En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los siete días del mes de junio del año dos mil diecinueve, los Sres. Jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Trelew, Doctores Roberto Adrián Barrios, Alejandro Gustavo Defranco y Rafael Lucchelli, bajo la presidencia del primero de los nombrados, acuerdan dictar la presente en la **solicitud jurisdiccional nro. 20.640** en los autos caratulados **"C., D. M. y otros p.s.a. asociación ilícita" (Carpeta 6893 Ofiju Rw - Legajo 17.143 OUMPF Tw),** con motivo de la impugnación interpuesta por la Defensa Pública y particulares de: J. A. G., J. C. R., C. D. G., N. M. L., G. M. L. y S. F., contra la resolución dictada por Tribunal colegiado, conformado por los Dres. Alejandro Gabriel Soñis, Marcela Pérez y R. Raúl Rolon, de fecha 5 de abril del corriente año y registrada bajo el nro. 299/19, mediante la cual rechazaran la aplicación del instituto de la suspensión de juicio a prueba (arts. 1, 25, 49, 112 del C.P.P., arts. 169 Y 195 de la Constitución Provincial, arts. 36 y 75, inciso 22 de la Constitución Nacional y leyes 24.759 y 26.097).

Se deja constancia que los tipos penales adjudicados a los impugnantes más arriba mencionados, resultan ser: G. J. A. en orden al delito de enriquecimiento ilícito en calidad de participe (arts. 268 inc. 2, y 45 del CP); R.; J. C. R., en orden al delito de Asociación ilícita en concurso real con Defraudación por administración fraudulenta en perjuicio de la Administración Pública (arts. 210, 173 inc. 7, en función del art. 174 inc. 5, 42, 45, y 55 del Código Penal de la Nación); C. D. G., en orden al delito de Defraudación por administración fraudulenta en perjuicio de la Administración Pública en con el delito de Usurpación de autoridad, (arts. 173 inc. 7, en función del art. 174 inc. 5, 246 Inc. 1° 42 45, 55 del C.P.; N. M. L., en orden al delito de Asociación ilícita;en concurso real con enriquecimiento ilícito en carácter de interpósita

persona (arts. 210, 268 inc. 2, 45 y 55 del C.P.; G. M. L., en orden al delito de Defraudación por administración fraudulenta en perjuicio de la Administración Pública en concurso ideal con Negociaciones incompatibles en calidad de partícipe, en la modalidad de delito continuado (arts. 173 inc. 7, en función del art. 174 inc. 5, 265, 42, 45, y 55 del C.P.) y, S. F., en orden al delito de Asociación ilícita en concurso real con enriquecimiento ilícito, y lavado de dinero en calidad de partícipe (arts. 210, 268 inc. 2, 303 inc.1, 45, 55 del C.P. En la audiencia de impugnación (art. 385 CPP) celebrada el día 20/05/19 en la sede de este tribunal, intervinieron los imputados: J. A. G., J. C. R.,C. D. G., N. M. L., G. M. L.y S. F. -cuyas demás circunstancias personales obran en autos-, con la asistencia técnica de sus letrados defensores, Dres. D. D., M. C. y F. G. y por la parte acusadora: Dres. Omar Rodríguez y Alex Williams por el Ministerio Público Fiscal; Dr. J. Stampone por la Fiscalía de Estado, Dres. Guillermo D. Hansen y M. Romeo y, por Iniciativa Ciudadano por la transparencia contra la corrupción, el Dr. Eduardo Hualpa junto a los ciudadanos C. M. I., A. E. G. y A. C..

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

El Juez Alejandro Gustavo Defranco dijo:

1.- Sabido es, que vienen estos folios a consideración de esta Cámara en lo Penal, excitada la jurisdicción mediante la impugnación ordinaria -art. 374 del CPP- incoada por los imputados a quienes se les denegó el pedido de suspensión del proceso a prueba.

En efecto, mediante resolución registrada bajo el número 299/19, de fecha 5 de abril del corriente año, los jueces designados para celebrar el debate en este legajo número 17143, caratulado **"C., D. M. y otros p.s.a. Asociación Ilícita"** (Carpeta Judicial 6893), denegaron las solicitudes de *probation*, pedidas como cuestión previa al inicio del juicio, respecto a los imputados N. y G. M. L., S. F., C. D. G., J. A. G. y J. C. R..

2.- El primer agravio expuesto contra la sentencia, el cual es compartido por todos los defensores, giró en torno a la cuestión de no haber podido en la audiencia ahondar sobre

cuestiones de hecho contenidas en la teoría del caso fiscal, atento las directivas del Presidente del Tribunal.

En efecto, manifiesta al abogado M. C., en su escrito de impugnación, que *"...no se nos permitió a las defensas ni a las partes acusadoras, ahondar sobre las cuestiones de fondo que hacían al pedido, cuestión que causo un gravamen irreparable a esta defensa ya que no pudimos demostrar que mi defendido es pasible de la suspensión de juicio a prueba, tal y como lo establece el Código Penal."*.

A su turno, el Defensor Público, Omar Osvaldo López, por escrito, subrogado en la audiencia a tenor de art. 385 por su colega Dr. D. D., manifestó que *"...para analizar la pertinencia del instituto solicitado, y su adecuación al párrafo cuarto del arto 76 bis, se debe necesariamente, por exigencia legal, expresar cuales son la "circunstancias del caso" que ameritan la aplicación de la probation. El Tribunal, en una medida arbitraria e ilegítima, impidió a las defensas técnicas, hacer alusión al caso concreto, y las razones que de esas circunstancias se desprenden. Ello configuró una violación al derecho de defensa, que impidió poder fundar acabadamente el sentido y alcance del instituto solicitado."*.

Por último, el letrado F. G., consignó en su libelo que *"...fue introducida por esta defensa la solicitud de aplicación del instituto de la suspensión del juicio a prueba pretendiendo explicar algunas circunstancias del caso que debían ser merituadas -por ejemplo, que la intervención de M. L. fue antes de que C. sea el subsecretario de la Unidad Gobernador durante el gobierno de M. D. N.-, lo cual fue vedado por el Tribunal aduciendo pautas de litigación que habían fijado..."*.

3.- Dicha queja, tal como se dijo oportunamente en la decisión oralizada en fecha 20 de mayo, no puede prosperar.

No solo porque no se señalaron cuáles fueron las concretas defensas cercenadas (salvo lo manifestado por el abogado C. en cuanto a la calidad de funcionario público de su asistido que se tratará en el punto 18.-), sino porque, fundamentalmente, la decisión del Presidente sobre aquella forma restringida de litigar (más allá de su acierto o no), no fue materia de impugnación oportuna - revocatoria, en concreto, conforme art. 311, CPP-, siendo incluso alegada por parte de alguno de los letrados defensores para objetar alocuciones de los acusadores, conforme surge del audio que contiene la audiencia, de lo que se

desprende, claramente, que a pesar del descontento con las directivas del Tribunal se sometieron a ellas, sin protesta, y valiéndose de ellas cuando su estrategia lo imponía.

4.- En otro orden, el primero de los letrados nombrados, defensor de C. G., objetó en la audiencia del art. 385 del rito -tal como lo consigna en su escrito- que no se ha acreditado aún en juicio que los hechos ventilados sean de corrupción, punto sobre el que los jueces hicieron girar la denegatoria.

Sobre ello, debo decir, en primer lugar, que tal como ha señalado el querellante Eduardo Raúl Hualpa, en representación de Iniciativa Ciudadana, la intervención misma del colectivo a quien representa ha sido legitimada - conf. Art. 103, inc. 2, CPP- por la circunstancia de ser ilícitos de los que implican *"abuso del poder público y conlleven graves perjuicios patrimoniales para el Estado".*

Si no fuera este el caso, mal podría haber sido aceptado como querellante en la causa, por lo que desde el momento en que toma intervención la querella, se vislumbraba que los hechos investigados tenían esa entidad corrosiva para las instituciones democráticas.

