Causa: "Provincia del Chubut c/ A., N." (Carpeta N° 3634- Legajo Fiscal N° 34615)

En la ciudad de Esquel, Provincia del Chubut, al primer dia del mes de junio del año dos mil dieciseis, la Cámara en lo Penal de Esquel, integrada por las Dra. Carina Estefanía, como presidente, la Dra. Nelly García y el Dr. Leonardo Pitcovsky, dicta sentencia, luego de desarrollada la audiencia a tenor del art. 385 del C.P.P. en el caso "PCIA. DEL CHUBUT c/ A., N." (Carpeta N° 3634- Legajo Fiscal N° 34615) de la Oficina Judicial de la Circunscripción Judicial de Esquel, en la .que tuvieron debida participación el Funcionario Dr. Ezequiel en representación del Ministerio Público Fiscal, la Dra. P. B., Abogada Adjunta de la Defensa Pública-, en representación de N. A.

Y **CONSIDERANDO**

Que se celebró la audiencia que prescribe el art. 385 del C.P.P., el día 17 de mayo del año dos mil dieciséis, en la que la Dra. B. sostuvo y ratificó en todas sus partes el recurso de impugnación interpuesto en su momento, contra la decisión del Juez Penal Dr. José Oscar Colabelli, dictada en audiencia realizada el día 5 de abril de 2016,que deniega la suspensión del juicio a prueba.

Oportunamente en su escrito sostuvo, que la Resolución del Juez a quo es arbitraria y carente de fundamentación suficiente.

Destaca en primer término que lo resuelto no encuentra asidero legal al denegar el beneficio de suspensión del juicio a prueba que fue en el caso, acordado conjuntamente con el Ministerio Fiscal.

A ello agrega que la sentencia del Dr. Colabelli ha sido sólo motivada en una particular interpretación respecto de la calidad de funcionario público que reviste su asistido y de la comisión del delito en ejercicio de la función, circunstancia que el Juez extiende al sólo hecho de la utilización de un elemento que fue provisto por la administración pública, aún cuando el hecho investigado no ha sido propio del servicio ni en ejercicio de dicha función.

Sostiene en relación a ello, que un elemento no transforma al imputado en funcionario público, sino las circunstancias del hecho y el obrar en calidad de tal, lo que no se ha dado en el presente caso, por lo que entiende no puede ser negado a su asistido la concesión del beneficio. Solicita se revoque la sentencia en crisis, y se conceda a su asistido la suspensión del proceso a prueba en lo términos que fue solicitada por las partes.

Efectuado el emplazamiento al Ministerio Público Fiscal, el Dr. F. adhirió a la impugnación interpuesta por la Defensa, y en este sentido expresó que los motivos de agravio giran en torno a la interpretación que el Juez de grado ha dado al 7° párrafo del art. 76 bis del Código Penal, y a la imposibilidad que dicha norma establece para conceder el beneficio a funcionarios públicos que actuaren en ejercicio de sus funciones. En virtud de ello afirma, que no basta con la calidad de funcionario público que revista el autor sino que además en necesario constatar que al momento del hecho éste se encuentre ejerciendo la función pública, que ambos elementos son necesarios para poder denegar dicha pretensión, extremos que en autos no se encuentran presentes, y que la utilización de un arma reglamentaria no coloca automáticamente al imputado en el "ejercicio de sus funciones". Cita jurisprudencia. Solicita se revoque la resolución atacada, y se conceda la suspensión del juicio a prueba peticionada.

En la audiencia la Dra. B. reiteró sus agravios, amplió los fundamentos al igual que lo hizo a su respectivo turno el Dr. Forti.

Encontrándose el caso en estado de dictar sentencia, el Tribunal fija las siguientes cuestiones ¿debe admitirse la impugnación interpuesta por la Defensa contra la decisión mediante la cual se rechaza la concesión de la suspensión de juicio a prueba?, en su caso ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?

