no resulta necesario entrar a considerar si la *probation* es inaplicable a los funcionarios públicos respecto de cualquier tipo de delitos, o sólo de aquellos que exijan esa calidad en el sujeto activo, esto es, los delitos especiales propios, como lo propone el recurrente, pues en el caso la conducta no representa "ejercicio de funciones" como requisito fundante de la exclusión contenida en el séptimo párrafo del Art. 76 bis CP.---------- En tal sentido la doctrina ha dicho que "La propia exigencia de tratarse de delitos cometidos *en ejercicio de sus funciones* muestra que es *el desempeño de esa actividad pública* el fundamento de la exclusión legal" (GUSTAVO L. VITALE, *Suspensión del Proceso Penal a Prueba*, 2ª edición actualizada, Editores Del Puerto, Buenos Aires, Año 2004, p. 175). ---------- 3. Sin perjuicio de mi decisión favorable al reclamo de las partes, no puedo dejar de advertir que la Magistrada A-quo, en la audiencia respectiva, instó a las partes a pronunciarse sobre la cuestión que hoy es motivo de agravio, guardando ambas inexplicable silencio. La sustanciación sugerida por la Jueza de grado aparecía como razonable, pues la lacónica descripción del hecho, ausente toda interpretación al respecto, indicaba objetivamente que habría sido cometido por el acusado *en oportunidad de estar prestando servicios como empleado policial*

en la Seccional Segunda y *aprovechando la posibilidad de acceder al patio interno de dicha seccional*, sin más detalles. Lo anterior indica que tal déficit de fundamentación de las partes muy posiblemente haya determinado la postura jurisdiccional denegatoria, así como el consiguiente desgaste que implica la sustanciación de la presente vía recursiva.----------

---------- No obstante, considero también que los jueces deben hacer un mayor esfuerzo interpretativo en casos como el que nos ocupa –máxime mediando consentimiento fiscal-, pues está en juego, ni más ni menos, el objetivo de acotar la imposición de penas de encierro a partir de la posibilidad de aplicar soluciones alternativas, que contemplen la reparación o el cumplimiento de reglas o condiciones conductuales por parte del imputado. Y que si bien no en todos los casos permiten una solución del conflicto, cuando menos significan una manera menos violenta de reconducirlo y, por tanto, más útil en términos sociales.----------

---------- 4. Por todo lo expuesto considero que debe hacerse lugar a la impugnación y remitirse las actuaciones para que, por ante el juez que corresponda, se dicte resolución de conformidad a este pronunciamiento, en las condiciones que deberán debatirse y decidirse en la instancia de origen, en los términos dispuestos por el Art. 50 del CPP. Así voto.----------

---------- 5. Adhiero al pronunciamiento sobre honorarios y costas que contiene el voto que guía el presente acuerdo.----------

---

---------- **El Juez Leonardo Marcelo PITCOVSKY dijo**:----------

---------- Llega la presente Carpeta N ° 3456 a revisión de esta Alzada, en virtud de la impugnación ordinaria interpuesta por el Defensor Particular del imputado E. A. M., Dr. C. G. D. M., contra la Resolución N ° 387/11 OFIJUPM de fecha 12 de

Mayo de 2011 dictada por la Juez Penal Dra. Flavia F. TRINCHERI; por la que rechazara el pedido de Suspensión de Juicio a Prueba solicitado.---------- ---------- Los antecedentes del caso han sido desarrollados en detalle por el Juez preopinante, por lo que en honor a la brevedad, a los mismos me remito.---------- En síntesis diré que el agravio de la Defensa se centró en que la Juez negó la aplicación del instituto en base a lo prescripto por el Art. 76 bis 7° párrafo del Código Penal, sin atender a la manifestación efectuada por la representante del Ministerio Público Fiscal propiciando su otorgamiento. Digamos que la cuestión gira en torno al análisis de si la misma –suspensión del Juicio a prueba- resulta procedente o no en el presente caso. ---------- De los fundamentos de la Magistrada en la sentencia se puede leer: *"El delito enrostrado al Señor M. autónomamente, encuadraría en el primer supuesto del Art. 76 bis..." "Ahora bien, no puedo soslayar, del relato del hecho y la propia calificación legal, que la conducta enrostrada habría sido cometida, aprovechando su calidad de empleado policial, consecuentemente, "empleado público" conforme el tercer párrafo del Art. 77 del CP, el que, en el caso que nos ocupa, se da de bruces con la manda del 76 bis 7° párrafo para hacer lugar al beneficio solicitado: "No procederá la suspensión del juicio a prueba cuando un funcionario público en el ejercicio de sus funciones hubiere participado en el delito"*.---------- ---------- He de recalcar que en la audiencia a tenor del Art. 385 del CPP la Sra. Fiscal Dra. Mabel COVI adhirió al planteamiento del Defensor dando explicaciones suficientes respecto del por qué entendía procedente que el imputado acceda al instituto, entendiendo que la exclusión legal sólo correspondía al funcionario en ejercicio de sus funciones que abusaba de las mismas para cometer el delito, y que conforme los elementos probatorios ese no era

