Causa: “Provincia del Chubut c/ L., J. A. y otros "(Carpeta N° 3503- Legajo Fiscal N° 32921)

En la ciudad de Esquel, Provincia del Chubut, a los veintinueve días del mes de diciembre del año dos mil dieciseis, la Cámara en lo Penal de Esquel, integrada por los Dres. Dr. Leonardo Pitcovsky, como Presidente, la Dra. Flavia Trinchieri y el Omar Florencio Minatta, dicta sentencia, luego de desarrollada la audiencia a tenor del art. 385 del C.P.P. en el caso Provincia del Chubut c/ L., J. A. y otros” (Carpeta N° 3503- Legajo Fiscal N° 32921) que tramite en la Oficina Judicial de la Circunscripción Judicial de Esquel, y en la que tuvieron debida participación la Sra. Fiscal General Dra. Fernanda Révori en representación del Ministerio Público Fiscal, el Dr. J. M. Z., Defensor Particular, y su asistido J. A. L..

Y CONSIDERANDO:

Que se celebró la audiencia que prescribe el art. 385 del C.P.P., el día 16 de diciembre del año dos mil dieciséis, en la que el Dr. Z. sostuvo y ratificó en todas sus partes el recurso de impugnación interpuesto por su asistido por derecho propio, contra la decisión del Juez Penal Dr. Hernán Dal Verme, dictada en audiencia realizada el día 17 de octubre de 2016, que deniega la suspensión del juicio a prueba.

Oportunamente en dicho escrito el imputado sostuvo, que la Resolución del Juez a quo es arbitraria y basó sus argumentos en los agravios que seguidamente se resumen.

El primero de ellos referido al apartamiento del proceso, y dirigió su crítica a la circunstancia a que el a quo no dispuso que la víctima, en éste

caso el Fiscal de Estado, debía ser escuchado. En relación al mismo agravio, se quejó en cuanto al orden en que fue resuelta la situación de los demás coimputados, y afirmó que le fue rechazada arbitrariamente su petición en cuanto que fuera tratada en primer término el acuerdo de juicio abreviado propuesto para la resolver la situación procesal de los coimputados C. y J., y afirmó que de no haber existido dicha arbitrariedad, el Juez no hubiera tenido argumentos para formular su rechazo en orden a la expectativa de pena.

En segundo término, se quejó respecto de la aplicación analógica que efectúa el Juez de grado, respecto del carácter de funcionario público que detentan los demás coimputados, haciéndola extensiva al impugnante, aún apartándose de la postura del Ministerio Fiscal, y afirmó que lo ha sometido arbitrariamente a una condición mas perjudicial que la invocada por el titular de la acción pública, que ello obstruye la viabilidad de aplicación del instituto de suspensión del juicio a prueba peticionado.

Sumado a lo expuesto, hizo mención a la arbitrariedad de la resolución dictada, en virtud a que en la misma el Juez argumentó el rechazo del beneficio, basándose en la expectativa de pena formulada por el Ministerio Fiscal, y atacó el hecho que luego, es el mismo Juez quien resolvió la situación de los coimputados funcionarios públicos, quienes mediante el acuerdo de juicio abreviado al que arribaron con el Ministerio Fiscal, accedieron a la pena de dos años de prisión en suspenso.

A su queja agregó que han sido violentadas normas más esenciales del derecho penal, al aplicar una interpretación en forma extensiva para denegar el otorgamiento de una probation, bajo el argumento de enrolarse en una pendular política criminal del Ministerio Público Fiscal. En relación a ello,

afirmó que L. es el único imputado en la causa que no reviste el carácter de funcionario público, y que al ser aplicado al nombrado las condiciones del art. 77 del C.P, se lo ha sometido arbitrariamente a la prohibición de otorgarle el beneficio de suspensión del juicio a prueba.

En virtud de lo manifestado, afirmó que se evidencia de la resolutorio atacado, el quebrantamiento del principio de igualdad ante la ley, ya que sin mayores esfuerzos se advierte que respecto del imputado mayormente implicado en los hechos investigados, se le ha dado un tratamiento mucho mas beneficioso, condenándolo al mínimo de la pena.

Por último se quejó respecto de la falta de seriedad en cuanto al ofrecimiento de reparación ofrecido al solicitar el beneficio, el que consistió en la reparación de un cableado eléctrico, como así también afirmó que como en el caso dicho ofrecimiento no fue aceptado, debió ser el propio Ministerio Público Fiscal quien debió tomar acciones respecto de las necesarias reparaciones faltantes, en virtud a la peligrosidad por daños, que la falta de realización de las mismas conlleva para los niños.