Cumplido el proceso deliberativo (art. 329 del C.P.P.) se estableció el siguiente orden de votación: en primer lugar la Dra. Nelly García, en segundo lugar la Dra. Carina Estefanía y en tercer lugar el Dr. Leonardo Picotvsky.

La Dra. Garcia dijo: En el caso traído a esta Cámara tanto el Ministerio Público Fiscal como la Defensa cuestionan la resolución del Juez penal, Dr, José Colabelli que denegó la suspensión de juicio a prueba a N. D. Á. por su condición de funcionario público por utilizar en el hecho el arma reglamentaria.

Se le reprocha al imputado que el 31 de diciembre de 2015 aproximadamente a las 01:15 hs, se presentó en el domicilio de la familia R., ubicado en el Pasaje X entre calle P. P. y Pasaje H. A. de la localidad

de Trevelin, extrajo de entre sus ropas el arma de fuego negra 9 mm y efectuó disparos hacia los hermanos N. y J. J., que se encontraban en el exterior de la vivienda. El hecho fue calificado como abuso de armas (art. 104 C.. Penal) según el requerimiento de apertura de la investigación.

El caso encuadra en el primer párrafo del art. 7 6 bis. del C. Penal, ya que la pena máxima del abuso de armas es de tres años.

El Dr. Leonardo Forti en representación del Ministerio Publico Fiscal prestó consentimiento y la Dra. P. B., aclaró en aquella audiencia, que si bien N. A. es policía, en ese momento no se encontraba de servicio, estaba franco, vestía de civil y conducía su vehículo particular.

El Juez denegó la suspensión de juicio por considerar que no procede por tratarse de un funcionario público en ejercicio de sus funciones. No fue claro al explicar que el uso el arma reglamentaria que portaba implicaba ejercicio de sus funciones.

En primer lugar, tendré en cuenta que por su naturaleza el instituto de la suspensión de juicio a prueba, es un principio de oportunidad, que limita el principio de legalidad, aunque esté reglado en el código de fondo.

Entonces, la concesión requiere el acuerdo entre el Fiscal y el Defensor, el consentimiento del Fiscal es vinculante para el Juez, salvo ilegalidad por falta de alguno de los presupuestos exigidos por la ley.

Efectivamente el art. 76 bis. del C. Penal establece que no procede. cuando un funcionario público en ejercicio de sus funciones participó en el delito.

N. D. A. es empleado policial y reviste la jerarquía de Cabo y utilizó en el hecho el arma reglamentaria.

"La exclusión de la suspensión a juicio respecto del funcionario público que hubiese participado en el delito (CP, 76 bis, párrafo 7mo.), se funda en razones de transparencia que se vinculan con la calidad y la oportunidad de comisión del delito, en el sentido que aunque éste, no sea propiamente un delito de funcionarios, debe haber sido cometido en el ejercicio de las funciones. Un injusto en un ámbito totalmente alejado del desempeño funcional y sin conexión con éste -vgr. un accidente de tránsito en un vehículo particular con lesiones o muerte culposa- no excluye el beneficio por la sola calidad de funcionario". (Moreno Mariela del Rosario y otro s/ depositario infiel - recurso de casación TSJC.Sala Penal. 17-sep-2008 Cita: MJ-JU-M-39358-AR | MJJ39358 | MJJ39358

Con relación a esta cuestión existe doctrina y jurisprudencia de máxima amplitud, que rechazan la suspensión únicamente en los delitos

contra la administración pública, en los tipos que requieren la calidad de funcionario público en la autoría (Baigún, Zaffaroni, Código Penal Comentado,pag. 464).

Y otra de mínima que considera que excluye del beneficio a funcionarios públicos que participen en cualquier hecho punible, posición fijada po.r el STJCórdoba, en Bravo, Enrique Ornar s/homicidio culposo agravado-recurso de casación-16-08-2006.

