En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los 22 días del mes de marzo del año dos mil diecisiete, los jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Trelew, doctores Omar Florencio Minatta, Alejandro Gustavo Defranco, y Roberto Adrián Barrios, con la presidencia del primero, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados **"R., J. P. –Asesor Letrado de la Municipalidad de Rawson- s/dcia. Fraude a la Administración Pública" Carpeta 6599 Legajo 12218"** con motivo de la impugnación ordinaria interpuesta por el integrante de la oficina de la defensa pública, Dr. Damián Alfredo D'Antonio, contra la resolución Nro. 16/2017 OJRw dictada el 16 de enero del corriente año.

En los autos de referencia el Ministerio Fiscal imputó a J. N. J. la comisión del delito de Fraude a la Administración Pública municipal, bajo la modalidad de administración infiel mediante la adulteración de documento (Arts. 174 inc. 5, 173 inc. 7 y 292 del CP). El querellante, D. L. T., en representación del Municipio de Rawson, adhirió a la descripción y calificación de los hechos realizada por la Fiscalía.

Previo a contestar la vista corrida a los fines del art. 292 del CPP, el representante de la Defensa Penal pública, Dr. Damian D'Antonio peticionó se fije audiencia a fin de tratar la solicitud de suspensión de juicio a prueba.

Contando con la anuencia del Ministerio Fiscal, se dispuso el tratamiento de la cuestión para el 16 de enero ppdo.

Comenzada la audiencia la Fiscal General Dra. Suárez García manifestó que, al contestar la vista corrida, consintió, erróneamente, la posibilidad de dar el trámite requerido por la Defensa. Que en su momento no advirtió el impedimento existente para otorgar, en

el caso, la suspensión de juicio a prueba por ser la imputada una empleada administrativa. Agregó que, conforme lo dispone el art. 77 del CP, la situación de la señora J. se equipara a la del funcionario público y en consecuencia está imposibilitada de acceder a una probation, por lo que dejó sentado que se opondría a la petición de la defensa. El querellante se avino a la posición del Ministerio Fiscal.

El defensor insistió en su planteo y adujo que se que se dan en autos todos los requisitos previstos en la norma de fondo.

Argumentó que el tipo de delito enrostrado a su defendida, calificado como fraude a la administración pública municipal bajo la modalidad de administración infiel, con una pretensión punitiva de dos años y seis meses, encuadraría en el primer párrafo del art 76 bis del CP, que no requiere el consentimiento del Fiscal.

Agregó que, de recaer algún tipo de condena, ésta sería de ejecución condicional en tanto la señora J. no posee ningún antecedente penal condenatorio, ni causas en trámite.

Planteó la posibilidad de suspender el juicio a prueba por un plazo de un año y medio y ofreció como reparación económica, en la medida de la posibilidad de la acusada, la suma de 500 pesos mensuales durante el plazo de la probation y la realización de cincuenta horas de trabajos comunitarios, a coordinar con la oficina de control de ejecución penal.

Describió, apoyado en informes socio-ambientales y psicológicos, la precaria situación económica y la afección psicológica y emocional en la que se halla su defendida a partir de esta denuncia. Las profesionales que evaluaron psicológicamente a la señora J. indicaron que padece un estrés agudo, angustia e inestabilidad emocional, respecto de una experiencia identificable, traumática y devastadora que implicó una amenaza a su

integridad psicológica, agravada por la vulnerabilidad y escasa capacidad de adaptación individual. Destacaron, asimismo, que no está en condiciones de ser expuesta a situaciones de estrés, como las que necesariamente sobrevendrían ante el tránsito de un proceso oral y público.

Agregó que, en función de todo lo expuesto precedentemente, se optó por dar esta salida al procedimiento ya que, aún ante el convencimiento de la señora J. respecto de su inocencia, se ponderó lo gravoso que podría resultar para su salud el sometimiento a un debate oral y público.

Fundamentó asimismo que, más allá de esta circunstancia, se cumplen todos los requisitos de la norma.