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.

Efectuado el emplazamiento al Ministerio Público Fiscal, el Dr. Cretton, Fiscal General, solicitó el rechazo de la impugnación interpuesta, y contestó cada uno de los agravios esgrimidos por la Defensa.

Respecto del primero de ellos, relacionado con la arbitrariedad de la resolución que lo pone en una situación más perjudicial al aplicarle analógicamente la calidad de funcionario público, afirmó que debe tenerse presente que el Sr. L. no sólo es coautor de delito contra la administración

pública, sino que además reconoce ser proveedor del estado con una antigüedad de doce años, circunstancia que hace que conozca acabadamente los alcances de las cuestiones técnicas que deben ser realizadas al momento de iniciar y culminar una obra. Que ello motiva la posibilidad de aplicación de la teoría restrictiva respecto a la prohibición de conceder el beneficio de suspensión del juicio a prueba a ninguno de los autores del delito, cuando en el hecho ha participado un funcionario público que hubiere actuado en ejercicio de sus funciones.

Sostuvo que debe aplicarse al caso la tesis que realiza una interpretación literal de la norma del art. 76 bis del C.P, en cuanto a que “surge claramente una referencia al hecho en el que participó un funcionario público, y no a la participación de una funcionario público en el hecho". Cita doctrina y jurisprudencia en tal sentido.

En relación a la queja respecto al quebrantamiento del principio de igualdad ante la ley, afirmó que debe ponderarse que quien asume la obligación de reconocer el hecho, ello si bien el Ministerio Fiscal propone una calificación legal y acuerda la aplicación de una pena inferior al de la figura, dicha circunstancia conlleva ante un incumplimiento, consecuencias mas severas que en su caso la revocación de un beneficio de probation.

Afirmó que la pretensión punitiva fiscal en el caso, resulta no sólo proporcional al caso concreto, sino también vinculante, dado la calidad de proveedor del Estado con una antigüedad de 12 años, circunstancia que demuestra en forma acabada que el imputado no es un improvisado en cuestiones que hacen a las contrataciones con la administración pública.

Por último, respecto de la falta de tratamiento serio en cuanto al

ofrecimiento de reparación, y la falta de escucha a la víctima en el marco del presente proceso, destacó que al ser el nombrado un especialista en la materia, entendió que atento la idoneidad del imputado en la materia, no fue presentado de manera precisa, y concreta.

Concluyó afirmando que la resolución atacada ha sido debidamente fundada por el Juez Penal interviniente, y atento la falta de fundamentos de la impugnación de la defensa, solicitó el rechazo de la misma.

En la audiencia el Dr. Z., reiteró los agravios esgrimidos en el escrito por su asistido, y amplió los fundamentos, al igual que lo hizo a su respectivo turno la Dra. Revori en representación del Ministerio Público Fiscal.

Por último, el Tribunal le concedió la palabra al imputado, quien manifestó circunstancias en relación al trámite de la causa y las consecuencias que la misma ha tenido en su situación personal y laboral.

Cumplido el proceso deliberativo (art. 329 del C.P.P.) se estableció el siguiente orden de votación: en primer lugar, el Dr. Pitcovsky, en segundo lugar, la Dra. Trinchieri y por último el Dr. Minatta.

El Juez Leonardo Marcelo PITCOVSKY dijo: Al inicio de la sentencia se encuentran detallados los agravios de la Defensa y el responde de la Fiscalía respecto de la negativa del Juez interviniente para aplicar el instituto que prevé la Ley 24.316, por lo que en honor a ser breve a estos me remito, sin perjuicio que obran en los escritos presentados oportunamente, luego ratificados en la audiencia de impugnación conforme surge del audio.

Ha dicho el Sr. Defensor en su queja que no existe delito por el que se persigue a su defendido L., por cuando la obra se encuentra culminada, además qué no se ha establecido cuál es la defraudación en concreto. Sin

perjuicio de ello, a los fines de la aplicación de la “Probation” ofrece como reparación la instalación de un nuevo cableado eléctrico en la escuela. Agregó el Letrado que la Fiscalía de Estado como víctima no estuvo presente al momento de discutirse el asunto, por lo que se ha violado lo prescripto en el artículo 49 del CPP. Finalizó que ante la falta de antecedentes de L., procede la aplicación del instituto en el presente hecho.