También existen precedentes que consideran que el uso del arma reglamentaria por parte del policía aunque se encuentre de franco y de civil importa un abuso de las funciones que le son propias, ya que el estado policial es permanente, implica derechos y deberes y por eso se le permite portar y utilizar el arma reglamentaria, conforme su competencia, pero no para cometer delitos. Resalto que en estos casos el Fiscal se opuso y es el que mantiene el recurso.(M.L.A. por abuso de armas agravado-Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal-Sala I- Bahía Blanca).

Sin embargo en otros fallos, se le ha concedido el beneficio a policías que han cometido abuso de armas, considerando que el uso del arma reglamentaria no implica de por si ejercicio de la función.

"En efecto, para que se configure el supuesto de exclusión del régimen de la suspensión del proceso a prueba en cuestión, se requiere no sólo la verificación del carácter de funcionario público del imputado, sino que-también se debe constatar que el mismo se encuentre, al momento del hecho, ejerciendo la función pública que le es propia, extremo que no sucede en autos."

"Ello no varía por la circunstancia de que el encartado para cometer el hecho se haya valido de un arma reglamentaria -tal como intenta explicar la Sra. Fiscal en su escrito de apelación-, ya que aún resultando cierto ello, lo concreto es que ese suceso por sí solo no lo coloca automáticamente "en ejercicio de sus funciones". (L. G. s/ infracción art(s). 149 bis CPen. Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Sala II 4-may-2012 Cita: MJ-JU-M- 7 34 61-AR | MJJ7 34 61 | MJJ73461)

Si bien es posible exigirle al funcionario público un deber más fuerte con relación a la protección de los bienes jurídicos en juego y un apego más estricto a las normas, estos fines pueden lograrse por otras vías, ya que el uso antirreglamentario del arma es falta grave administrativa.

Atento a que el Ministerio Público Fiscal mantiene la decisión de otorgarle la suspensión del juicio, a prueba, a N. A. ya que al

momento de cometer el hecho no se encontraba en ejercicio de sus funciones, aunque utilizó el arma reglamentaria. Cabe interpretar la norma conforme el principio pro homine que fijó la Corte Suprema de Justica en los casos Acosta y Norverto, en el sentido más favorable al imputado, por lo que no resulta impedimento para otorgarle la suspensión del juicio a prueba. Así lo voto.

Por otro lado, opino que la Cámara está en condiciones de asumir competencia positiva y resolver evitando un reenvío que sólo implicaría demoras innecesarias, ya que está presentada la solicitud del Fiscal, el consentimiento del imputado y todas las demás condiciones pactadas, plazo, reparación a las victimas y trabajo comunitario.

Corresponde se regulen en 20 jus los honorarios de la Dra. P. B., abogada adjunta de la Defensa Pública, por su actuación en esta instancia. Así lo voto. **La Dra. Estefanía dijo:**

Ha quedado perfectamente establecido en las resultas de la presente sentencia el motivo por el cual la recurrente ha interpuesto el recurso ordinario que corresponde resuelva este Tribunal. De modo que, me atendré a dicho resumen, en aras de evitar reiteraciones superfluas.

Adelanto,' además, que hemos coincidido en la deliberación, lo cual significa, que tal como lo propone la Dra. Garcia, que lidera el' acuerdo, corresponde revocar la decisión dictada por el Dr. José Oscar Colabelli.

En primer lugar, me referiré a los hechos. El imputado Á., luego de haber participado de un choque con su automotor, se dirigió al domicilio de los ocupantes del otro vehículo con quienes mantuvo una discusión. Estando en dicho lugar, llegó personal policial que había sido alertado por los propietarios de la vivienda, del altercado que se producía en ese lugar.

El personal policial intervino y puso fin a la discusión que tenían en ese momento A. y los dueños de casa, logrando incluso que el imputado se retire hacia su domicilio. Sin embargo, cuando los efectivos policiales, se aprestaban a subir al móvil para retirarse, el imputado regresó y disparó con el arma de fuego reglamentaria que le provee el Estado - que había ido a buscar a su domicilio- en dirección a la vivienda. Ello motivó que los propietarios comenzaran a tirarle piedras y que A. fuera subido al móvil policial y trasladado a la Comisaría de Trevelin.