el caso de M..---------- Así hizo lectura de los informes del Legajo Fiscal de fecha 15 de febrero y 09 de Marzo de 2011 de la Comisaría Distrito Tercera, lugar donde prestaba servicios el imputado; concluyendo que el día del hecho M. se desempeñaba como Auxiliar de cabo interno, es decir, su función era el cuidado de los detenidos, por lo que no tenía acceso directo a los secuestros. Que ello resultaba así, pues como se indicó para llegar a los mismos –patio donde se encontraban- debió solicitar autorización a su superior jerárquico.---------- Los argumentos de la fiscal y los informes policiales me llevan al convencimiento que el accionar de M. no queda comprendido en la exclusión legal del Art. 76 bis 7° párrafo del ordenamiento sustantivo, pues la misma requiere un carácter funcional.---------- Entonces, es necesario analizar en cada caso si la actividad que desempeñaba el imputado resulta dentro de su ejercicio funcional, para establecer inequívocamente que se da la exclusión legal que imposibilita el acceso a la Suspensión del Juicio a prueba.---------- Así he sentado mi criterio respecto de la interpretación que debe hacerse a la hora de analizar la procedencia del instituto en los Exptes. N ° 20/10 –“C. R., I., p. s. a Homicidio Preterintencional S/Impugnación” y N ° 03/11 –“A., J. M. s/ Muerte S/ Impugnación”-, ambos de la CPPM citando lo dicho en autos: “P., P. e. S/ Denuncia...”Carpeta N ° 2190 OFIJU Trelew, donde textualmente dije: *“(...) De los criterios ejemplares sentado en el fallo “ACOSTA”de la CSJN, cabe destacar, dentro de los principios allí consagrados en relación a la aplicación del instituto, la aplicación de la ley penal como ultima ratio y el de pro homine cuando se trata de privilegiar la interpretación legal que mas derechos acuerda al ser humano frente al poder*

estatal...”----------

---------- Lo señalado indica que cualquier interpretación de la ley debe serlo en forma absolutamente restringida cuando acote derechos y la más amplia cuando los favorezca a fin de posibilitar el acceso del imputado a la suspensión del Juicio a prueba, máxime cuando, como en el caso, se cuente con el acuerdo de quien resulta titular de la acción pública –la fiscal-.----------

---------- He de resaltar que la Suspensión de Juicio a Prueba resulta ser un medio alternativo de solución del conflicto, un verdadero criterio de oportunidad reglado, que debe ser propiciado por el Juez –Art. 32 CPP- cuando el mismo cumple con los requisitos de su procedencia, pues éste evita el desgaste innecesario de un juicio de conocimiento, los efectos perjudiciales de la prisionización, la descompresión del sistema penal, el mantener la integración social de los imputados y evitar la estigmatización del sujeto al someterse a un proceso penal y a una posible condena.----------

---------- Por todo lo expuesto, se hará lugar a la impugnación deducida por la Defensa, revocando la Resolución N ° 387/11 de fecha 12 de Mayo de 2011, a los fines que por ante el Juez que corresponda, se efectúe una audiencia para el otorgamiento del instituto, previa discusión de las pautas correspondientes, respecto del imputado E. A. M..---------- Entiendo acertado la regulación de honorarios efectuada por el Juez preopinante. Así voto.----------

---------- Con lo que se dio por culminado el Acuerdo, pronunciándose por mayoría el siguiente:----------

---------- **FALLO**:----------

---------- **I) HACER LUGAR** a la impugnación articulada por el Sr. Defensor Particular de imputado E. A. M., Dr. C. G. D. M., con costas (Art. 242 inc. 3° del

CPP).---------- **II) REVOCAR** la Resolución N ° 387/11OFIJU PM de fecha 12 de Mayo de 2011, remitiéndose la presente carpeta a la OFIJU de esta ciudad para que, por ante el Juez que corresponda, se dicte una nueva resolución conforme los lineamientos fijados en este fallo, previa discusión de las condiciones y reglas en los términos dispuestos en el Art. 50 CPP**.** ---------- **III) REGULAR** los Honorarios profesionales del Defensor Particular Dr. C. G. D. M. en la suma de Pesos Trescientos Cincuenta($ 350,00-) con cargo a su defendido por su actuación en esta etapa. No corresponde IVA (Art. 7 y cctes. de la Ley XIII N ° 4, antes N ° 2200 modif. por la Ley 4335).

---------- **IV) REGISTRESE**, protocolícese y notifíquese por su pública proclamación (Art. 331 del C. P. P.).----------

-- La presente es firmada por dos miembros del Tribunal por impedimento ulterior del Dr. Leonardo Marcelo PITCOVSKY (Art. 331, último párrafo del C. P. P.).-

Mónica RODRIGUEZ — **Juez de Cámara**

Rafael LUCCHELLI — **Presidente de Cámara**

Ante mí:

Andrea M. BOREA

Secretaría de Cámara

REGISTRADA BAJO EL N º 17 CPPM DEL AÑO 2011. CONSTE.-

Andrea M. BOREA

Secretaria de Cámara