A su turno la Fiscalía rebatió estos argumentos y propuso se confirme la decisión del Magistrado en consideración a lo expresado, por ese Ministerio, oposición que a su juicio se encuentra correctamente fundada. Alegó en ese sentido que la misma se motiva en la pena en abstracto del delito en cuestión, entendiendo razonable que en caso de ser condenado el imputado debería ser sancionado con una pena de cuatro años de prisión, en atención a la naturaleza del hecho y al grado de participación que tuvo en el mismo, destacando en suma que se trata de un hecho] cometido contra la administración pública, donde el autor es un funcionario público, siendo política del Ministerio Fiscal que esta clase de delitos sea ventilado en juicio oral y público, puntualizó la Dra. Révori. En relación a la ausencia de la Fiscalía de Estado en su carácter de víctima en este proceso, expresó que en su oportunidad fue debidamente notificada, sin embargo no compareció, por lo que entiende que no se ha violado ninguna; norma procesal al tiempo de discutirse el instituto en audiencia ante el juez penal.

Puesto a resolver la cuestión traída por las partes, he de adelantar, luego de un examen integral de la impugnación, que la misma no ha de prosperar.

Es sabido que el cuarto párrafo del artículo 76 bis del Código Penal refiere, para que proceda la aplicación del instituto, la posibilidad ‘Concreta de

que en caso de recaer una condena con pena de prisión, la misma pueda ser suspendida en su aplicación - conforme pautas previstas y reguladas en el artículo 26 del C.P.-.

Este primer análisis lo debe hacer el acusador como titular de la acción pública, pues de allí surge el consentimiento que debe prestar el Ministerio para que se aplique el instituto, tal cual lo previo el propio legislador.

Que tal como lo he subrayado en Carpeta “T., D. M. Y OTRO *SI* DENUNCIA ESTAFA” Y “S. S. M. *SI* DENUNCIA ESTAFA *SI* IMPUGNACIÓN”, Carpeta N° 2063 OFIIJU PM, Expte. N° 18/13 C.P.P.M., es aquí donde toma sustancial, relevancia las consideraciones que deben hacerse respecto a las perspectivas que refleja el artículo 26 del C. Penal en relación a la inexistencia de los requisitos formales, por un lado, y por otro, en atención a la discrecionalidad que tiene la fiscalía y que surge de la disponibilidad del ejercicio de la acción, o en su caso, de la suspensión de la acción que consagra nuestro sistema acusatorio vigente (Art. 49). Pero esta negativa del acusador principalmente debe ser fundada en un juicio de genuinas razones de política criminal, considerando siempre las particularidades que presenta el caso en concreto -y no en evaluaciones abstractas y generales, pues luego se erigen en obstáculo vinculante como impedimento de procedencia del instituto en examen.

Que esta oposición, como ya se dijera en causa citada, *“debe estar vigilada por el juez, en tanto que la falta de consentimiento fundada, debe ser además razonable, ello apreciado desde un juicio reflexivo y crítico desde lo jurisdiccional, sobre las ponderaciones de la negativa fiscal’.*

Cuando el legislador ha determinado la procedencia del derecho a

favor del llevado a proceso penal, ha exigido también -ello resulta de la propia letra del artículo- el consentimiento del fiscal para la obtención de dicho beneficio. Sin embargo, la sola negativa sin el acompañamiento de una posición sólidamente fundada merece serias objeciones, que por supuesto debe apreciar el Juez al tiempo de resolver.

Se ha dicho en tal sentido que "La *opinión del ministerio público,: por otra parte, debe ser fundada. Ello pues el hecho de que la ley permita decidir sobre la conveniencia político-criminal de ejercer la acción penal en ciertos supuestos -para el caso-, comprendidos en el art- 76 bis, párrafo IV, del C.P.-, no significa que esa decisión no deba ser justificada y, tampoco, que ella pueda estar motivada en cualquier clase de razones. El reconocimiento legal de cierto grado de discreción para que el ministerio público ejerza la acción penal no permite que su juicio pueda estar fundado de cualquier modo, y tampoco impide que su decisión pueda ser sometida a control judicial sobre su legalidad y razonabilidad".* La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código Penal argentino, Alberto Bovino, Pág. 159.

Vale subrayar además, del texto y autor citados, que *"Si el fiscal se opone a la concesión de la medida por razones legítimas de política criminal vinculadas al caso, la decisión del acusador no puede ser cuestionada por el tribunal, y, en consecuencia, impide la suspensión del procedimiento en ese caso concreto. Ello pues la discreción reconocida legalmente ha sido atribuida, inequívocamente, al titular de la acción penal: el ministerio público."* Pag. 162.-

En el caso que nos ocupa, los hechos por los que se encuentra

vinculado a proceso penal L. han sido calificados legalmente por la Fiscalía como Defraudación a la Administración Pública (Arts. 174 inc. 5to. en función del 172 del C.Penal), evaluando por ende, en atención al grado de participación del incuso, la gravedad y naturaleza del hecho y que la víctima resulta ser el Estado Provincial, que en caso de recaer condena, solicitará se le imponga una pena de cuatro años de prisión.