Respecto del argumento esgrimido por la Fiscalía para denegar el trámite, esto es, su condición de funcionaria pública, aclaró que la acusada no reviste tal jerarquía sino la de empleada municipal. Agregó que no detenta rango de funcionario, no tiene a su cargo ninguna dirección, ni personal, no se le ha asignado responsabilidad de agencia alguna dentro de la Municipalidad. Entendió que -con este argumento- el 70% de la población de Rawson estaría imposibilitada de ejercer este derecho.

Refirió que tampoco hubo información alguna en ese sentido, en el transcurso de la investigación. Consideró afectado, de este modo, el derecho de defensa ya que, en el reproche de la fiscalía, no se ha mencionado que sea funcionaria pública y que el delito imputado fuera realizado en el ejercicio de tales funciones, en tanto la investigación se encaminó contra la señora J. J., una empleada pública de la municipalidad de Rawson.

La Jueza Penal, Dra. Ana Laura Servent, rechazó la propuesta de la defensa basándose en la condición de empleada pública de la señora J..

Consideró que la situación de la imputada puede ser asimilada a la de un funcionario público. Entendió que, por la responsabilidad que tenía, manejando los dineros de entidades públicas, así debe ser encuadrada, y en consecuencia le asiste razón a la fiscalía y al representante del municipio para oponerse a la concesión de la probation.

Sostuvo que la ley 25188 llena cualquier tipo de vacío o confusión legal y que el legislador ha sido sumamente claro y concreto cuando refirió que no procederá la suspensión de juicio a prueba cuando un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones hubiera participado de un delito. Agregó, en su resolución oral que, al describir la conducta enrostrada, el Ministerio Público Fiscal refirió que las acciones reprochadas están relacionadas a la función que ejercía la encartada para el municipio.

Sugirió la conveniencia de realizar un juicio oral y público a fin de otorgar la posibilidad de evaluar y analizar, como corresponde, todos y cada uno de los hechos y determinar las responsabilidades de quienes pudieran haber intervenido.

Juzgó que la situación prevista en el Art. 76 bis, de conformidad con el art. 77 del CP y la ley 25188 resuelven el caso y por todo ello denegó la salida propuesta.

En la audiencia realizada ante este Cuerpo, el día 8 de marzo ppdo., con la presencia de J. J., el Defensor sostuvo los términos de su escrito y se refirió a la necesidad de que el delito imputado sea de los llamados especiales para impedir la concesión de la *probation.*

La funcionaria de fiscalía, Dra. Patricia Cárcamo solicitó se confirme la resolución atacada, adhiriendo

a las causales del rechazo invocadas por la Dra. Servent en su resolución.

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

El Juez Alejandro Gustavo Defranco dijo:

1. Que vienen estos folios a consideración de este Cuerpo a raíz de la impugnación materializada por la Defensa Pública contra la resolución registrada bajo el número 16/2017, del 16 de enero del corriente año, por la cual se deniega la petición de aplicar al caso la suspensión del proceso a prueba respecto de la imputada J. N. J..

2. Es bueno recordar que en la audiencia de referencia se solicitó la SJP respecto a la nombrada, a quien se le imputa la presunta comisión de los delitos de Fraude a la Administración Pública municipal bajo la modalidad de administración infiel mediante la Adulteración de documento, de los arts. 174, inc. 5, 173, inc. 7 y 292 del Código Penal en carácter de autora (sic, acusación de fojas 17/20).

3. Que en su libelo impugnativo, el defensor, abogado Damián D'Antonio, explica que se ha denegado el derecho a suspender el proceso a prueba a su pupila procesal luego de brindar al concepto de funcionario público –que impediría la concesión del instituto solicitado- una amplitud desmesurada, alegando a la sazón una interpretación analógica prohibida, siendo que la imputada es una mera empleada publica que no posee firma autorizada, no puede realizar actos dispositivos, no tiene a su cargo oficina alguna y otras cuestiones relacionadas.