Además, las conductas reprochadas están descriptas en la acusación en tales términos, por caso, *"...la sustracción de fondos públicos, mediante Defraudaciones a la Administración Pública y Negociaciones Incompatibles con la Función Pública, todo ello con el fin común de usufructuar dichos fondos por parte de cada uno de los miembros..."*, o *"...siempre en miras de hacerse de fondos públicos de manera fraudulenta..."*, etc., todas referencias que, más allá de su necesaria acreditación en juicio, permiten calificar a los sucesos investigados como actos de corrupción en los términos del dispositivo aludido antes.

Y no es antojadizo el término utilizado.

Ya el art. 36, de la Constitución Nacional, establece que los *"delitos dolosos contra el Estado que conlleven enriquecimiento"* atentan contra el sistema democrático mismo; el art. 17 de la Constitución Provincial, en similar redacción, establece que *"se considera que atenta contra el sistema democrático todo funcionario público que comete delito doloso en perjuicio del Estado".*

Por su parte, los tratados a los que adhirió la nación, de las que no puede decirse, tal como sugiere el abogado C., que están dirigidas solo al Poder Ejecutivo y no atraviesan las

instituciones todas de la Nación, (Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, mediante ley 26097 -B.O. 9/6/2006-; Convención Interamericana contra la Corrupción -ley 24759, del 4/12/96-), se refieren a la corrupción como delitos de contenido patrimonial cometidos por funcionarios públicos en perjuicio del Estado.

Concretamente, la convención regional, en su artículo VI, explícita cuáles son los actos contenidos en sus disposiciones, entre ellos, *"...la realización por parte de un funcionario público... de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios..."*, *"el aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo..."* o *"la participación como autor, coautor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para su comisión..."*.

De contrastar tales definiciones con los hechos imputados en la acusación, más allá de su provisoriedad y la necesidad de que el Ministerio Fiscal deba acreditarlos en juicio, no puede dudarse que los delitos investigados son de los que la Convención define como corruptos.

Si en el legajo, por ejemplo, se imputa la presunta comisión de ser miembro de una asociación ilícita, tal como expresamente establece el inc. e), art. VI, de la Convención Americana, o si, se imputa a otros ser autores o participes de Enriquecimiento ilícito, en coincidencia con las definiciones de los incs. c) y d), del mismo artículo, no cabe duda alguna que los sucesos investigados tienen la entidad pregonada.

De todo ello, la referencia de los sentenciantes a que los casos ventilados son de los relacionados con "hechos de corrupción" es correcta.

5.- Superado ello, y en el centro de la queja, se enancan las impugnaciones a la sentencia en la subsunción por parte de los jueces de los casos ventilados en las previsiones del cuarto párrafo del art. 76 bis, Cód. Penal, mientras que entienden los apelantes, por el contrario, que, ante las penas concretas solicitadas por la Fiscalía, algunos deben incluirse en los supuestos del primero.

Para comenzar el acápite, es bueno recordar que, en la acusación se ha imputado a **N. M. L.**, el delito de ser miembro de

una Asociación ilícita en concurso real con enriquecimiento ilícito en carácter de interpósita persona, estimándose que la pena *"no será inferior"* a los cuatro años y seis meses de prisión; a **G. M. L.**, el delito de Defraudación por administración fraudulenta en perjuicio de la Administración Pública, concursados idealmente con Negociaciones incompatibles en calidad de partícipe, con una pretensión punitiva que *"partirá del mínimo en los dos años de prisión..."; a* **S. F.**, ser miembro de la Asociación ilícita en concurso real con enriquecimiento ilícito y lavado de dinero en calidad de partícipe, con una pretensión punitiva que se estima *no menor* a los cuatro años de prisión; a **C. D. G.**, se le imputa la figura de Defraudación por administración fraudulenta en perjuicio de la Administración Pública, la que a su vez concursa materialmente con el delito de Usurpación de autoridad, con una *"pretensión punitiva* (que) *partirá en los dos años de prisión.*"; a **J. A. G.**, se le imputa el delito de enriquecimiento ilícito en calidad de participe, estimándose una pena que partirá de los tres años de prisión y a **J. C. R.**, el de ser miembro de una Asociación Ilícita en concurso material con Defraudación por administración fraudulenta en perjuicio de la Administración Pública, con una pretensión punitiva *no inferior* a los cuatro años y seis meses de prisión.

6.- Por ello, en los casos en que se estimó provisoriamente una pena superior a los tres años (N. M. L., S. F. y J. C. R.) no sería factible subsumir la petición de suspensión del juicio en el párrafo primero del art. 76 bis.; en los demás casos, se consignó expresamente que las penas "partirán" de ciertos montos (G. M. L., G. y G.) en escalas que tienen como tope guarismos muy por encima de los tres años de prisión.

Esto significa que, en puridad, no ha señalado la Fiscalía pena en concreto; solo se limitó a indicar desde donde "partirá" el reproche, lo que no podría ser de otro modo por ser la pena mínima de la escala señalada en cada tipo en particular.

Por ello, ante esta forma de indicar la sanción posible, censurable, por cierto, pero no controvertida en la audiencia destinada al efecto, no otra forma de analizar en qué hipótesis del art. 76 bis deben encuadrase las peticiones que a través de las escalas previstas en abstracto.

Pero, sin perjuicio de todo ello, ha precisado la fiscalía que las penas, leves o no, y para todos los casos, serán de efectivo cumplimiento, es decir que, de hecho, no sería viable la

suspensión del proceso a prueba por no darse la posibilidad prevista por el art. 26 CP.

En definitiva, en la sentencia se resuelve, atinadamente, que deben enmarcarse los pedidos de suspensión del proceso en dicho apartado cuarto atento las penas previstas en abstracto por las respectivas escalas penales.

7.- Y ello es correcto porque, el art. 76 bis comprende dos grupos de delitos, uno que encierra a aquellos que tienen prevista una pena de reclusión o prisión cuyo máximo no supera los tres años (párrafos 1° y 2°), y un segundo, que comprende a delitos no incluidos en el primer grupo que, previendo la ley penal un máximo de pena superior a los tres años de privación de libertad, permiten el dictado de una condena cuyo cumplimiento puede dejarse en suspenso de acuerdo al art. 26 del Código Penal (párrafo 4°).

Esta es la interpretación que ha dado la CSJN, en el caso *"Acosta"* para superar de una vez las teorías restrictivas sobre el asunto -desde *"Kosuta" a* esta parte-, en estos términos harto conocidos: *"...que, para determinar la validez de una interpretación, debe tenerse en cuenta que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra (Fallos: 304:1820; 314:1849), a la que no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino el que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos (Fallos: 313:1149; 327:769). Este propósito no puede ser obviado por los jueces con motivo de las posibles imperfecciones técnicas en la redacción del texto legal, las que deben ser superadas en procura de una aplicación racional (Fallos: 306:940; 312:802), cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho (Fallos: 310:937; 312:1484)...".*

"Que, en tales condiciones, cabe concluir que el criterio que limita el alcance del beneficio previsto en el art. 76 bis a los delitos que tienen prevista una pena de reclusión o prisión cuyo máximo no supere los tres años se funda en una exégesis irrazonable de la norma que no armoniza con los principios enumerados, toda vez que consagra una interpretación extensiva de la punibilidad que niega un derecho que la propia ley reconoce, otorgando una indebida preeminencia a sus dos primeros párrafos sobre el cuarto al que deja totalmente inoperante.".

Ello así, el primer conjunto de hipótesis, incluido en los párrafos primero y segundo del art. 76 bis, se refiere a los

delitos (o concurso de delitos) conminados en *abstracto* con una pena privativa de libertad cuyo máximo no exceda de tres años, mientras que el segundo, contemplado en el cuarto párrafo del mismo artículo, incluye además los casos cuyas circunstancias evidencien que *en concreto* resultará posible dejar en suspenso el cumplimiento de una eventual sentencia condenatoria.

8.- Así han enmarcado la cuestión, en correcta inteligencia, los jueces del resolutorio atacado.

