En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los 16 días del mes de septiembre del año dos mil dieciséis los jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Trelew, doctores Omar Florencio Minatta, Alejandro, Omar Florencio Minatta y Roberto Adrián Barrios, con la presidencia del nombrado en primer término, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados **"G., A. E. s/denunciaTrelew" Carpeta 5599, Legajo 47030,** con motivo de la impugnación interpuesta por el Defensor Particular, Dr. E. G., contra la resolución Nro. 945/2016 OJTw dictada en fecha 18 de abril del corriente año.

En autos, el Ministerio Fiscal acusó a C. F. como autor del delito de aceptación ilegal de cargo público, en concurso ideal con fraude a la administración pública, por apropiación de cosa ajena en cuya tenencia hubiere entrado a consecuencia de un error, y a M. I. como partícipe necesaria, y adelantó que, al momento de requerir, la pena no sería mayor a tres años de prisión con más el pedido de inhabilitación especial perpetua.

Al momento de realizarse la audiencia preliminar, la defensa solicitó la suspensión del juicio a prueba respecto de ambos acusados.

El juez penal, Dr. Arguiano encuadró las circunstancias del caso en el art. 76 bis, 7mo. párrafo del CP y rechazó el pedido por entender que, amén de la falta de consentimiento del Ministerio Fiscal, no corresponde su otorgamiento cuando los acusados son funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones.

El defensor interpuso impugnación ordinaria argumentando que el Juez había aplicado erróneamente la ley sustantiva, afectando así distintos principios constitucionales que amparan a los imputados. Citó en apoyo de su posición la obra "Suspensión del proceso penal a prueba" de G.Vitale.

Hizo hincapié en la falta de antecedentes de sus asistidos y en su nombre ofreció la reparación del daño mediante la realización de horas de trabajo comunitario

En la audiencia de impugnación (art. 385 CPP) celebrada el día 1 de septiembre ppdo. en la sede de este tribunal, el impugnante sostuvo lo manifestado en su escrito y solicitó se conceda el beneficio a sus client

Concluida la deliberación, se estableció el siguiente orden para la emisión de los votos: Roberto Adrián Barrios, Omar Florencio Minatta y Alejandro Gustavo Defranco.

El Dr. Roberto Adrián Barrios dijo:

Habiéndose efectuado la reseña de los antecedentes del caso y de los agravios, a fin de evitar reiteraciones innecesarias, comenzaré directamente con el análisis.

1. C. A. F. ha sido acusado por la presunta comisión del delito de Aceptación de nombramiento ilegal de un cargo público en concurso ideal con fraude en perjuicio de la administración pública por apropiación de cosa ajena en cuya tenencia hubiere entrado a consecuencia de un error, en grado de autor. M. O. I. como partícipe necesario Art. 253 segundo párrafo, 54, 174 inciso 5to. en relación con el artículo 175, inciso 2do y 45, todos del Código Penal.

La sentencia, objeto de revisión, fue la dictada por el señor Juez Penal Darío Arguiano, en fecha 18 de abril del corriente año, por la cual, en forma oral, denegó la petición de suspender el proceso a prueba por la condición de Funcionarios Públicos de los encartados al momento de la comisión del delito que se les imputa.

2. Con el propósito de dar claridad a este voto, digo que el centro neurálgico que llevará la suerte de este caso, se ubica en constatar si los delitos imputados a F. e I. son de aquellos denominados especiales, puesto que el beneficio de la SJP no puede ser concedido a

funcionarios públicos que cometan delitos en ejercicio de sus funciones. En caso positivo, es decir si ambos acusados detentaran esa condición, y el delito enrostrado fuera cometido en ejercicio de la función pública, el instituto estaría bien denegado y merecería confirmarse la sentencia.

Sabido es que los denominados *delitos especiales* son aquellos en los que para poder ser autor, se requiere una específica calidad al agente (por ejemplo para el delito de falso testimonio se precisa reunir el carácter de testigo), mientras que en aquellos en donde no se requiere ninguna cualidad especial, se denominan *delitos comunes* (por ejemplo, robo, hurto, usurpación).

Esta distinción ha sido tenida en cuenta por el legislador para condicionar determinados aspectos del derecho positivo, cuya trascendencia se proyecta en el instituto que aquí analizamos. Como ya dijimos, el artículo 76 bis séptimo párrafo claramente impide que se otorgue la suspensión del juicio a prueba a los funcionarios públicos que hayan delinquido en ejercicio de sus funciones.