4. La Jueza Ana Laura Servent, de la mano del dictamen fiscal, deniega el derecho a suspender el proceso a prueba en razón de entender que la situación de revista de la Sra. J. "...*puede ser asimilada... a la de un funcionario público... (por) la responsabilidad que tiene... máxime manejando los dineros de la entidad publica... asimilando su situación a la ley de ética pública cuando se refiere en su art. 1° 'en cualquiera de sus niveles jerárquicos'...*"

5. Si bien es acertada la cita a la Ley de Ética Pública, Nro. 25188, que en su art. primero "*...establece un conjunto de deberes, prohibiciones e incompatibilidades aplicables, sin excepción, a todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías, en forma permanente o transitoria, por elección popular, designación directa, por concurso o por cualquier otro medio legal, extendiéndose su aplicación a todos los magistrados, funcionarios y empleados del Estado...*", lo cierto es que la resolución del caso debe transitar por otros senderos.

Mas allá de la correcta o no asimilación de un empleado público a un funcionario –tal como se pretende en forma incorrecta de la lectura del art. 77 del Código Penal-, lo cierto es que la prohibición de conceder el instituto del art. 76 bis del código de fondo "*cuando un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, hubiese participado en el delito*", merece una interpretación restrictiva y coherente con el sistema penal todo.

6. Así, puede entenderse con Vitale que "*...la exclusión aquí comentada requiere la concurrencia de tres requisitos ineludibles, que deben presentarse juntos en cada caso: a) la calidad*

de funcionarios públicos de los excluidos (por lo que pueden obtener la suspensión aquellos que, no siendo funcionarios, resulten imputados de intervenir de cualquier modo en la conducta que se atribuye a un funcionario); b) la circunstancia de encontrarse, al momento de la comisión del delito que se les adjudica, ejerciendo efectivamente la función pública que es propia de sus funciones (y no cuando los funcionarios realizan cualquier actividad privada); y c) la imputación a ellos, en la situación aludida, de alguno de los delitos que exigen la calidad de funcionario público del autor (y no de cualquier otro delito que no requiera esa calidad personal)" (Suspensión del proceso penal a prueba, 2ª edición, Del Puerto, pág. 177).

Tal como ya he dicho en autos ***"S., C. J. s/denuncia hurto-Trelew" (carpeta Nro. 5429 OJTw, Legajo fiscal 47085)***, en fecha 30 de octubre de 2015, "...*Entiendo, con calificada doctrina, que la previsión legal que prohíbe la concesión de la* probation *a funcionarios públicos es aplicable, solamente, para los casos en que el tipo legal imputado requiere esa calidad de autor y ese delito especial sea cometido en el ejercicio de sus funciones...".*

Es que sólo resultaría razonable que se niegue la concesión del instituto en relación a los *delitos que exigen la calidad de funcionario en el autor*, pues ese deber de fidelidad a la función que ejercen no se exige a los funcionarios públicos en relación a cualquier delito sino sólo con respecto a los que requieren esa calidad personal como fundamento de la prohibición, puesto que, lo contrario, importaría un trato legal discriminatorio, opuesto al principio de *igualdad ante la ley* (art. 16, CN).

7. Y nótese que el mismo Defensor, en la audiencia realizada a tenor del art. 385, lo

advirtió, al ampliar fundamentos (expresamente prohibido por la norma del rito, aunque no cuestionado por la Fiscalía).

Si bien parcialmente en forma correcta catalogó al delito contenido en el art. 173, inc. 7 como *delicta propia*, se refirió a la necesidad de que el delito sea de los llamados especiales para impedir la concesión de la *probation.*

8. Y digo que parcialmente correcto –o a medias erróneamente- ya que, con la más calificada doctrina, se puede compartir que se trata de un delito especial, "*...es un delicta propia, dado que supone el quebrantamiento de un deber de cuidado del patrimonio ajeno, derivado de alguna de las relaciones comprendidas por él. Sujetos del delito pueden ser todos los que, por disposición de la ley o de la autoridad o por un acto jurídico, tengan a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes o intereses pecuniarios ajenos...*" (Donna, 421), mas no necesariamente debe ser un agente del Estado el sujeto activo, sino cualquier persona que ejerza esa función.