El Juez, al tiempo de rechazar la aplicación del instituto en base a la falta de consentimiento de la Fiscalía, dio sus razones, las que en definitiva son motivo de examen por este Tribunal.

Dijo el Magistrado en su resolutorio, entre otras expresiones, *"que el MPF ha postulado una pretensión punitiva de 4 años de prisión y si yo tengo en cuenta esta circunstancia con el monto de pena establecido en abstracto por la ley, entiendo que es una pretensión razonable, cuyo acierto yo no puedo entrar a dilucidar. Esta es una cuestión que se va a discutir durante el debate, si corresponden 4 años o menos; pero lo que si me vincula es el dictamen de la Fiscalía, en cuanto a que* sea *una pretensión punitiva ajustada a derecho y en este caso estamos hablando de una pena que está justo en el medio de lo que prevé la ley, por lo que entiendo es una postulación razonable."*

Como se aprecia, el Juez con la Fiscalía este aspecto de que debe existir el consentimiento de ese Ministerio para que se otorgue-el beneficio que prevé el instituto, anuencia que debe considerarse y analizarse conforme el juicio de conveniencia político-criminal evaluado por el acusador para el caso concreto. En ese sentido el Magistrado dijo que *"La Fiscalía también ofrece como argumento una política criminal de*

persecución para aquellos casos que estén vinculados a irregularidades que afecten a la administración pública y el erario provincial".

Luego, con cita de doctrina y jurisprudencia aplicable al caso, negó el

Dr. Dal Verme a L. la suspensión del proceso a prueba.

En síntesis, el Juez ha efectuado el control de legalidad correspondiente y también ha realizado un preciso registro de razonabilidad atendiendo las circunstancias que presenta el caso en examen según sus propias particularidades. Su control y su decisión han sido las correctas, con fundamentos que considero serios, reflexivos y suficientes, volcados en su resolutorio según las pautas que establece el artículo 25 del C.P.P

Respecto a la presencia de la Fiscalía de Estado en su carácter de víctima en la audiencia practicada para discutir la procedencia del instituto - artículo 49 del CPP-, si bien tengo dicho (Carpeta "SEGUNDO, Héctor p.s.a. Estafa Nro. 5372 P.Madryn), que la ausencia de la misma en dicho trámite procesal acarrea la nulidad de lo allí acontecido, en tanto se ha omitido anoticiar a una de las partes del proceso, destacada por la nueva ley procesal en cuanto a su participación en sentido integral, cierto es también que en el caso que nos ocupa la Fiscalía de Estado fue notificada,

a estar a los dichos de la Dra. Révori, por lo que su falta de presencia de la víctima debe tomarse como un desistimiento tácito a participar del proceso en el perfil que le pertenece, por lo que no resulta óbice su ausencia, tal como lo pretende la Defensa, para tener por válido aquel acto y continuar

con el proceso, según el presente estado.

Conforme vengo de expresar, propongo, tal como lo he sugerido en el Acuerdo, que debe confirmarse la sentencia venida en impugnación ordinaria. Así lo voto.

Los honorarios del Defensor Particular en esta instancia deben justipreciarse en la suma de 20 IUS , por resultar equitativos por lá labor desarrollada y resultado obtenido.

La Señora Juez Flavia F. Trincheri dijo:

Los antecedentes que motivaran el presente recurso han sido reseñados el inicio de esta sentencia por lo que a ellos me remito.

Llega el caso a esta instancia de revisión para resolver la impugnación deducida por J. A. L., representado por su abogado de confianza, Dr. J. M. Z., contra la resolución dictada por el Magistrado Hernán DAL VERME, quien en fecha 17 de Mayo de 2016: denegó suspender su proceso a prueba en relación al hecho calificado como Defraudación a la Administración pública, prevista en los Arts. 174 inc 5º en función del 172 del CP, que prevee una pena de prisión comprensiva entre los dos y seis años de prisión.