Han dicho que "*...hemos coincidido que las imputaciones respecto de los peticionantes debían englobarse en el párrafo 4to del arto 76 bis. del C.P, bajo el entendimiento que la procedencia del instituto de la probation exige una hipotética pena de ejecución condicional a tenor del art. 26 del C.P, no obstante que puedan darse situaciones o casos como el que aquí nos ocupa, que aún en el caso hipotético de una condena de ejecución condicional no proceda el beneficio de la suspensión de juicio a prueba.*" (del voto de Soñis); "*.es notorio que el art. 76 bis, cuarto párrafo del CPA exige para que proceda la aplicación del instituto de SJP, la posibilidad concreta de que, en el caso de recaer condena con pena de prisión, la misma pueda ser suspendida en su aplicación conforme las pautas previstas y reguladas en el art. 2 6 del mismo Código de Fondo... tal como fuera adelantado, consideramos que en todos los supuestos de quienes peticionaron que se aplique a su caso concreto el beneficio de la suspensión del juicio a prueba, están comprendidos en el arto 76 bis. cuarto párrafo del Código Penal Argentino conforme las calificaciones legales escogidas y las escalas penales atribuidas en abstracto a los sindicados.*" (del voto de Rolón).

9.- Como siguiente paso en el razonamiento, los jueces han resuelto que, a más del requisito de que por hipótesis quepa la posibilidad de una condenación condicional, deviene necesario el consentimiento fiscal para la concesión de la *probation* al que consideran vinculante.

Concretamente, ha dicho la Jueza Pérez que "*...para la concesión del beneficio dos pautas, a saber, que las circunstancias del caso permitieren dejar en suspenso el cumplimiento de la condena y hubiere consentimiento fiscal. Esto último implica que para su otorgamiento el Fiscal debe prestar su consentimiento en base a un juicio de conveniencia y oportunidad, que debe ser fundado y sujeto a un control jurisdiccional de*

logicidad y fundamentación...”.

“*Corresponde entonces realizar el debido control de legalidad respecto de la oposición del Ministerio Público Fiscal, y determinar en definitiva si el mismo resulta o no vinculante para el tribunal en función de los lineamientos fijados incansablemente en innumerables precedentes a nivel nacional y local.”*, ha dicho el juez Soñis, citando jurisprudencia.

Y ello es también atinado y en nada contradictorio como lo tildan los recurrentes; por el contrario, al binomio antitético “legalidad versus discrecionalidad”, como lo plantea el abogado D., el Tribunal interpone una conjunción entre ambos términos de la ecuación, expresando que, a más de la verificación de los requisitos objetivos del cuarto párrafo debe sumarse el consentimiento fiscal.

10.- Se ha dicho por parte de la doctrina 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 estatal: el ministerio público”* (Bovino, Alberto; *"La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Cód. Penal argentino*”, Del puerto, Buenos Aires, 2005, pág. 161).

Y esta es la doctrina que emerge de los fallos del máximo Tribunal provincial.

En efecto, desde el fallo **“P., F. E. art. 189 bis s/impugnación extraordinaria (Exp. 100217/16)”** se ha resuelto *que..."Respecto de la suspensión de juicio a prueba bien vale evocar que en numerosas oportunidades he reconocido la condición dirimente de la opinión del Ministerio Público en el trámite. Es que se trata de un instituto excepcional que implica interrumpir la continuación del proceso evitando -eventualmente- la imposición de una pena; de una salvedad al principio de oficialidad o de legalidad procesal, de allí que resulta lógico y razonable que obligatoriamente se exija el consentimiento fiscal, a quien le compete la promoción y el ejercicio de la acción penal. Sin embargo, se ha escrito de manera enfática que eso no autoriza a la Fiscalía a evadirse de brindar razones cuando su opinión es negativa a la concesión, ni priva a la jurisdicción del control de logicidad o razonabilidad (que en este caso podrían*

operan como sinónimos), ya que el sistema constitucional no tolera de los poderes públicos ninguna actuación basada en el mero imperio de la voluntad de quien la ejecuta." (del voto del entonces ministro J. Pfleger).

Ese criterio, que hice mío acatando la jurisprudencia del Superior Tribunal, desde mi sufragio en "**F. R. I. r/víctima de homicidio culposo - Trelew" (Carpeta 7.275)**", es el que mantengo en esta instancia en lo que hace al carácter vinculante del dictamen fiscal en casos del cuarto párrafo de 76 bis, siempre y cuando supere el estándar de razonado, fundamento que renuevo aquí, atento a la enérgica advertencia de la Sala en los recientes autos **"E., N. F. s/denuncia-Trelew (Expte. 100404-Año 2018)".**

11.- Resta entonces verificar si, efectivamente, tal como lo han entendido los jueces de la sentencia, la oposición a la concesión de las suspensiones del juicio han sido debidamente fundadas por parte de los acusadores.

En apretada síntesis, el Ministerio Publico Fiscal, se opuso a las salidas alternativas propuestas por dos razones básicas: la primera, por entender que en función de la pretensión punitiva, operaba la imposibilidad de la aplicación del instituto, y que en ningún caso, si fueran condenados, la pena va a ser de cumplimiento condicional; la segunda de las fundamentaciones se basó en la gravedad de los hechos imputados, que se trataban de delitos de corrupción en función de la Convenciones de las Naciones Unidas e Interamericana contra la Corrupción.

La querella, de la mano del abogado Hualpa, precisa que *"...el caso que nos ocupa, es un caso que pertenece a una categoría distinta de la generalidad, y que por lo tanto no admite el beneficio de la probation. Sería una aventura plantear que nosotros estamos introduciendo la corrupción como una categoría desconocida en este caso, porque nuestro rol en este juicio como ciudadanos está habilitado solamente para dos categorías, una de ellas es la de grave violaciones a los derechos humanos cometidas por funcionarios públicos, y la otra es delitos que impliquen abuso de poder público y conlleven graves perjuicios patrimoniales para el Estado. Es por esta segunda causal prevista en el art. 103, inc. 2 del C.P.P., que nosotros nos postulamos para ser querellantes en esta causa.".*

Expresa que *"nosotros queremos que estos delitos se investiguen y se esclarezcan hasta las últimas consecuencias, y entendemos que esto no tiene que ver con ninguna posición de*

revancha, de indignación u otra emoción que no va a ser cobijada por el Derecho Penal, creo que tiene que ver con la protección jurídica que tiene la lucha contra la corrupción...”, refiriendo que las Convenciones se refieren a *“...la obligación de esclarecer en un juicio oral y público, donde la comunidad pueda conocer qué es lo que pasó, cuáles fueron las responsabilidades y hasta qué punto las personas imputadas fueron responsables o no... Una admisión del instituto que se está pidiendo ocultaría una parte de los hechos que se investigan, ocultaría de la comunidad saber la verdad. Saber qué pasó.”*.

Cita *“la Instrucción nro. 97/99 del Ministerio Público Fiscal de la Nación del 2009 en la que se instruyó a los fiscales para que se opongan al pedido de concesión de probation, cuando el hecho en discusión involucra casos de corrupción y exista actuación de funcionarios públicos.”*.

“En definitiva estamos de acuerdo en que la probation es un mecanismo útil e interesante para una cantidad de casos, justamente para permitir al sistema penal concentrarse en los casos de mayor gravedad, de mayor lesividad, de mayor afectación de bienes jurídicos importantes para la comunidad. El caso que nos trae hoy aquí es uno de los casos que merece mayor atención, que requiere que justamente el derecho penal actúe con toda la energía que corresponde, respetar las garantías, pero sin abandonar sus funciones de esclarecer, investigar y eventualmente sancionar a los responsables o por lo menos proponer las sanciones de parte nuestra.”.

12.- Los jueces del caso, entendieron que la oposición de los acusadores era debidamente fundada.

En primer lugar, el Juez Soñis expresó que *“…he arribado a la conclusión que la oposición del Ministerio Público Fiscal ha cumplido acabadamente con los recaudos legales en cuanto a logicidad, razonabilidad y fundamentación a fines de que la misma resulte vinculante para este Tribunal. Doy razones: Tanto los acusadores públicos y privados afirmaron que nos encontrábamos frente a hechos de corrupción, situación ésta que no fuera controvertida en la audiencia del 3 de abril y bajo esa descripción los fiscales afirmaron que se trataba de hechos graves que debían dirimirse en la etapa de juicio.”*.