En definitiva, siendo que la prohibición de conceder la suspensión del juicio en forma condicional opera exclusivamente para funcionarios públicos que cometieran –en grado de probabilidad- un injusto penal que requiera como sujeto activo exclusivamente a un agente estatal –por caso, cohecho pasivo, art. 256; exacciones ilegales, art. 266; concusión, art. 268; etc.- y no siendo del caso que los dispositivos legales seleccionados en la acusación se encuentren en alguno de aquel repertorio es que, más allá de la correcta o no equiparación de los simples empleados públicos a

quienes *"el Estado ha delegado en la persona la facultad de formar o ejecutar la voluntad estatal para realizar un fin público"* (Núñez, Ricardo C.; "Las disposiciones generales del Código Penal", 1988) corresponde revocar el resolutorio en crisis.

9. Por todo ello, ante la interpretación correcta que debe darse a la prohibición del art. 76 bis, inc. 7°, del Código Penal, es que debe revocarse la resolución en crisis, por haberse denegado la misma en una causal no prevista expresamente en la ley y concederse la suspensión del proceso a prueba, devolviendo la Carpeta a la Oficina Judicial a fin que, mediante la intervención del Juez que resulte competente, se fijen las condiciones de la suspensión del proceso.

En cuanto a la imposición de costas y regulación de honorarios propongo al Cuerpo se difiera su tratamiento hasta que sean establecidos los correspondientes a la instancia anterior.

El juez Roberto Adrián Barrios dijo:

1. Corresponde emitir mi voto luego de sustanciar en audiencia la pretensión impugnativa de la sentencia dictada oralmente por la doctora Ana Laura Servent, que denegó el beneficio de la suspensión del juicio a prueba (en adelante SJP) a la señora J. N. J..

2.a El pretenso comienza diciendo que al momento de su petición, se encontraban reunidos los requisitos generales para la aplicación del instituto, esto es: se trata de un delito de acción pública, hubo petición de la imputada, también existió ofrecimiento de reparación, y hay carencia de antecedentes condenatorios. También dijo que éste es un caso que debe encuadrarse dentro del 1er. párrafo del Art 76 bis del Código Penal, ya que la pretensión punitiva es dos años y seis meses, cual obra en la acusación fiscal.

En cuanto a la resolución que ataca, afirmó que resulta infundada, que se aparta de los principios constitucionales rectores del derecho penal y de éste instituto en particular, tales como de *ultima ratio*, *pro homine*, igualdad y derecho penal de acto.

Citó jurisprudencia nacional y provincial que avalan su petición, tras lo cual, en cuanto al punto neurálgico de decisorio denegatorio, dijo que su cliente es dependiente de la Secretaria de Hacienda en la categoría o escalafón 05, una de las más bajas del personal que desarrolla tareas administrativas, y que desempeñó al momento de los hechos imputados y que conserva hasta la actualidad. La Sra. J. resulta ser una empleada Municipal que ha realizado, en todo momento, las tareas encomendadas sin posibilidad, tanto en los hechos como por la propia categoría que detenta, de apartarse de las tareas asignadas por sus superiores.

Pasemos al resolutorio objeto de revisión.

2.b La sentenciante dijo que, pese a que su criterio personal es sumamente amplio para conceder el derecho que le asiste a las personas, en este caso no correspondía la concesión del beneficio.

Consideró que la responsabilidad que tienen todos los agentes del Estado, máxime los que manejan los dineros de entidades públicas, hace que asista razón a los acusadores (fiscalía y querella), que en su vista al pedido dictaminaron por la negativa.

Tuvo en cuenta que si bien la acusada es empleada publica, su situación puede ser asimilada a la de un funcionario público, en base en al artículo 1 de la ley de ética de la función pública Nro.25788 que, en uno de sus párrafos, se refiere a los empleados públicos. Sostuvo que esta norma dirime cualquier confusión de la

ley, puesto que el legislador fue claro al prescribir que no procederá la SJP cuando un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, hubiera participado de un delito.

En la descripción de la conducta de la acusación, se hace alusión a que los depósitos se llevaban a cabo, por la conducta de la encartada, por su función en el municipio.

De esta manera, pese a los argumentos esgrimidos por la acusada, en cuanto al frente que tendría en su contra y considerando la intención del legislador, que pretende que este tipo de cuestiones sean evaluadas y se traten en juicio oral y público, la juez dijo que llegó a la convicción que en el caso no es procedente la concesión a lo pedido, y así lo resolvió.