En apretada síntesis, se le reprocha a L. defraudar a la Administración Pública en razón de ser titular de una empresa constructora en la oportunidad que se le adjudicó en forma directa, la ejecución de una obra que consistía en construir un galpón y pintura exterior de la Escuela N° 726 de El Maitén, percibiendo por ello el monto total destinada^ la obra, sin finalizarla -de acuerdo a la memoria descriptiva, planos y presupuestos

de la adjudicación-

Al mismo tiempo en relación a este hecho, la Fiscalía imputó a otras tres personas: J. L. F. P. D. quien fuera Director Regional de Obras Pública de Esquel y se encuentra sujeto a proceso esperando la realización del debate, el señor N. H. C., funcionario que fuera designado inspector de la obra y extendía las certificaciones de la concreción de la misma -éste acordó en un juicio abreviado, una pena de dos años de prisión en suspenso e inhabilitación especial perpetua para inspeccionar o certificar obras y, por último el señor A. D. J., Director de la escuela en cuestión quien resultara sobreseído a solicitud del MPF.

Conforme al relato del hecho, la calificación legal escogida y, (a escala penal atribuida al imputado, resulta de aplicación el cuarto párrafo del art. 76 bis del C.P, aquel que regula las condiciones de otorgamiento del Instituto de la Suspensión de Juicio a Prueba para los delitos más graves no comprendidos en el primer y segundo párrafo del 76 bis del CP, pero que podría serle aplicable una condenación condicional -art. 26 del CP-,

En este sentido ha afirmado Gustavo L. Vítale:"... *En el sistema de la ley argentina la decisión judicial de suspender un proceso penal a prueba dependerá de un dictamen favorable del fiscal sólo en los supuestos previstos en el cuarto párrafo del art. 76 bis del Código Penal, que es para el único grupo de casos que exige tal requisito" en Suspensión del proceso penal* a *prueba. Editores del Puerto S.R.L. Año 1996, Pág. 193.*

Específicamente -el cuarto párrafo- establece que: *“si las*

circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable, y hubiese consentimiento fiscal, el tribunal podrá suspender la realización del Juicio".

Como se puede observar además del requisito del art. 26 del CP es ineludible el consentimiento que debe dar el Fiscal. Esta parte del proceso resulta ser la titular de la acción penal, radicando la importancia de su opinión en que el legislador al momento de regular el instituto, le otorgó cierto grado de discrecionalidad al órgano acusador al momento de ejercer la acción penal estatal y, conforme lo haga fundadamente, resulta vinculante su dictamen para el Tribunal.

No obstante ello, dicho consentimiento debe someterse a un control de legalidad y razonabilidad que le corresponde al Magistrado.

Esbozado este primer análisis, luego de analizar y concluir que el dictamen fiscal y la sentencia recurrida cumplen con la manda de los artículos 25 del CPP, 169 de la Constitución Provincial y concordantes, soy de la opinión que el resolutorio debe ser confirmado.

Daré razones expidiéndome en relación a los puntos de agravio que esgrimiera el Dr. Z.

En primer lugar señala como *apartamiento de las reglas* que no haya estado la víctima en la audiencia -en este caso, el Fiscal dé Estado- y consecuentemente no haya sido escuchada, abundando acerca del interés del damnificado en el proceso sosteniendo que muchas veces, el ánimo de la víctima en cuanto a la tramitación del juicio penal, no es el mismo que el del titular del MPF.

De acuerdo lo dispone nuestro CPP el artículo 49 donde reza: *Cuando la ley penal permita la suspensión de la persecución, penal, el impuado o su defensor podrán requerirla al inicio del debate*.. La *petición será trata con intervención de las partes; si el ofendido no participare o no estuviere representado en el procedimiento, la audiencia se suspenderá para permitir su citación.. .- Dicho esto, la señora Fiscal Dra. Révori hizo saber que se arbitraron las medidas necesarias para garantizar su participación, la Fiscalía de Estado fue notificada de la celebración de la audiencia y no asistió. Así las cosas, no vislumbro apartamiento alguno de la reglas de proceso, ya que es facultativo para la víctima asistir o no,* quedándole siempre expedita la vía civil. Es indispensable su anoticiamiento de la audiencia y tal requisito, estaba cumplido, por lo que este primer agravio ha de ser desechado.