Refiere contenidos de la normativa internacional y remata su pensamiento diciendo *“...evitar la ventilación de los hechos en un debate oral y público por la implementación de un*

criterio de oportunidad o salida alternativa al conflicto echaría por tierra el compromiso asumido por el estado nacional, porque de esta forma se vería restringido el derecho que tiene la sociedad, en la búsqueda de la verdad a la que en definitiva han aspirado al constituirse como querellantes eneste proceso ycuya oposición no resulta dirimente para los jueces.”.

La Jueza Pérez, por su parte, expresó: “*Todo lo apuntado me permite afirmar que los hechos traídos a juicio, en función de las calificaciones legales propuestas, no* resultan abarcados como supuestos de menor lesividad. Además, queda establecida la obligación contraída por el Estado de avanzar en pos de la verdad en esta clase de delitos. Ello otorga pleno sustento a la oposición fiscal respecto al mentado criterio de oportunidad y a la necesidad de que los hechos sean ventilados y esclarecidos en juicio oral y público para arribar a la verdad, en miras de afianzar la credibilidad en las instituciones por parte de la sociedad. Argumento que comprende a la totalidad de los solicitantes, sin perjuicio de las circunstancias particulares de cada uno. Por todo ello no advierto déficit alguno en la fundamentación y logicidad de la oposición fiscal formulada.”.

Por último, el Juez Rolón sentenció: “*...la negativa Fiscal estuvo fundada (art. 25 del CPPCH y 169 de la Constitución Provincial) en que existen sólidos elementos que permiten arribar a la hipótesis del origen ilícito de las actividades desplegadas por los sindicados y que los mismos estarían estrechamente relacionados con delitos de corrupción (arts. 36 de la Constitución Nacional y Ley 26.097 Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y Ley 24759 de la Convención Interamericana contra la Corrupción) conforme la descripción fáctica contenida en el libelo acusatorio, se erigen en un obstáculo vinculante y como impedimento de procedencia del instituto en tratamiento...*"

“Esta oposición del titular de la acción penal estatal (conf. Art. 195 de la Constitución Provincial, Art. 120 de la Constitución Nacional, Arts. 18 y 112 Y ssgtes. del CPPCH), la pondero ajustada a derecho y sólidamente justificada en la razón, la lógica y fundada en razones legítimas de política criminal vinculadas a la naturaleza de éste caso concreto por afectar a la Administración Pública y el erario Provincial, lo que determinó la entidad del caso y su repercusión, motivo por el cual consideró

el acusador que de recaer una probable condena la misma no será dejada en suspenso...".

13.- Puesto a resolver, tal como se adelantó en el veredicto, entiendo que la resolución denegatoria de las *probation* es correcta, lógica y a todas luces oportuna.

No puede cuestionarse, la gravedad de los hechos que se pretenden ventilar en juicio y su calificación como hechos de corrupción, entidad que, más allá de la subsunción de los presuntos injustos en las previsiones del párrafo primero o cuarto del art. 76 bis, amén del carácter vinculante o no del dictamen fiscal, impiden el reconocimiento del derecho a la *probation.*

Ya me he referido (ver considerando 4) a su inclusión en el art. 36 de la Constitución Nacional, no pudiéndose discutir que, junto a la interrupción de la observancia de la Constitución por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático (primer párrafo) y la usurpación de funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o las de las provincias (tercero), el incurrir en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, es un delito constitucional y atenta contra el sistema democrático mismo.

También es cierto que el legislador ha tipificado dicho injusto a través de diversas figuras delictivas insertas en el Código Penal, cumpliendo con la obligación de fijar penas, sin alterar el tipo descripto en la Carta Magna, en los casos de delitos constitucionales.

En efecto, en los Capítulos VI (conforme redacción de la ley 25.188, precisamente "Ley de Ética de la Función Pública", también dictada en acatamiento del mandato constitucional), VII, VIII, IX y IX bis, del Título XI, del Código Penal, se receptan diversas figuras de delitos dolosos, cometidos por funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones y que conllevan enriquecimiento (por caso Cohecho Activo -art. 256-, Tráfico de Influencias -arts. 256 bis-, Peculado -art. 261-, Negociaciones Incompatibles -art. 265- y Enriquecimiento Ilícito -arts. 268.2-, entre otros), afectando todos ellos el bien jurídico Administración Pública, considerada como un ente colectivo merecedor de tutela, por afectar a la nación toda.

También, ya protegiendo la propiedad de la persona jurídica individual, se tipifica el delito de Fraude a la Administración

Pública -art. 174, inciso 5-, agravándose el mínimo de la sanción de la figura básica, por ser, precisamente, delito contra las arcas estatales.

14.- De todo ello, es evidente que quien incurre en alguna de esas figuras, queda atrapado por la previsión constitucional de cometer un delito que atenta contra el orden democrático, no pudiéndose discutir su gravedad, siendo incluso interpretado como delito imprescriptible (Cámara Federal de Casación Penal, Sala 4, "**C., R.J.A. y otros s/recurso de casación**", 29 de agosto de 2018).

Es que la corrupción *"supone uno de los principales obstáculos para el desarrollo económico, político y social sostenible para economías desarrolladas, emergentes o en desarrollo...La presencia de corrupción lleva a que la inversión de recursos no se haga en aquellos sectores o programas más beneficiosos para la colectividad, sino que tiendan a desviarse hacia los que ofrecen mayores perspectivas de enriquecimiento personal de los políticos que adoptan las decisiones, como los proyectos de construcción de grandes infraestructuras o programas militares, en detrimento de sectores como la educación o la sanidad. Los fondos públicos, por su parte, son malversados o desviados de su destinación legítima para el enriquecimiento particular. Y finalmente, entre otras consecuencias, también se ha mencionado que la corrupción perpetúa la pobreza."* (OSCAR CAPDEFERRO VILLAGRASA, "Eunomia" N° 13, octubre 2017- marzo 2018, pp. 114).

Kofi A. Annan, Secretario General de la ONU, al prologar la edición de la Convención Internacional contra la corrupción, ha dicho: *"La corrupción es una plaga insidiosa que tiene un amplio espectro de consecuencias corrosivas para la sociedad. Socava la democracia y el estado de derecho, da pie a violaciones de los derechos humanos, distorsiona los mercados, menoscaba la calidad de vida y permite el florecimiento de la delincuencia organizada, el terrorismo y otras amenazas a la seguridad humana. Este fenómeno maligno se da en todos los países —grandes y pequeños, ricos y pobres— pero sus efectos son especialmente devastadores en el mundo en desarrollo. La corrupción afecta infinitamente más a los pobres porque desvía los fondos destinados al desarrollo, socava la capacidad de los gobiernos de ofrecer servicios básicos, alimenta la desigualdad y la injusticia y desalienta la inversión y las ayudas extranjeras. La corrupción es un factor clave del bajo rendimiento y un obstáculo muy importante para el alivio de*

la pobreza y el desarrollo.”.

Por ello, ante la disminución de la capacidad económica de los entes públicos debido a la corrupción estructural, que provoca significativos recortes en los derechos sociales y en el bienestar de las personas, se ha promovido, desde distintos foros internacionales, la asunción de firmes obligaciones por parte de los distintos Estados de la sociedad internacional, a efectos de unificar en lo posible el rechazo global a este fenómeno, así como el compromiso global de combatirlo.

15.- Con miras a ello, entre otros Tratados multilaterales, la OEA, en su tercera sesión plenaria, (Caracas, 29 de marzo de 1996), sancionó la Convención Interamericana contra la Corrupción -aprobada por ley 24759, del 4/12/96), mientras que la ONU, en su sesión celebrada en Nueva York, en fecha 31 de octubre de 2003, adoptó la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción - incorporada por ley 26097, de 10/5/2006-.

En la primera, se consideró expresamente *“que la democracia representativa, condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región, por su naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio..."*, porque *“el combate contra la corrupción fortalece las instituciones democráticas, evita distorsiones de la economía, vicios en la gestión pública y el deterioro de la moral social.*", conviniéndose sobre *“la importancia de generar conciencia entre la población de los países de la región sobre la existencia y gravedad de este problema, así como de la necesidad de fortalecer la participación de la sociedad civil en la prevención y lucha contra la corrupción.*".