3.1 Puesto a resolver esta cuestión, creo que la decisión impugnada escapa a la literalidad de los términos empleados por la ley, abarcando supuestos que no impiden la concesión de la suspensión.

Cuando el legislador ha decidido referirse a la condición genérica de funcionario público, como elemento del tipo para denegar el beneficio, el único marco de análisis que debe englobar una petición del instituto debe ser la constatación de que el acusado detente o no esa condición.

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 aquellos que no requieren 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. 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.

En el caso es evidente que todas las partes, e incluso la misma juez, coinciden en que el cargo de la señora J. es el de empleada pública, ergo, no funcionaria.

Entonces, si no se encuentra cuestionada la calidad de empleada de la acusada, su asimilación a la de funcionaria que comete un delito en el ejercicio de la función resulta incorrecta.

"Al definir el artículo 77 del Código Penal el concepto de funcionario público como sinónimo del concepto de empleado público, no equipara este último concepto administrativo de empleado público, pues este no es titular del ejercicio de una función pública, sino que simplemente presta un servicio vinculado, auxiliarmente, a ese ejercicio" CNCCORR. Sala III, 1912-89, C., d.a., dj vi-47-830.

Como bien dijo el defensor, y respecto de lo cual no existe oposición de las contrapartes, no resulta posible asemejar a la Sra. J. a la categoría de funcionaria pública, toda vez que no se encuentra dentro del ámbito de sus facultades la de realizar actos dispositivos, ni le es posible realizar tareas por encima de las que le son encomendadas.

En este sentido, enseña Andrés D´Alessio que "*…otros autores entienden que cabe otorgar el beneficio a toda persona imputada de haber participado en el hecho en que intervino un funcionario público, que no tenga tal condición. En ese sentido, se advierte que sólo el deber legal que pesa sobre el funcionario público constituye el fundamento para que la ley trate a ese grupo de personas con mayor rigurosidad, por lo que no es*

razonable extender este mismo trato a otros individuos que no han asumido los deberes funcionales que justifican la restricción" (Código Penal Comentado y Anotado, Tomo I, página 764).

3.2 De otra parte ninguno de los presupuestos que estimó la magistrada, como el quiebre de confianza de una empleada, o lo necesario que sería hacer el juicio para que se pueda verificar si el hecho ha ocurrido o no, se encuentran como justificativos en la ley para no hacer un lugar a un pedido como el que nos convoca.

La SJP es un modo de solución de conflictos, incluido en la ley de fondo, que además de pretender dar una mejor y más eficaz respuesta estatal al delito, responde a la intención de descongestionar el sistema de Administración de Justicia de casos vinculados a determinados delitos, con el objeto de preservar recursos que, siempre escasos, pueden servir mejor para la persecución de los más graves.

Por otro lado, teniendo en cuenta la calificación jurídica de la acusación y la pretensión punitiva, el caso contra la señora J. se enmarca dentro del catálogo de delitos en los que puede ser aplicada esta salida alternativa y en los que el dictamen fiscal no resultaría vinculante al juez.

Ello así, estas consideraciones no justifican la denegatoria que decide puesto que extendería, por analogía *in malam partem,* a los empleados públicos, cuando la prescripción legal es solo para los funcionarios públicos respecto de los delitos especiales propios, es decir cometidos por ejercicio de su función.

La hermenéutica que en relación al instituto ha desarrollado la CSJN en el fallo "Acosta", señala 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).

Por todo lo dicho, corresponde hacer lugar a la impugnación deducida, revocar la sentencia y conceder la suspensión del juicio a prueba, remitiendo los autos a la Oficina Judicial a fin que se debatan las reglas a las que deberá someterse la acusada.

4. En punto a las costas y honorarios de la Defensa, voto por diferir la cuestión para que se establezcan en la instancia de mérito.

Así lo voto.

El juez Omar Florencio Minatta dijo:

1. La defensa impugna la resolución jurisdiccional que deniega el ejercicio del derecho a suspender el proceso a su defendido, alegando que resulta infundada, al apartarse de los principios constitucionales rectores del derecho penal y del instituto en particular, tales como los de *ultima ratio, pro homine*, igualdad y derecho penal del acto, peticionando se los aplique, revocando y concediendo el ejercicio del derecho señalado.