En el segundo punto de su queja, sostiene que la calificación legal escogida perjudica a su pupilo ya que le enrostran coautoría en un delito calificado por la calidad del autor, funcionario público, condición ésta que no reviste él señor L.. Sostiene que ello implica echar mano a la analogía dé la ley *in malam partem.*

Luego de escuchar el relato del hecho y la fundamentación de la pieza acusatoria que efectuara el MPF, he de decir que encuentro ajustado a derecho la figura prevista en el Art. 174 inciso 5 del CP en cuando a L., punto éste que no está puesto en discusión y que, sin perder de vista el recurso qué nos convoca, estamos consecuentemente ventilando una cuestión del cuarto párrafo del Art. 76 bis del Código de fondo. Sin

perjuicio de resultar atendible la crítica del Defensor y pudiendo enmarcarse o no la actividad de L. conforme el Art. 45 -coautoría- lo cierto es que ello en esta etapa resulta un asunto secundario que puede a la postre sostenerse o no. Por lo dicho, tal embate no ha de prosperar.

Igual suerte correrá el achaque de *arbitrariedad de la sentencia* en razón de la *inhabilitación parcial* que el Juez Dal Verme impusiera al imputado C., punto a considerar que no es motivo de esta impugnación. Opino que el Dr. Z. lo menciona como una irregularidad más dentro de las que enumera en el orden de tratamiento de la audiencia oral, como ser también que primero se acordó el juicio abreviado para C. y luego se denegó la *probation* a su defendido, pero nada de ello invalida lo resuelto conforme a derecho en relación a L.

Por último, ocupándome del agravio en cuanto al quebrantamiento del principio de igualdad ante la Ley, no le encuentro asidero y doy razones.

Funda su embate en que, la actividad del imputado que tiene la calidad de funcionario público -C.-, resultó en el juicio abreviado con una pena de dos años y para su defendido que no reviste tal calidad, el MPF solicita una pena de cuatro años de prisión. La señora Fiscal Dra. Révori brinda fundadas razones -las que el Juzgador luego pondera y hace suyas- acerca de su pretensión punitiva.

En primer lugar, peticionar cuatro años de prisión obedece a haber ingresado por el medio de la escala penal, considerando ello, proporcional y razonable. Al mismo tiempo, el hecho en cuestión tuvo gran repercusión

social, se trata del manejo de la obra pública de la que el imputado no es ajeno o un recién iniciado en el rubro, él mismo reconoce ser proveedor del Estado desde hace doce años. Si bien se desempeño como *comerciante* o *constructor* en el hecho están involucrados funcionarios públicos surgiendo de allí la entidad del suceso y su repercusión.

Reitero, encuentro fundadas razones las dadas por el MPF acerca de la conveniencia, oportunidad y juicio de política criminal que hicieron a su disconformidad y consecuentemente vinculación para el Juzgador.

El órgano acusador, titular de la acción pública, es quien se encuentra facultado -y que en mejor posición está- de evaluar la naturaleza del hecho y el grado de participación que le cupo a cada imputado, para luego delinear criterios de política criminal que lo lleven a aplicar' diversos criterios de oportunidad o realizar debates y pedir determinado monto punitivo.

Tal como lo resolviera la Cámara Federal de Casación Penal, Sala III, en el precedente “C.R., C.A. S/ recurso de casación”, de fecha 26/11/2015 CÁMARA FEDERAL DE CASACIÓN PENAL, SALA III: "...*cuando el fiscal expresa su oposición a la suspensión del proceso, "... no ejerce jurisdicción sino que manifiesta su voluntad de continuar ejerciendo la acción. Y puesto que la suspensión del proceso a prueba no es otra cosa que la suspensión del ejercicio de la acción penal, el tribunal, que carece de poderes autónomos para su promoción y ejercicio, tampoco tiene poder de decisión sobre la suspensión de ese ejercicio. Por ello, depende de la conformidad fiscal" (Luis M. García "Suspensión del Juicio a Prueba", en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Ed. Ad Hoc, 1996, p. 365). (del voto del*

Dr. Riggi).

En virtud de lo expuesto, siendo adecuadamente fundado el consentimiento fiscal en el caso, y correctamente analizado por el Juez al otorgarle crédito al mismo, propongo al Acuerdo rechazar la impugnación impetrada y confirmar al sentencia recurrida. Así voto. .

Respecto de los honorarios, coincido con la regulación efectuada por mis colegas preopinantes, la que se fija en el monto de 20 IUS.

El Juez Minatta Omar Florencio en disidencia dijo:

1. Se queja la defensa de la sentencia que deniega el ejercicio del derecho del imputado a suspender el proceso a prueba, argumentando, esencialmente, que el juez recepta como vinculante el dictamen fiscal opositor, cuando éste es infundado, pues la pretensión de pena para su defendido excede el doble de la condena a dos años de prisión que recibiera el partícipe funcionario público en el hecho. Asimismo, se queja porque el juez interpreta la restricción del art. 76 bis, párrafo Vil, CP, como aplicable a todos los que intervinieron en el hecho, por la sola circunstancia de que participaron funcionarios públicos, lo que, a su juicio, implica una interpretación errónea de la ley.