En el art. II, se establecen los Propósitos de la Convención, que son promover y fortalecer el desarrollo, por cada uno de los Estados Partes, de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción y promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados Partes a fin de asegurar la eficacia de tales medidas y acciones.

En el Artículo VI, se señalan expresamente los actos de corrupción a los que es aplicable la Convención.

Se tipifican entonces como actos de corrupción, entre otros, a la realización, por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener

ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero; al aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo y a la participación como autor, co-autor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo.

El Artículo IX, establece que los Estados Partes que aún no lo hayan hecho adoptarán las medidas necesarias para tipificar en su legislación como delito, el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él y que *"entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado el delito de enriquecimiento ilícito, éste será considerado un acto de corrupción para los propósitos de la presente Convención..."*.

Que sobre tales actos de corrupción no puede dudarse su similitud con los requisitos objetivos de los tipos contenidos en los arts. 210, 173, inc. 7° (en relación con el 174, inc. 5°), 265 y 268.2, del Código Penal, contenidos en la acusación, por lo que su gravedad no puede cuestionarse ni la obligación del Estado acerca de su prevención y sanción.

16.- Por su parte, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, manifiesta su preocupación *"por la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley"*, y en el convencimiento *"de que el enriquecimiento personal ilícito puede ser particularmente nocivo para las instituciones democráticas, las economías nacionales y el imperio de la ley"* y *"teniendo presente que la prevención y la erradicación de la corrupción son responsabilidad de todos los Estados"*, establece como finalidad de la Convención la adopción de medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción.

Establece la obligación de tipificar *"la apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por un funcionario*

público en beneficio propio o de terceros u otras entidades, de bienes, fondos o títulos públicos o privados o cualquier otra cosa de valor que se hayan confiado al funcionario en virtud de su cargo" -art. 17-, *"la realización u omisión de un acto, en violación de la ley, por parte de un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener un beneficio indebido para sí mismo o para otra persona o entidad"* -art. 19- y *"el enriquecimiento ilícito, es decir, el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él"* -art. 20-, por lo que no puede desconocerse la gravedad de los delitos intimados en esta legajo.

Por último, entre las obligaciones asumidas al firmar la Convención, la República Argentina se comprometió a *penalizar "la comisión de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con sanciones que tengan en cuenta* la gravedad *de esos delitos..."* -art. 30.1-, a velar por *"el enjuiciamiento de personas por los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención a fin de dar máxima eficacia a las medidas adoptadas para hacer cumplir la ley"*, -art. 30.3- y *"que esos delitos habrán de ser perseguidos y sancionados de conformidad con ese derecho..."* -art. 30.9-, disposiciones de las que surgen, sin duda alguna, que es un compromiso internacional el juzgamiento, la persecución y penalización de los delitos tipificados en el Tratado, todo ello lejano a la suspensión del proceso que se pretende.

17.- No puede obviarse tampoco el compromiso asumido por la nación toda, a través de la firma de las convenciones que se vienen mencionando, acerca de la publicidad y participación ciudadana en injustos como estos.

Una de las pautas a tener en cuenta, a no dudar, es que por disposición del art. 173 de la Const. Pcial., para el juzgamiento de las causas criminales por delitos dolosos cometidos por funcionarios públicos, los tribunales se compondrán en forma minoritaria por vocales legos (tribunal escabinado), cuyo fin, evidentemente, es comprometer a la ciudadanía en la participación directa en la administración de justicia.

De otra parte, considero acertado el fundamento de la Resolución de la Procuración General de la Nación N° 97/09, de 14 de agosto de 2009, en la que se instruye a los Fiscales en el sentido de que *"...los señores magistrados deberán oponerse a la*

procedencia del beneficio siempre que se esté ante un delito de corrupción -de conformidad con lo establecido por los artículos 15 a 26 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y artículos VI, VIII, IX Y XI de la Convención Interamericana contra la Corrupción- sin que corresponda hacer al respecto distinciones entre particulares o funcionarios públicos, o que en este último caso el hecho haya sido cometido en ejercicio o no de la función pública (siempre que esté vinculado a ella)".

"Resulta por otra parte vinculante en este punto el compromiso asumido por el Estado Nacional al suscribir la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, en cuanto establece la obligación de generar políticas que promuevan la participación de la sociedad y reflejen los principios del imperio de la ley (art. 5) y la de ejercer las facultades discrecionales de que disponga conforme a su derecho interno en relación con el enjuiciamiento de personas por los delitos tipificados con arreglo a la Convención a fin de dar máxima eficacia a las medidas adoptadas para hacer cumplir la ley respecto de esos delitos, teniendo debidamente en cuenta la necesidad de prevenirlos (art. 30, ap. 3).".

Es que, no puede obviarse que la publicidad ínsita al juicio, sobre todo en casos de corrupción, permite el conocimiento por parte de la ciudadanía (primeros afectados por esta clase de delitos), del contenido de las presuntas maniobras ilícitas, el destino de los fondos públicos, el debate de las circunstancias fácticas y jurídicas relevantes para el caso y, eventualmente, la declaración de responsabilidad del autor, extremos irrenunciables en este tipo de procesos.

Por otra parte, no puede desatenderse la estrecha vinculación de la publicidad del juicio con uno de los fines mismos de la pena, atento su idoneidad para producir efectos preventivo-generales, toda vez que el juicio público es más idóneo que el simple texto legal para ratificar la vigencia de los valores fundantes del sistema democrático.

18. - En otro orden, me expediré sobre la improcedencia de la suspensión del proceso a prueba respecto a particulares que hubieran participado en complicidad con funcionarios públicos -en delitos especiales y en ejercicio de sus funciones públicas-.

Es cierto que no han sido denegadas por dicha razón las suspensiones a los particulares acusados, pero, habiendo sugerido el abogado C. que si se le hubiera permitido discutir el hecho

que su cliente no era funcionario público se le hubiera otorgado el beneficio, es necesario hacer saber mi opinión al respecto, atento su intima vinculación con la gravedad de los hechos intimados y, a la vez, con la necesidad de su publicidad, sí tenidos en cuenta para denegar el instituto por parte de los jueces.

19.- Antes una pequeña digresión.

El abogado de G., argumentó (además de que a su asistido le correspondía la *probation* por no ser funcionario) que si se lo considerara funcionario público podía ser, también, beneficiado con la suspensión, tal como resolviera esta Cámara en autos "**R., J. P.... s/denuncia" (Carpeta 6599).**

En dicha sentencia expresamente deje claro 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*"; se manifestó que "...*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...*", sentenciándose "*que 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... y no siendo del caso que los dispositivos legales seleccionados en la acusación se encuentren en alguno de aquel repertorio es que... corresponde revocar el resolutorio en crisis...*".

Por ello, si bien hubiese sido aplicable el precedente en el supuesto de una solitaria imputación individual, de un hecho aislado, sin participación de agentes en el poder, atento la gravedad de los hechos que merecen ser calificados como de corrupción y la necesidad acreditada de su debida publicidad, tal como se viene diciendo, deviene de imposible aplicación al caso la doctrina de este Cuerpo revisor aludida.

20.- Dicho esto, entiendo con la doctrina "restrictiva", que "*la redacción del texto legal parece sugerir que, cuando un funcionario público ha intervenido en el hecho, no procede la suspensión del proceso a prueba respecto de ningún otro*

interviniente que no reúna tal condición... este criterio, además de importar que todas las personas involucradas en casos de corrupción administrativa fueran sometidas al sistema penal hasta la terminación del proceso respectivo, supondría una ventaja de orden práctico ya que no se desvincularía de la causa a algunos imputados cuando igualmente deberá llevarse adelante un juicio respecto de otros...” (D'Alessio, *Código Penal Comentado*, pág. 748), tal como la Fiscalía pretende expresamente, al afirmar que en caso de no comparecer a juicio todos los imputados su teoría del caso se debilitaría.