2. La sentencia, por su parte, acogiendo la tesis fiscal, sostiene como fundamento para la denegatoria, el carácter de funcionario púbico que la imputada tenía al momento de los hechos.

3. 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.

4. Como puede observarse, habrá que estar siempre a las conductas y resultados concretos, y luego compararlas con las 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 en general la previsibilidad necesaria acerca de las conductas que están prohibidas con relevancia penal -tarea principal de la doctrina y jurisprudencia-, está validada por la interpretación o alcance semántico de las palabras que utiliza la misma 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 y otro más restrictivo de ella 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.

5. Párrafo aparte merece, por la reiteración que viene observando este vocal, la recurrencia de fiscales y jueces a la ley de Ética Pública, Nacional y Provincial y a la Convención Interamericana contra la Corrupción, para interpretar el concepto de funcionario y empleado público.

Entendemos que esto no es correcto, puesto que nuestro código penal tiene una definición expresa y

auténtica de tales puntos en el artículo 77, sobre los que hay que trabajar y fundar, puesto que los conceptos de las otras normas que señaláramos, no reúnen las exigencias de una ley penal -entre otras, la necesidad de precisión en el lenguaje-, permitiendo interpretaciones más vagas aún y, con ello, una arbitrariedad y contradicción no propia de la jurisdicción. En este sentido, debe agregarse que tampoco es dable exigir, ni de una ley que engloba un fenómeno complejo de varias dimensiones como la corrupción, ni de una convención internacional, una precisión en el uso de sus términos, puesto que tales instrumentos son resultado de compromisos políticos que fungen como declaraciones que refuerzan determinados valores ético-sociales, por lo que la recepción de ellos en el derecho penal debe hacerse con mucho cuidado, salvo, obviamente, que se trate de una garantía frente al poder estatal, lo que no es del caso.

Por último, con esta interpretación no se incentiva el abuso o corrupción de los funcionarios públicos, que tratan 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, dándose así satisfacción al principio de *ultima ratio* traído a la palestra por la defensa.

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. Esta exigencias, por otra parte,

tienen sostén en la mejor doctrina 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).*

6. Aplicando tal marco teórico, no cabe duda que al imputado le corresponde el derecho a que se suspenda a prueba el actual proceso, toda vez que el delito que se le imputa no requiere como cualidad específica ser funcionario público, es decir, no se trata de los llamados delitos especiales. Así, el tipo de administración fraudulenta en perjuicio de la administración pública, que resulta de la aplicación de los incisos séptimo y quinto de los artículos 173 y 174, respectivamente, 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.

7. Por todo lo anterior, deberá hacerse lugar a la impugnación, revocando la sentencia y concediendo el ejercicio del derecho a suspender el proceso a prueba, debiendo la causa volver a la sede original a los efectos de que se debatan las reglas a cumplir por la imputada.

En cuanto a la imposición de costas y regulación de honorarios, adhiero a lo postulado por el primer vocal.

De conformidad con los votos precedentes ésta Cámara en lo Penal dicta la siguiente

S E N T E N C I A:

1) Hacer lugar a la impugnación deducida por la defensa técnica de J. N. J., contra la sentencia 16/2017 OJRw dictada en fecha 16/01/2017.

2) Revocar la resolución impugnada y conceder el ejercicio del derecho a suspender el proceso a prueba, respecto de los delitos por los cuales fuera sometida a proceso;

3) Remitir las actuaciones a la Oficina Judicial para que, ante otro juez penal, se debatan las condiciones y reglas a cumplir por la imputada.

4) Diferir la imposición de costas y regulación de los honorarios hasta tanto sean fijados en la instancia de mérito y,

5) Protocolícese, regístrese y notifíquese.

Omar Florencio

Minatta

Alejandro Gustavo Defranco **Roberto Adrián Barrios**

Registrada bajo el número 21 del año 2017 de la Cámara en lo Penal de Trelew.

Pilar Sofía Maza
Secretaria de Cámara