Sabido es que, es obligación del personal policial, que ante la presencia de un delito debe actuar como tal, incluso cuando resultare víctima del mismo, aunque no se encontrare en funciones.

Sin embargo, como dije, este no ha sido el caso. Dos razones tácticas que lo descartan. La primera, que como victima de un siniestro vial se presentó al domicilio de los propietarios del otro vehículo, lugar al que concurrió personal policial activo, que descarta la necesidad de que el empleado policía, deba actuar como policía en ese caso. En segundo lugar, el episodio que protagonizó con el arma, fue luego de haberse retirado del lugar, a pedido del personal policial actuante, es decir ya no era inmediato al siniestro vial que lo habría colocado como víctima y que podría generar la necesidad de su intervención como policía.

De lo expuesto surge claramente que el imputado no estaba en ejercicio de sus funciones y que tampoco se trató de un hecho que hubiera provocado su actuación, aún cuando en ese preciso momento, no estuviera cumpliendo en forma activa sus funciones.

Resta entonces resolver si el hecho de utilizar el arma reglamentaria que le ha provisto el Estado, por su condición de empleado policial, en circunstancias, que indiquen, como en el caso, que lo la utiliza como cualquier ciudadano, debe ser equiparado al ejercicio de sus funciones.

Entiendo que no y doy razones. El Juez al resolver centró su cuestionamiento al acuerdo traído por el MPF y la Defensa, en la circunstancia de que, a su entender, se configuraba el óbice del 7° párrafo del art. 76 bis del Código Penal, dado que el encartado reviste la calidad de funcionario público al pertenecer a la Policía del Chubut, centrándose entonces la discusión en la interpretación de la norma mencionada.

El párrafo 7° citado establece que "no procederá la suspensión del juicio cuando un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, hubiese participado en el delito".

Dicha norma legal, da cuenta que el legislador ha pretendido brindar un mayor resguardo a los individuos frente a quienes ejercen funciones propias del poder estatal. De allí que estipule para los funcionarios públicos un deber normativo más exigente que para el resto de las personas (G. L. Vítale, comentario al art. 76 bis y siguientes del CP, en Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, segunda edición actualizada y ampliada, David Baigún y Eugenio Raúl Zaffaroni (dirección) , Hammurabi, Buenos Aires, 2007, t. 2 B, p. 464).

En ese marco "[•••] una correcta interpretación del articulo 76 bis del Código Penal, obliga a considerar que la salvedad efectuada en su párrafo séptimo lo es en relación a aquellos casos en los que el delito

supuestamente cometido tiene vinculación directa con la actividad que se realiza, esto es, en los que se compruebe la existencia de un ejercicio abusivo de las funciones públicas que le fueron confiadas al agente" (CCCF, Sala II, c. 30.174, "Gauto, Fernando", rta.: 17/05/2011, y la jurisprudencia allí citada}, y "[...] lo relevante para que cobre virtualidad el mencionado impedimento procesal no es el estatus funcional del implicado al tiempo de sucederse el hecho delictivo, sino la relación entre el acontecimiento ilícito y la actividad que el agente despliega desde su ámbito de competencia y en representación del poder público estatal" (CCCF, Sala I, c. 45.128, "Esquivel, Ángel", rta.: 17/05/2011, del voto de los Dres. Eduardo R. Freiler y Eduardo G. Farah); citados en la causa N° 48327-00/CC/2010 de esta Sala II, caratulada "Hidalgo, Matias Ramón s/ inf. art. 183 C.P. - Apelación" rta. El 3/08/2011. Sumado a ello, es necesario remarcar que "...si la calidad de funcionario bastara para impedir que el proceso sea suspendido a prueba, como lo pretende el Fiscal, la literalidad de la previsión legal es sobreabundante.