2. Antes de decidir, corresponde exponer el marco teórico-constitucional y legal dentro del cual decidiremos la cuestión.

En este camino, recordemos que, efectivamente, existen dos interpretaciones principales sobre el párrafo del artículo citado: una que sostiene que no corresponde el derecho a ningún imputado de un hecho en el que haya participado un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, independientemente de que se porte esa calidad o no, en tanto

la otra postura considera que la restricción del párrafo se circunscribe solamente al funcionario público, posturas que pasamos a tratar.

La primera, minoritaria en doctrina y jurisprudencia, argumenta que el sentido literal de las palabras es claro, puesto que la ley estipula de forma general, sin distinguir, que la suspensión del proceso a prueba no procede cuando un funcionario público, en ejercicio de sus funciones, hubiese participado del delito, sosteniendo que si el legislador hubiese querido aplicar la restricción solo para los funcionarios públicos, así lo hubiese escrito especialmente. Es decir, que el tipo penal, para esta postura, es claro en el sentido de que la ley se refiere al delito cometido, al hecho en su totalidad, no a la persona del funcionario público, bastando con el hecho objetivo de que uno de los partícipes- en sentido amplio- tenga ésta última calidad para denegar el derecho a todos los que no la reúnan. Se agregan otros argumentos complementarios, como que esta interpretación se armoniza con el artículo 48 del código penal, en tanto establece la comunicabilidad de las circunstancias agravantes si ellas fueron conocidas por los partícipes. Asimismo, se agregan otras consideraciones, como la finalidad de perseguir la corrupción por el Estado Argentino que surgiría de la Convención Internacional pertinente y de la ley de ética pública, entre otros argumentos.

3. Entendemos que este entendimiento es erróneo por varias razones, por lo que acogeremos la segunda interpretación, en tanto establece que corresponde el derecho a todas aquellas personas que no son funcionarios públicos, pues la restricción de los derechos en materia penal, al menos, debe surgir en forma expresa y clara del tipo penal, lo que no

ocurre con el caso traído a juzgar.

En efecto, del mismo sentido literal del párrafo, puede interpretarse también, tal como lo hace la mayoría de los autores especializados y la jurisprudencia, que el alcance de la restricción es personalísima, buscando tratar en forma diferente solo a los funcionarios públicos, por lo que la primera postura afectaría la igualdad ante la ley, ya que se equipara a los particulares con la especial y excepcional situación de tener la calidad de funcionario, que es lo que justifica, precisamente, el trato diferencial.(Cfr., entre muchos otros a : VITALE, Gustavo; Suspensión del proceso a prueba, Del Puerto, Bs As, 2004, pag.175; BOVINO, Alberto; Suspensión del proceso a prueba, Del Puerto, Bs As,2013, págs. 166/170 y DEVOTO, Eleonora; Probation e institutos análogos, Hammurabi, Bs As, 2005, pág. 204).

Amén de ello, sabemos que si una norma admite dos o más interpretaciones basadas en el distinto alcance semántico, deberá estarse a aquella que sea más favorable a la persona frente al poder estatal, tal como lo impone el principio pro homine y el carácter de última ratio que tiene la aplicación de una pena. Esto tiene su influencia en el principio de legalidad, que exige no solo una ley previa y escrita, sino estricta, es decir, clara y precisa en la ampliación del poder punitivo, lo que se conoce hoy como estricta legalidad. Una de sus aplicaciones más importante de este principio, lo vemos en materia de interpretación, que obliga a los jueces a estar siempre, en tanto io permita el alcance semántico de las palabras, a la interpretación más restrictiva del poder punitivo, esto es, de la criminalización de las personas. (Cfr. ZAFFARONI- ALAGIA-SLOKAR;

Derecho Penal, Ediar, Bs As. 2000, pags.112/113).

Para terminar con este párrafo, no trataremos el argumento de la comunicabilidad de las circunstancias que trata el artículo 48 del Código penal, pues el mismo no se refiere al tipo penal, sino al estrato de la culpabilidad, que no tiene aquí nada que ver. (Cfr. Zaffaroni, ob.cit., pags.766/768). Asimismo, los argumentos que puedan desprenderse de la
Convención contra la Corrupción y la correspondiente ley de ética pública, no son aplicables a la interpretación del tipo penal que tratamos, pues sabemos que estos instrumentos señalan pautas genéricas y finalidades a alcanzar, pero no sirven para precisar una interpretación única y precisa que llenen los contenidos de la interpretación restrictiva que señaláramos con anterioridad.