Además, hago mía la interpretación sobre el alcance del séptimo párrafo del artículo 76 bis del Código Penal, en el sentido que *“...surge claramente una referencia al hecho en el que participó un funcionario público, y no a la participación de un funcionario público en un hecho”* (De Olazabal, Julio, *"Suspensión del proceso a prueba"*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1994, pág. 59), sumado a las enseñanzas de Pessoa en el sentido que *“...la norma es clara en un aspecto, en lo que surge del texto en cuanto veda el camino del beneficio. Puede surgir un interrogante y es éste: ¿qué sucede si interviene en el hecho otra persona que no reviste tal calidad? Este otro sujeto ¿Puede solicitar el beneficio? Respondo negativamente invocando como razón la redacción de la ley penal; ella dice “no procederá la suspensión... cuando un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones hubiese participado en el hecho”, por lo que hace pensar que veda el camino de la suspensión con respecto al hecho. Si hubiese querido limitar al funcionario, es obvio que la redacción debió ser otra; cuando la ley quiere gravar o favorecer situaciones en función de calidades personales usa expresiones que denotan tal sentido, por ejemplo, arts. 185, 279, etc.”* (*"Suspensión del juicio a prueba: Esquema de un análisis de la ley 24.316"*, JA, N° 5920, 15/02/1995, pág. 11).

Es que, ha sido materia de preocupación para el legislador la participación de particulares en hechos cometidos por funcionarios; el art. 67 del Código Penal, en su párrafo segundo, establece que “...la prescripción también se suspende en los casos de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública, *para todos los que hubiesen participado*, mientras cualquiera de ellos se encuentre desempeñando un cargo público...”; de ello puede extraerse, para todos los casos de delitos cometidos en el ejercicio de funciones públicas que lo relevante es el hecho

investigado, que impide, para todos, particulares o funcionarios, tanto la concesión de la probation como la prescripción anticipada de la acción.

Y en cuanto al juzgamiento de todos los involucrados en el injusto, ha manifestado la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, en autos "Suspensión de proceso a prueba de R., G. R.", expediente FMP 61008273/2012/5, de fecha 10 de mayo de 2017, que *"...y si bien ello no comprendería al peticionante R., la circunstancia que este hubiere actuado en conjunto con al menos un Funcionario Público de la ANSES (UDAI Chascomús) que se encuentra procesado en autos, hallándose la presente causa con la instrucción agotada y con requerimiento de elevación a juicio; tales circunstancias desaconsejan la aplicación del instituto reclamado, al menos en esta etapa del proceso, considerando asimismo este Cuerpo que deviene necesario que se avance hacia la etapa plenaria para que se diluciden en ella las particularidades de los ilícitos objeto de análisis como así también se evalúe, en su caso, la responsabilidad de los imputados en forma conglobada...".*

Por todo ello, repito, entiendo que una interpretación literal de la norma impone hacer extensivas las consecuencias restrictivas a todos los partícipes del hecho, sin perjuicio de que sea solo uno de ellos, el que ostente la condición de funcionario público, siempre que se trate de delitos especiales (en los que solo puede ser sujeto activo quien ejerza la función) y que sea un injusto cometido en ocasión de sus funciones específicas.

21.- De otra parte, es bueno recordar que "*...la implementación de este instituto responde a la intención de descongestionar el sistema de administración de justicia de casos vinculados con delitos leves con el objeto de concentrar recursos en la persecución de los delitos más graves...*" (D'Alessio, *"Código Penal"*, pág. 743) y que *"la probation persigue lograr mayor eficiencia en el sistema penal, a través del descongestionamiento de una justicia penal sobresaturada de casos para permitir el tratamiento de los más graves, resultando a la vez un medio idóneo de prevención especial y un ejemplo manifiesto de finalidad utilitaria"* (T. Oral Crim. N° 7, *"Cura, Julio D."*, 2000/06/27, La Ley, 2000-F, 948).

Al respecto, ha dicho Maier que *"la aplicación de este criterio de oportunidad tiene en este contexto dos objetivos*

principales: la descriminalización de hechos punibles, en un intento por evitar la aplicación del poder penal allí donde otras formas de reacción frente al comportamiento desviado pueden alcanzar mejores resultados, o donde resulte innecesaria su aplicación; la eficiencia del sistema penal en aquellas áreas o para aquellos hechos en los que resulta indispensable su actuación como método de control social, en procura del descongestionamiento de una justicia penal sobresaturada de casos, que no permite, precisamente, el tratamiento preferencial de aquellos que deben ser solucionados indiscutiblemente por el sistema, y como intento válido de revertir la desigualdad que por selección natural provoca la afirmación rígida del principio de legalidad" (Derecho Procesal Penal, T. I, Ed. Del puerto, Buenos Aires, 1996, 2° ed., pág. 837).

Tratándose como se ha explicado antes, de hechos de extrema gravedad, uno de los fundamentos mismos de la incorporación del art. 76 bis al Código Penal, hace inviable, también, la concesión del instituto solicitado, tal como lo han entendido, correctamente, los jueces del caso.

22.- Por último, se quejan los defensores acerca de que, en un legajo de características similares, se ha concedido la suspensión del proceso a prueba, con el beneplácito de los acusadores, afectándose el principio de unidad de actuación del MPF y la garantía de igualdad ante la ley.

Los Jueces del caso también aquí resuelven acertadamente la incidencia.

En efecto, tal como han manifestado los magistrados "*nada conocemos de las razones y decisiones judiciales que allí fueron tratadas como tampoco conocemos en lo más mínimo, ninguna otra circunstancia relativa a ese proceso..."* (del voto de Soñis).

Es que resulta de toda evidencia que, más allá de la necesidad de contar con los documentos que acrediten la existencia misma de un legajo de similares imputaciones -lo que se desconoce-, no se conocen las acusaciones materializadas en la otra Carpeta Judicial, ni sus protagonistas, ni las razones que llevaron a los acusadores a dar consentimiento para otorgar las *probation.*

Además, de ser cierto que en investigaciones "similares" los distintos agentes fiscales han tenido criterios dispares, debería ser materia de la intervención del Sr. Procurador General de la Provincia, faena del todo alejada a los límites de la competencia de este Cuerpo, ya que, como agudamente señaló el colega

Lucchelli, tal planteo solo podría resolverlo un tribunal común, esto es, llamado a resolver sobre ambas investigaciones y, en todo caso, resolver en cuál de ellos se violentó la garantía de igualdad ante la ley.

23.- Por todo ello, siendo que los Jueces del caso han denegado las suspensiones del proceso a prueba basados en el dictamen negativo de los acusadores, al que consideran vinculante de conformidad con la jurisprudencia de la Sala Penal del STJ, en los supuestos previstos en el cuarto párrafo del art. 76 bis del Código Penal; que efectivamente, corresponde subsumir los hechos en dicho apartado del dispositivo legal por lo que es necesario el consentimiento fiscal; que sin perjuicio incluso del carácter vinculante o no de la opinión de la vindicta publica, los casos ventilados son de los que la CICC y la CACC consideran como actos de corrupción, los que, a la sazón, tienen una gravedad inusitada conforme el art. 36 de la C.N. por atentar contra el sistema democrático lo que veda cualquier salida alternativa al conflicto, aún en el caso de enmarcar las peticiones en el párrafo 1 del art. 76 bis; que, a la sazón, se tratan de injustos presuntamente cometidos en ocasión de ejercer la función pública lo que impide la concesión del beneficio tanto a funcionarios como a particulares (art. 76 bis, inc. 7, Cód. Penal), es que corresponde confirmar en todos sus términos la sentencia atacada, rechazando de plano los recursos ordinarios intentados.

24.- En punto a las costas y honorarios de la Defensa, voto por diferir la cuestión hasta tanto se establezcan los correspondientes a la instancia de mérito.

Así lo voto. -

El juez Roberto Adrián Barrios dijo:

1. Tras sustanciar en audiencia la pretensión impugnativa de las defensas de C. D. G., N. y G. M. L., S. F., J. G. y J. C. R., corresponde dar los fundamentos de la decisión que confirmó la denegatoria del beneficio de la suspensión del juicio a prueba (en adelante SJP) venida en revisión.