También la distinción entre delitos especiales y comunes presenta especial interés en peldaños de análisis referidos a la autoría y a la participación, en particular cuando en un delito especial intervienen sujetos cualificados y sujetos no cualificados.

Si escuchamos la resolución jurisdiccional, se constata lo que ya he dicho: que el motivo que determinó al magistrado a denegar el beneficio, fue la calidad de funcionarios públicos de los imputados. Sin embargo, para la comisión del delito del articulo 253 segundo párrafo, reitero, segundo párrafo, no es requisito que el sujeto activo tenga esa calidad.

Es que la aceptación ilegal de cargo puede ser cometida por todo aquel que ha sido designado para ocupar un cargo público, siendo necesario que, previo a esa

aceptación, exista una designación cuya existencia constituye su requisito de tipicidad. En otras palabras, es necesario que el autor del delito de aceptación ilegal de cargo no posea los requisitos establecidos, legal o reglamentariamente, para ocupar el cargo para el que ha sido designado.

En estos autos, llama la atención que solo se haya imputado la aceptación ilegal del cargo a quien presuntamente lo aceptó y detentó por un tiempo, y no a aquel o aquellos que cometieron el delito del primer párrafo del artículo 253, acaso simple de individualizar e imputar, que comprende la designación y propuesta, considerado este sí, un verdadero delito especial.

3. Lo mismo advertimos con más claridad, con el delito del artículo 174 inc. 5° del código, en donde el legislador específicamente agravó la figura básica de defraudación, no por el carácter del autor, sino para la protección del patrimonio del Estado.

Es dable destacar que los autores coinciden en que el sujeto activo de este tipo penal puede ser cualquier persona. Lo mismo ocurre con el delito de apropiación de cosa habida por error o caso fortuito del artículo 175 inciso 2: cualquier persona puede cometerlo.

4. Estas consideraciones llevan a estimar que las figuras penales enrostradas, constituyen delitos comunes, y no especiales, por lo que los requisitos para la concesión del beneficio de la SJT no se encuentran condicionados a ninguna característica del sujeto activo.

Se ha dicho, con razón, que la agravante de estas figuras pueden justificarse en circunstancias tales como que el autor pueda ver facilitada su acción por la situación en que los objetos se encuentran, por las particulares circunstancias que abren mayores posibilidades a la disimulación o al engaño defraudatorio, o por la especial calidad del sujeto

pasivo. Ello fue lo que justificó que el legislador diera un plus a la figura básica mediante un agravante que se traduce en mas pena, mas no en imposibilidad de negar en estos casos, una salida alternativa como puede ser la SJP.

5. Coincido con el doctor Defranco que el pretenso no invocó fundamentos suficientes para hacer lugar a la revocación de la sentencia por sus agravios, mas la revisión integral de las sentencias, que es el cargo especifico y concreto de las Cámaras Revisoras, de acuerdo al contenido que de ello dan los tratados internaciones incorporados al bloque constitucional, y la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema en leading case como lo es el precedente Casal, admiten ingresar, como en este caso, en circunstancias que, pese a no haber sido invocadas, justifican una revisión en pos de las garantías de los derechos del imputado.

6. Por último, merece destacarse también que aún en el caso que el acusado autor de los delitos detentara al momento de aceptar ilegalmente un cargo para el que no reunía los requisitos establecidos, la calidad de funcionario público, esa acción no habría sido cometida "en ejercicio de sus funciones", como exige la ley para denegar la suspensión.

Por todo ello, he de votar por la revocatoria de la sentencia que denegó la suspensión de juicio a prueba a los acusados F. e I., correspondiendo en consecuencia remitir estas actuaciones mediante la OfiJudTw, al juez penal que se asigne a efectos que se vuelva a sustanciar el pedido que, como consecuencia de esta revisión, queda pendiente.

7. Respecto de la imposición de costas y honorarios propongo sean diferidas hasta que sean fijados los correspondientes a la instancia de origen.

Así voto.

El Juez Minatta Omar Florencio dijo:

1. Se queja la defensa porque la sentencia deniega la suspensión del proceso a prueba, argumentando una errónea aplicación de la ley sustantiva por parte de la jurisdicción, puesto que ella no consulta la teleología del instituto en cuestión, afectando así distintos principios constitucionales que amparan al imputado.