4. Sin perjuicio de la doctrina citada, la jurisprudencia de los tribunales internacionales y de nuestro más alto tribunal en materia de garantías constitucionales, expresamente consagran el deber de estar siempre a la interpretación más restrictiva del poder punitivo.

Así, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el informe nro. 86/09, caso “Peirano Basso vs. Uruguay” (06/08/2009), precisando el concepto del principio “por homine”, sostiene que el mismo implica que, “en materia de reconocimiento de derechos, se debe estar a la norma más amplia y a la interpretación más extensiva e, inversamente, a la norma y a la interpretación más restringida en materia de limitación de derechos”:

Por su parte, también la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tanto en sus opiniones consultivas, como en sus fallos de fondo, pregona reiteradamente que siempre debe elegirse la norma más favorable a la tutela de los derechos, en tanto sean aplicables dos normas o interpretaciones a una

misma situación, estableciendo que, en tales casos, “debe prevalecer la más favorable a la persona humana”, tal como lo dijo, entre otros, en el caso “Ricardo Canese vs. Uruguay- 31/08/2004).

Finalmente, nuestra Corte Suprema de Justicia Nacional, desde hace ya más de ocho años, estableció los principios elementales de interpretación de una ley penal, agregando a las pautas tradicionales de exégesis de la ley en general, los propios y específicos de la ley penal- tan conocidos, como lamentablemente, sistemáticamente inobservados por la jurisprudencia-, en estos términos: “la observancia de estas reglas generales no agota la tarea de interpretación de las normas - penales, puesto que el principio de legalidad (art. 18 C.N.)-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 ultima 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” (“Acosta”, FALLOS:331:858- 23/04/08).

5. En suma, la contundencia de la doctrina y jurisprudencia citada, exime de mayores argumentos, los que aplicados al caso a decidir, llevan, sin más a revocar la sentencia impugnada, y declarar que al imputado le corresponde el derecho a la suspensión del proceso a prueba, en tanto no está en litigio aquí, su carácter de funcionario público.

Esto es así, pues se cumplen a su respecto, además, todos los requisitos legales para su operatividad, como que estaríamos ante una eventual primera condena, con una pena de prisión menor a tres años, y la falta de pruebas en cuanto a la inconveniencia del cumplimiento efectivo de la

pena. En este último punto, se trató de justificar el cumplimiento efectivo de la pena, peticionando un monto que no permitiría la condenación condicional-sostenido por el fiscal, y acogido por el juez-, lo que carece absolutamente de fundamento alguno en el caso, tal como lo demuestra la pena en suspenso que se le impuso, precisamente, al funcionario público partícipe del hecho.

Especial consideración merece la exigencia legal del ofrecimiento de reparación de los daños que hace el imputado, a todas luces más que razonable, si tenemos en cuenta que no solo ofrece hacerse cargo de reparar las irregularidades observadas en la pericia sobre la obra, sino también pintar todas las aulas de la escuela. Agréguese a esto, la indiferencia de la víctima en la reparación- la Administración Pública-, y se tendrá un cuadro completo acerca de la razonabilidad del ofrecimiento, tal como lo pide la misma ley. Así voto.

Respecto de los honorarios, propongo en forma coincidente con mis colegas preopinantes, los mismos sean regulados en la suma de 20 IUS Por todo ello, la Excma Cámara en lo Penal, por mayoría,

FALLA:

1. Confirmar el rechazo de la suspensión del juicio a prueba solicitada por el imputado J. A. L., con el patrocinio del Defensor Particular Dr. J. M. Z.

2. Remitir los presentes actuados a la Oficina Judicial a fin de continuar con el trámite de las actuaciones.

3. Regular los honorarios profesionales del Sr. Defensor Particular Dr. J. M. Z.., en la suma de 20 IUS, los que se declaran a cargo del imputado.

4. - La presente sentencia será oportunamente suscripta materialmente por los Dres. Leonardo Pitcovsky, Flavia Trinchieri y Florencio Minatta, toda vez que sus votos fueron remitidos a la OFIJU por correo electrónico con firma digital, que fueron incorporados al cuerpo de este decisorio, (conf. Art. 331 in fine y 385, 5º párrafo del C.P.P).

Fdo. Leonardo Pitcovsky. Flavia Trincheri. Omar F. Minatta.
REGISTRADO BAJO EL Nº 13 DEL AÑO 2017