Dichos fundamentos se separarán por cada uno de los agravios.

2. <u>Sobre la imposibilidad de plantear y fundar sobre las circunstancias concretas del caso.</u>

Todos los recurrentes, han coincidido en que en la instancia de sustanciación del beneficio, el Tribunal no les permitió ahondar en cuestiones que tienen que ver con el caso y

se refieren a la procedibilidad del beneficio.

2.1 El doctor M. C. lo adelantó en su escrito y lo sostuvo en la audiencia del artículo 385 del CPP ante esta Cámara; el doctor D., en defensa de J. A. G. y también en subrogancia de la defensa de J. C. R., se agravió que no se pudo discutir si los hechos fueron realmente graves, cuando ese fue el contenido de la oposición de la acusadora violándose así el principio de legalidad. Finalmente, el doctor F. G. se quejó que no se pudo hablar del caso.

2.2 En su vista, los acusadores públicos, han dicho que no se ha violentado derecho de defensa alguno, toda vez que esta Cámara Penal, al resolver la cuestión de la competencia, entendió que eran acertadas aquellas afirmaciones que se realizaran con las querellas respecto que la cuestión es de puro derecho, y las referencias fácticas son tangenciales. Si no se ahondó en cuestiones fácticas, es porque devenían improcedentes por innecesarias para resolver la cuestión.

La querella por Iniciativa Ciudadana por la Transparencia y contra la corrupción en Chubut, dijo que los defensores no han explicado de qué modo la forma de sustanciar el pedido ha violado el debido proceso, o afectado el derecho de defensa. Aseguró que los recurrentes no dieron pauta alguna de la manera que habrían podido ejercer su derecho de no haber mediado la limitación establecida por el Tribunal. Citó el contenido del artículo 300 del CPP, en cuanto a que los miembros de Tribunal no pueden, en ningún caso tomar conocimiento previo con las
actuaciones, y aseguró que de eso se trató la conducta del A Quo.

Ninguno de los restantes querellantes respondió este agravio.

2.3 Solución de la incidencia.

Como se adelantará oportunamente, entiendo que este planteo no debe prosperar.

Tras cotejar la audiencia en donde se sustanció el pedido y los votos de los magistrados, considero acertado que el Tribunal llamado al debate del caso, y en particular su presidente, no permitiera sustanciar cuestiones que tienen que ver con los hechos acusados a los imputados.

En este punto, fue acertada la indicación del querellante que respondió el agravio, cuando se refirió a las normas procedimentales que garantizan la imparcialidad de los juzgadores que llevarán a cabo el juicio.

Por otro lado, no advierto perjuicio concreto de ninguna de las partes, en la advertencia de esos límites.

Si se ejerce el derecho de requerir esta salida alternativa en el extremo final del plazo temporal para hacerlo, es decir antes del inicio del debate (artículo 49 del CPP), el solicitante debe prever esta particular circunstancia, es decir que los jueces realizarán el control de las condiciones de procedibilidad, sin adentrarse en cuestiones que tienen que ver con la discusión concreta del caso, reservada justamente para el juicio.

Previo a resolver un pedido de SJP, los magistrados deben verificar la existencia de los requisitos del instituto. No resulta necesaria ninguna discusión sobre el caso concreto.

El Superior Tribunal de Justicia de nuestra provincia ha dicho en autos *"A., R. M. p.s.a. Retención indebida-ciento setenta y seis hechos" (Expte. 21.062-Folio 28-A-2007) "... .Al respecto, señalo que no es factible discutir en el curso del trámite que aquí se trae la adecuación legal formulada por el Ministerio Público en el acto requirente. Por definición, el instituto no permite polemizar acerca de la certeza sobre los hechos o la culpabilidad del imputado, ni establecer debate respecto de la corrección o incorrección de la calificación legal que campea en la etapa en que la aplicación de la suspensión del juicio se plantea."*

"El Juez al decidir se apegará a esos datos y no podrá generar un nuevo diálogo al respecto."

"Así lo ha entendido el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Córdoba, a través de la Sala Penal, que se ha pronunciado en el mismo sentido cuando en autos "López M.A. del 16/02/07 s.c. 1/07 ha sentado que "...El hecho que el Juzgador debe tener en cuenta a fin de analizar la procedencia de la suspensión de juicio a prueba es el descripto en la pieza acusatoria; y las circunstancias a las que remite al 4to. Párrafo de la citada regla, son las relativas al hecho descripto en la acusación..." (ver JPBA síntesis de Fallos, F. 160, páginas 92/93).

En coincidencia con el precedente, el Dr. Rolón dijo *"de la descripción fáctica en el libelo acusatorio...".* Ello deja en evidencia que tuvo en cuenta la descripción de los hechos reprochados a los imputados, y sobre ellos valoró y decidió sobre el pedido.

Podemos decir también que lo que pretendió explicar, incluso

ante este Cuerpo, el Dr. C., escapa de la discusión de la incidencia.

Por todo lo dicho, estimo que este planteo debe rechazarse.

3. Del fallo atacado.

3.1 Los impugnantes han cuestionado el carácter vinculante que los jueces han dado a la oposición fiscal.

Dijeron que el Ministerio Publico Fiscal debe verificar la existencia de los requisitos que exige la norma, y que toda otra valoración o exigencia, violenta el principio de legalidad; que otra postura otorgaría a la fiscalía una potestad que no tiene, incluso de facultades jurisdiccionales. Así, "política criminal" o "gravedad de los hechos" ya fueron evaluados por el legislador, por lo que no son materia legal para oponerse al beneficio (agravios del defensor López, sostenidos en la audiencia por su subrogante).

Agregaron que lejos de hacer un control de legalidad, decidieron otorgar al dictamen fiscal un carácter vinculante, realizando de esta forma una interpretación restrictiva del instituto. Que el argumento sustancial por el que el Tribunal denegó la SJP, fueron los compromisos asumidos por Argentina en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y de la Convención Americana contra la Corrupción. El defensor López en su escrito dijo que esto es un error, ya que lo que esas Convenciones prevén son medidas genéricas de carácter programático y no obligatorias, que en modo alguno pueden conmover las garantías del imputado brindadas por nuestro derecho interno.

3.2 Sobre estos puntos, los acusadores coincidieron en que la resolución ha sido fundada y merece ser confirmada.

La querella en cabeza de C. M. Martínez, Fiscal de Estado Adjunto, con el patrocinio letrado del Dr. J. Stampone, en representación de la Provincia del Chubut, dijo que la resolución judicial ha sido atacada por la sola motivación defensista de no obtener un pronunciamiento favorable a sus pretensiones. Que, en contraposición a ello, cumple el fallo con los requisitos nacionales e internacionales exigidos a los efectos de alcanzar un pronunciamiento judicial válido con adecuada fundamentación lógica y legal.

Guillermo D. Hansen, en representación de la Oficina Anticorrupción de la Provincia del Chubut, coincidió casi con los mismos términos, diciendo que las impugnaciones presentadas

carecen de elementos esenciales para ser tenidas en cuenta como tales, que no se trata de acríticas razonadas y precisas, sino que constituyen meras discrepancias con la decisión adoptada por los sentenciantes de grado. Que tal circunstancia amerita el rechazo de las impugnaciones y la ratificación de la sentencia atacada, ya que cumple con las previsiones establecidas en el artículo 25 del Código Procesal Penal y 169 de la Constitución Provincial en lo que respecta a los elementos esenciales que componen el debido proceso, encontrándose motivada y fundamentada sobre las bases de la congruencia y pertinencia.

Por último, los miembros de Iniciativa Ciudadana por la Transparencia y contra la Corrupción en Chubut, respondieron a cada uno de los agravios de los defensores, diciendo que reiteran las posiciones fijadas en la audiencia previa a la decisión, sin aportar en general mayores elementos. Que, si bien las situaciones y alegaciones de cada uno de los peticionantes no son idénticas a la de los demás, las particularidades del caso permiten analizar los agravios en forma conjunta.