La sentencia, por su parte, sostiene como fundamento para la denegatoria, tanto la vinculación de la oposición fiscal, como el carácter de funcionarios púbicos que los imputados tenían al momento del hecho.

2. Previo resolver, corresponde explicitar el marco teórico dentro del cual resolveremos la cuestión, tratando de precisar el ámbito de prohibición de la norma establecida en el séptimo párrafo del artículo 76 bis de nuestro Código Penal, en cuanto excluye de la titularidad del derecho a suspender el proceso a los funcionarios públicos que, en el ejercicio de sus funciones, hayan participado en el delito.

En esta senda, existe consenso en que no basta con portar la calidad de funcionario público y partícipe en sentido amplio- para la denegatoria, sino que es preciso, además, que el hecho se cometa en ejercicio de sus funciones o, para ser más preciso, *abusando* de sus funciones, pues está claro que no es competencia de un funcionario público la comisión de delitos. Por esto, el párrafo citado exige en forma expresa que el hecho se encuadre en el ejercicio efectivo de sus funciones, es decir, que el hecho debe ser un incumplimiento ilícito de las *funciones propias* del funcionario. Para dar un ejemplo: si un policía, durante el diligenciamiento de un allanamiento, daña o hurta dolosamente una cosa que debe secuestrar como evidencia, ello es una irregularidad o ilícito en el cumplimiento de su función, pero si daña o hurta otra cosa, estamos ante un simple daño o hurto, que no fue

cometido abusando de sus funciones, sino en ocasión de ellas, que no es lo mismo.

3. Como puede observarse, habrá que estar siempre a las conductas y resultados concretos y, luego, compararlas con sus funciones o competencias. Sin embargo, tal proceder que en teoría se presenta como fácil tarea, en la realidad suele complicarse, como lo demuestra la casuística, por lo que somos partidarios, a los efectos de asegurar un preciso ámbito de prohibición, dar una pauta segura de la que pueda inferirse que el hecho es parte del ejercicio irregular de funciones. Advirtamos que los argumentos que siguen, implican un cambio respecto de interpretaciones legales en causas anteriores, mutación originada en nuevas reflexiones que estimamos más adecuadas.

En este cometido, se puede echar mano a los tipos penales que están destinados específicamente a punir los incumplimientos de funciones públicas en general, como son aquellos tipos que exigen expresamente la calidad de funcionarios públicos, prohibiendo acciones que implican necesariamente abuso de ellas. Con esta interpretación, se brinda una pauta segura acerca de la expresión "en el ejercicio de sus funciones", limitando los casos, entonces, a los delitos especiales. Si bien esta concepción puede dejar afuera casos límite, en que el delito se comete en el desempeño de una función, ello es un costo que compensa con creces la ambigüedad -muchas veces arbitrariedad- de estimar propio de la función casos que tienen una relación confusa o difusa con ella, tal como, repetimos, ocurre periódicamente en la jurisprudencia.

Esta posición, además de brindar a las personas previsibilidad acerca de los comportamientos penales prohibidos -tarea principal de la doctrina y jurisprudencia-, está validada por la interpretación o alcance semántico de las palabras que utiliza la ley al

decir *"en el ejercicio de sus funciones"*. En efecto, la semántica de las palabras, a veces nos brinda un sentido más amplio para criminalizar, o uno más restrictivo de la represión, y, en tal caso, debemos estar a ésta última, conforme el principio de máxima taxatividad interpretativa, derivado del principio de legalidad, en la dimensión de exigencia al legislador a que agote todos los recursos lingüísticos para darle mayor precisión a la prohibición penal.

Asimismo, puede agregarse, que tal solución no lleva como consecuencia necesaria a ningún absurdo o ridiculez, o fomento de la corrupción de los funcionarios públicos, que trata de prevenir y reprimir tanto la Convención contra la Corrupción, como la ley de Ética Pública, puesto que tales fines pueden perfectamente conseguirse vía responsabilidad administrativa -inclusive con su máxima sanción, la exoneración- y con la inhabilitación voluntaria para ocupar en el futuro cargos públicos, como regla de conducta asumida por el imputado que corresponda.

En suma, para denegar la suspensión del proceso a prueba a los funcionarios públicos, amén de portar tal calidad, el hecho debe encajar dentro del ejercicio irregular de sus funciones propias y específicas, y subsumirse el mismo en un tipo penal que requiera, en su autoría, aquella calidad, es decir, debe tratarse de un delito especial.