"Si lo definitorio es que el presunto autor de un delito detente la calidad de funcionario, y lo cometa en ejercicio de sus funciones, se torna indispensable verificar ambos elementos para denegar la pretensión", (conf. Sala I de esta Cámara, voto del Dr. Vázquez en causa N° 42850-00/CC/2009 "Parrilli, Rosa Elsa s/ inf. art. 149 bis C.P., amenazas" rta. el 31/03/2010)"

En el caso, corresponde confirmar la resolución de grado que suspende el proceso a prueba respecto del imputado pese a la oposición Fiscal. En efecto, para que se configure el supuesto de exclusión del régimen de la suspensión del proceso a prueba regulado en el párrafo 7 ° del articulo 76 bis del Código Penal, se requiere no sólo la verificación del carácter de funcionario público del imputado, sino que también se debe constatar que el mismo se encuentre, al momento del hecho, ejerciendo lafunción pública que le es propia, extremo que no sucede en los hechos de la causa. (Cámara de Apelaciones Penal, Contravencional y de Faltas. Causa Nro.: 22323-02-CC/2009. Autos: L. , G. s/ inf. art(s). 149 bis C.P.. Sala II. Del voto de Dr. Fernando Bosch, Dr. Sergio Delgado 04-05-2012).

En efecto, para que se configure el supuesto de exclusión del régimen de la suspensión del proceso a prueba en cuestión, se requiere no sólo la verificación del carácter de funcionario público del imputado, sino que también se debe constatar que el mismo se encuentre, al momento del hecho, ejerciendo la función pública que le es propia, extremo que no sucede en autos. Ello no varía por la circunstancia de que el encartado

para cometer el hecho se haya valido de un arma reglamentaria -tal como intenta explicar el MPF en su dictamen-, ya que aún resultando cierto ello, lo concreto es que ese suceso por sí solo no lo coloca automáticamente "en ejercicio de sus funciones.

Por lo expuesto, la resolución del Magistrado que niega la aplicación del instituto de suspensión del juicio a prueba respecto de A. debe ser revocada. Se deberá, a los fines de la prosecución del trámite, devolver las presentes actuaciones a la OFIJU, a fin de que en el plazo legal designe un nuevo Juez Penal a fin de que conceda la Suspensión de Juicio a Prueba requerida porla Defensa, con la anuencia del MPF, con las condiciones pactadas. Entiendo adecuada la regulación de honorarios efectuada por la Dra,. García. Así voto.

El Juez Leonardo Marcelo PITCOVSKY dijo:

Llega la presente Carpeta N° 3498/16 a revisión de esta Alzada, en virtud de la impugnación ordinaria interpuesta por la Funcionaría representante de la Defensa Pública, Dra. P. B. y por el representante del Ministerio Público Fiscal, Dr. Ezequiel Forti, contra la Resolución dictada por el Juez Penal Dr. José Colabelli. Los antecedentes del caso han sido desarrollados en detalle al principio de esta sentencia, por lo que en honor a la brevedad a ellos me remito.

Sin perjuicio de ello y en una apretada síntesis, he de resaltar que los agravios -compartidos en su contenido- se centraron en que el Juez se opuso en forma arbitraria a la aplicación del Instituto, pues sólo precisó que el imputado era funcionario público, sin ahondar en un análisis serio respecto a si su conducta delictual se encontraba comprendida dentro del ejercicio de sus funciones, tal lo requiere la Ley para rechazar la aplicación del instituto.

Los argumentos de la Abogada adjunta de la Defensa y del Funcionario de la Fiscalía, que se corresponden con los elementos de conocimiento obrantes en el legajo de prueba y la Carpeta Judicial, me llevan al convencimiento de que el accionar de A. no queda comprendido en la exclusión legal del art. 76 bis 7° párrafo del ordenamiento sustantivo.