Por último, advirtamos que tales exigencias tienen sostén en la mejor doctrina penal que se ocupa del instituto, aunque con argumentos diferentes. (*Véase: VITALE, Gustavo; Suspensión del Proceso Penal a Prueba, Ed. Del Puerto, B As, año 2004, págs. 172/177).*

4. Aplicando tal marco teórico, no cabe duda que a ambos imputados les corresponde el derecho a que se suspenda a prueba el actual proceso, toda vez que los delitos que se les imputan no requieren como cualidad

específica ser funcionarios públicos, es decir, no son delitos especiales. Así, tanto la supuesta defraudación pública, en la modalidad establecida en el inciso segundo del artículo 175, como la supuesta aceptación ilegal del cargo, del segundo párrafo del artículo 253, ambos del Código Penal, no requieren, en su autoría, la calidad de funcionarios públicos, por lo que ellos pueden ser cometidos por cualquier persona, porten o no tales calidades.

En este momento corresponde aclarar dos puntos en relación a la denegatoria del derecho respecto del imputado F.. El primero, que no está claro si él era funcionario público o empleado y, el segundo punto, suponiendo que fuera funcionario, los hechos imputados no pueden encuadrarse dentro del incumplimiento irregular de funciones propias del cargo que ostentaba en V. P., por lo que, a su respecto, también le cabe el ejercicio del derecho a la suspensión, aún cuando no se exija la tipificación como delito especial, pues, repetimos, sus hechos no se relacionan para nada con el ejercicio de sus funciones propias y efectivas.

Por tales razones genéricas y especificas, tanto la oposición fiscal, como la sentencia denegatoria, implicaron una interpretación errónea de la ley penal, estableciendo requisitos que el código, en nuestro entendimiento, no contiene, por lo que tanto la oposición fiscal, como la sentencia, se transforman en actos no fundados en derecho, trayendo como consecuencia la revocatoria de la decisión jurisdiccional, así como la declaración de que les corresponde tanto a F., como a I., el derecho denegado, debiendo los autos volver a los jueces penales competentes para que se debata acerca de las reglas de conducta a cumplir.

Con respecto a las costas y honorarios, adhiero a lo postulado por el primer votante.

El Alejandro Gustavo Defranco dijo:

1. Breve será mi sufragio en esta ocasión, habida cuenta la limitada extensión del agravio planteado por el Sr. Defensor y, a la vez, por la ausencia de motivación suficiente de la cuestión por la que interesa a este Tribunal.

2. **S**e queja el abogado E. G. del hecho que el Juez Penal Darío Arguiano, en resolución de fecha 18 de abril del corriente año, deniega la petición de suspender el proceso a prueba respecto a sus clientes, C. A. F. y M. O. I. por sus condiciones de Funcionarios Públicos al momento de la comisión del delito que se les imputa.

En efecto, de la lectura de la acusación –art. 291, CPP- surge con claridad que el MPF acusó oportunamente a los nombrados de la presunta comisión del delito de Aceptación de nombramiento ilegal de un cargo público – arts. 253, segundo párrafo, Cod. Penal-, en grado de autor a F. y de participe primario a M. I., a mas de otro delito al primero de los nombrados que no tiene incidencia en el resolutorio.

3. El abogado G. se agravia de tal proceder del *a quo*, a través de su escrito de fojas 117/118, manifestando que se conculcó así un derecho del imputado, cita obras de doctrina, hace mención al fin último del instituto y recuerda que la Sra. I. ya no presta servicios en la Administración Pública por estar jubilada.

En la audiencia a tenor del art. 385, ante estos estrados, reitera sus argumentos.

4. De lo transcripto en el punto anterior, es dable verificar que no ha traído el apelante fundamento alguno que permita ser considerado por este Cuerpo para revertir la cuestión.

Solo ha traído párrafos de obras de consulta, atinadas por cierto, pero que no guardan relación con el punto aquí a tratar, más allá de la referencia a la

"tesis amplia" contenida en el fallo "Acosta" de la Corte Nacional en materia de *probation*.

5. A pesar de esa circunstancia, obligado a la revisión de la sentencia atacada, limitado por supuesto a lo que fuera materia de agravio por el recurrente, he de decir, lacónicamente, que el recurso no puede prosperar.

Ya se ha dicho en numerosos precedentes de este Tribunal que la suspensión del juicio a prueba es un derecho del imputado a que se detenga el curso de la persecución penal y que de presentarse los requisitos legales para su dictado debe indefectiblemente concederse ese derecho, no pudiendo los operados judiciales crear pretorianamente obstáculos para su dictado que no estén expresamente establecidos en la norma penal.

En ese sentido, he sufragado en autos "C., S. G. s/denuncia - Trelew (Carpeta 4.119 OJ Tw – Legajo 30.592 OUMPF Tw) que la "*...consideración del instituto como un derecho del imputado –y no de mera gracia del poder requirente-surge sin dudar de la previsión legal de las condiciones de admisibilidad las que de presentarse en el caso deben conducir*
indefectiblemente a la concesión de la suspensión."

"*En concreto, de presentarse en el caso la petición del imputado y, para los supuestos del cuarto párrafo del art. 76 bis, la inexistencia de antecedentes y la posibilidad (teniendo en cuenta los montos de pena previstos en la parte especial) que la condena a aplicar pueda ser dejada en suspenso, de acuerdo a las mandas del art. 26 CP, indefectiblemente debe concederse el instituto, no pudiendo crearse, jurisdiccionalmente y menos de la mano del Ministerio Público Fiscal, requisitos no previstos en el dispositivo legal, so riesgo de afectar el principio de legalidad.*"

6. Por vía contraria, debe entenderse que en caso de presentarse en el caso concreto una causal que la misma ley indica como óbice para su concesión, mal puede el Juez de la causa otorgarla, bajo riesgo de obrar arbitrariamente *contra legem*.

7. Volviendo al caso que me ocupa, han sido acusados los recurrentes de la comisión del delito de Aceptación Ilegal de cargos –art. 253, C.P.-.

Este delito contra la Administración Pública prevé, precisamente, como uno de sus elementos objetivos del tipo, que el autor sea un funcionario público, tal como lo son los imputados, y que tal injusto sea cometido en el ejercicio de sus funciones –tal como aparece en forma provisoria de la acusación fiscal-.

Ello así, recurriendo aún a la "tesis" que más derechos conceda al imputado sobre la interpretación que debe dársele a la disposición del apartado 7, del art. 76 bis CP, no podría derrumbarse la resolución venida en crisis.

En efecto, contra alguna tesis restringida, que admite la denegatoria cada vez que un funcionario cometa un delito, sin importar la clase de delito que fuera (tesis criticada por el suscripto en autos *"S., C. J. s/denuncia hurto-Trelew" (carpeta Nro. 5429 OJTw, Legajo fiscal 47085)*), se alza una buena doctrina que justifica la no concesión del instituto con relación a los delitos especiales que exigen la calidad de funcionario en el autor. *"En esos supuestos existe un deber funcional en el imputado que legitima un trato legal diferente respecto de otros sujetos sometidos a proceso penal"* (Cfr. Vitale, págs. 131 a 133).

8. A más de ello, debo decir que en nada cambia esta solución, el hecho que la Sra. I. se encuentre sometida al régimen jubilatorio ya que, como se desprende de la acusación pública, el presunto ilícito fue cometido mientras se encontraba en condición de

activa siendo expresa la disposición de la ley en tal sentido.

9. Por todo ello, debe confirmarse la resolución en crisis en un todo y continuar el trámite de la presente según su estado.

Respecto de las costas y honorarios, adhiero a la postulación del primer votante.

De conformidad con los votos precedentes, esta Cámara en lo Penal, por mayoría, dicta la siguiente

S E N T E N C I A:

1) Hacer lugar a la impugnación ordinaria deducida por la defensa técnica de los imputados C. A. F. y M. O. I., cuyas demás circunstancias personales obran en autos;

2) Declarar procedente la suspensión del juicio a prueba a su favor;

3) Remitir las actuaciones a la Oficina Judicial de Trelew para que, ante otro juez penal, se dicte resolución con arreglo a la presente, bajo las condiciones que deberán debatirse y decidirse en los términos del art. 50 del C.P.P.;

4) Diferir la imposición de costas y regulación de honorarios del defensor particular, hasta tanto sean fijados en la instancia de origen; y

5) Regístrese, protocolícese y notifíquese.

OMAR FLORENCIO MINATTA **ROBERTO ADRIAN BARRIOS**

El Juez Alejandro Defranco no suscribe la presente por ausencia posterior al acuerdo. Registrada con el Nro. /2016 de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew. Conste.