A tal efecto resulta necesario evaluar si la actividad que desempeñaba el imputado se encontraba dentro de los parámetros del propio ejercicio funcional y establecer a continuación si debía ocurrir la exclusión legal que imposibilitaba el acceso a la Suspensión del Juicio a prueba, o, si por el contrario, aplicando el principio de máxima

taxatividad interpretativa, debió otorgarse el Instituto tal como lo requirieron las partes.

Sobre el tópico, ya he expresado mi criterio en Exptes. "M., E. p.s.a. de Hurto s/Impugnación" Carpeta 3465/11 OFIJU PM; N° 20/10 - "CHAMBI RILDO, Ignacio, p.s.a Homicidio Preterintencional S/Impugnación" y N° 03/11 -"A., J. M. s/ Muerte S/ Impugnación"; "P., P. e. S/ Denuncia..."Carpeta N° 2190 OFIJU Trelew, donde textualmente^ dije: *"(...) De los criterios ejemplares sentados en el fallo "ACOSTA" de la CSJN, cabe destacar, dentro de los principios alli 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...".*

La Suspensión de Juicio a Prueba como medio alternativo de solución del conflicto, es en verdad un instituto que evita el desgaste innecesario de un juicio de conocimiento, sorteando los efectos perjudiciales, aún de la pena en suspenso, descomprimiendo además el propio sistema penal al mantener al sujeto imputado integrado a la sociedad, evitando en consecuencia su estigmatización luego de someterse a un largo proceso penal.

Del repaso de la conducta delictual que se le achaca a A., conformado ello con la demás circunstancias que rodearon el hecho, se advierte que su acción lo fue en un contexto absolutamente ajeno al ejercicio propio de su función -disparar con su arma a un tercero en circunstancias y por motivos totalmente extraños a su oficio como empleado policial-, pues la sola utilización del arma reglamentaria, tal como lo ha expresado el Juez y por eso el reproche de las Partes, no justifica per se posicionarlo como funcionario público en ejercicio de sus funciones, ya que en la conducta que desplegó no representaba al Estado en su relación con los administrados.

Que, como dijera al principio, el concepto normativo de *en el ejercicio de sus funciones* no se agota en la descripción del status de funcionario 'público, pues ello determinaría que se amplíe indebida e injustificadamente la prohibición del goce del derecho en contradicción a la génesis de la hermenéutica legal. El óbice debe ocurrir a mi juicio, sólo y cuando el funcionario público administre y/o ejecute un acto propio de su oficio.

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).

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 ser titular de la acción pública.

En consecuencia y tal como lo hemos dicho en la deliberación pertinente, debe hacerse lugar a la impugnación deducida por la Defensa y Fiscalia, revocándose la Resolución dictada por el Dr. José Colabelli, debiendo volver la presente Carpeta a la Oficina Judicial a los fines de que por ante el Juez que corresponda se efectúe una audiencia para el otorgamiento del instituto, con la discusión de las pautas de conducta a cumplir respecto del imputado en autos. Asi lo voto.

Entiendo acertada la regulación de honorarios efectiada por las Jueces preopinantes. Así voto.

Por todo ello, por unanimidad, la Excma. Cámara en lo penal,

FALLA:

1. - Revocar la decisión del Dr. José Oscar Colabelli dictada en audiencia el día 05/04/2016.

2. - Devolver las presentes actuaciones a la Oficina Judicial para que designe un nuevo Juez Penal a fin de que conceda la Suspensión de Juicio a Prueba requerida por la Defensa, con. la anuencia del MPF, con las condiciones pactadas.

3. - Se regulan en 20 jus los honorarios de la Dra. P. B., abogada adjunta de la Defensa Pública, por su actuación en esta instancia.

4. - Se deja constancia que los Dres. García y Pitcovsky, remitieron a la Presidencia del Tribunal, su voto por correo electrónico con firma digital, sin perjuicio de su suscripción material oportuna.

5. - Vuelva a la Oficina Judicial a sus efectos.

Sentencia registrada bajo N° 917/16

Fdo. Carina Estefanía