También refirieron que, desde una mirada dinámica y flexible del derecho, debe señalarse que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36 de la Constitución Nacional, los graves hechos de corrupción cometidos contra el Estado, que conlleven enriquecimiento, resultan imprescriptibles. Decir que los Tratados Internacionales como las dos Convenciones contra la corrupción y demás instrumentos citados no tienen relevancia jurídica, o no forman parte de la legalidad en términos de garantía constitucional, *"resulta un verdadero disparate jurídico"*. Obviamente la sentencia que admite una interpretación que asigne sentido a todas estas normas del bloque federal, nunca puede ser violatoria de las garantías de los imputados y por lo tanto la sentencia dictada, resulta compatible con las garantías invocadas.

3.3 <u>De la solución del caso.</u>

3.3.1. Debemos arrancar en la solución arribada por esta Cámara, dejando muy claro, y aunque parezca una obviedad, que los impugnantes que han originado nuestra intervención en este caso, hasta el momento son personas inocentes.

Son el Ministerio Publico Fiscal, y los querellantes admitidos en la causa, quienes quieren destruir ese estado de inocencia. Por eso los acusaron. Y en esa acusación dicen poseer pruebas para realizar en un juicio oral y público, que ya fue

autorizado a llevarse a cabo.

Tras ese juicio, N. y G. M. L., S. F., C. D. G., J. A. G. y J. C. R. pueden resultar condenados, o bien pueden ser absueltos. Aun no lo sabemos.

Hasta tanto esa incertidumbre se disipe, mantienen su estado de inocencia.

De lo que se trató antes de iniciar el juicio, es de la posibilidad de no iniciarlo, de suspenderlo, sí por tiempo, bajo ciertas condiciones.

Merece ratificarse lo que vengo sosteniendo en anteriores precedentes relacionados a las *probation*: la SJP no es una condena ínfima ante el injusto, ni es un sobreseimiento, una absolución o un perdón. Tampoco es la solución al delito, es una alternativa de proceder ante él.

Si se quiere es un paréntesis que, sin trastocar el estado de inocencia de la persona, lo somete por un tiempo a una serie de reglas de conducta que debe cumplir. Su naturaleza es coactiva, a modo de advertencia: *cumple..., no lo vuelvas a hacer., o iras a juicio.*

Eso fue lo que se denegó, y esa decisión es la que hemos revisado.

3.3.2. Tras esta aclaración, y como quien pretende desenredar un largo hilo y encontrar sus puntas en el ovillo para comenzar a trabajar con él, considero que la primera cuestión que se debe analizar en el fallo, es el contenido preciso de la oposición fiscal (y aunque la ley no lo vincula, de quienes también la adhirieron), que fue lo que en definitiva los jueces tomaron como fundamentos de su decisión.

Para ello se ha controlado los votos de la sentencia, y la audiencia que la precedió.

Veamos.

La fiscalía sostuvo su oposición en dos ejes:

a) el primero de ellos referido a cuestiones de política criminal y en la gravedad de los hechos acusados.

b) El segundo, en la penalidad en expectativa de los delitos enrostrados a cada imputado, y la previsibilidad de su posible cumplimiento efectivo.

Llevaré ese orden.

3.3.2.1 De la oposición fiscal en cuanto a la gravedad de los hechos investigados e imputados.

Estimo que es aquí donde se encuentra la clave de la solución

del caso. Por ello lo ubiqué en primer lugar, a pesar que no fue el primer agravio de los defensores.

¿Qué dijeron los jueces?

El doctor Soñis dijo que la oposición del Ministerio Público Fiscal ha cumplido acabadamente con los recaudos legales en cuanto a logicidad, razonabilidad y fundamentación a fines de que la misma resulte vinculante para el Tribunal. Dijo que: *"(t)anto los acusadores públicos y privados afirmaron que nos encontrábamos frente a hechos de corrupción, situación ésta que no fuera controvertida en la audiencia del 3 de abril y bajo esa descripción los fiscales afirmaron que se trataba de hechos graves que debían dirimirse en la etapa de juicio."*

Tras ello, otorgó a la oposición su carácter vinculante por cuanto la aplicación del instituto pretendido encuentra basamento legal en la normativa local e internacional. En este sentido, consideró que la Argentina ha asumido compromisos en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (ley 26.097) y en la Convención Interamericana contra la Corrupción (ley 24.759), entre las cuales está la de garantizar la participación de la sociedad en casos como el que aquí nos convoca. Concluyó que *"...evitar la ventilación de los hechos en un debate oral y público por la implementación de un criterio de oportunidad o salida alternativa al conflicto echaría por tierra el compromiso asumido por el estado nacional, porque de esta forma se verá restringido el derecho que tiene la sociedad, en la búsqueda de la verdad a la que en definitiva han aspirado al constituirse como querellantes en este proceso Y cuya oposición no resulta dirimente para los jueces."*

Por su parte, la doctora Marcela Pérez, respecto al consentimiento fiscal para la concesión del beneficio, dijo *"implica que para su otorgamiento el Fiscal debe prestar su consentimiento en base a un juicio de conveniencia y oportunidad, que debe ser fundado y sujeto a un control jurisdiccional de logicidad y fundamentación."*

Con ello, interpretó primeramente la normativa invocada por quien se opuso, que incluyó la Constitución Nacional (art. 36 cuarto párrafo), art. 1 C.P.P.; la Convención Interamericana contra la Corrupción, incorporada por ley 24.759, en su preámbulo y su artículo II, que analizó en consonancia con la ley 26.097 que incorpora la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, (arts. 27 y 30). Luego tuvo en cuenta los fines del

instituto de la suspensión de juicio a prueba.

De esta manera concluyó que "*los hechos traídos a juicio, en función de las calificaciones legales propuestas, no resultan abarcados como supuestos de menor lesividad. Además, queda establecida la obligación contraída por el Estado de avanzar en pos de la verdad en esta clase de delitos. Ello otorga pleno sustento a la oposición fiscal respecto al mentado criterio de oportunidad y a la necesidad de que los hechos sean ventilados y esclarecidos en juicio oral y público para arribar a la verdad, en miras de afianzar la credibilidad en las instituciones por parte de la sociedad.*"

Finalmente, el doctor R. Rolón ha dicho que la negativa Fiscal estuvo fundada, en que "*...existen sólidos elementos que permiten arribar a la hipótesis del origen ilícito de las actividades desplegadas por los sindicados y que los mismos estarían estrechamente relacionados con delitos de corrupción (arts. 36 de la Constitución Nacional y Ley N° 26.097 Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y Ley 24759 de la Convención Interamericana contra la Corrupción), conforme la descripción fáctica contenida en el libelo acusatorio, se erigen en un obstáculo vinculante y como impedimento de procedencia del instituto en tratamiento.*"

Tuvo así a la oposición del titular de la acción penal estatal como ajustada a derecho y sólidamente justificada en la razón, la lógica y fundada en razones legítimas de política criminal vinculadas a la naturaleza del caso concreto, "*... por afectar a la Administración Pública y el erario Provincial, lo que determinó la entidad del caso y su repercusión,.*".

Coincidió con la doctora Pérez que este instituto en tratamiento fue previsto como una manera de descomprimir la tarea judicial vinculada con hechos de escasa lesividad, y "*…que no son equiparables a los investigados en ésta causa, las que demuestran un interés público prevalente y la necesidad de obtener mediante un justo juicio una respuesta jurisdiccional.*"

Como se ha detallado en párrafos más arriba, los señores defensores con argumentos basados en la interpretación de las normas y de precedentes jurisprudenciales, consideran que pese a los embates de la fiscalía y de las querellas, por el monto de la escala establecida en los tipos penales enrostrados, la eventual condena y su forma de cumplimiento dan *derecho* a sus

clientes a gozar de la SJP, y no puede la supuesta gravedad, incidir en ese derecho.

Con la transcripción de los puntos trascendentes de los votos de la sentencia, estimo que los jueces dieron correcta consecuencia a la oposición fiscal, por haber cumplido acabadamente con la función de justificar, lógica y razonadamente, el porqué de su oposición.

Las conductas enrostradas a cada uno de los pretensos, sin dudas incluyen presupuestos fácticos que tienen que ver con actos comúnmente denominados de corrupción, y es esa calidad lo que los diferencia de otros delitos, y los torna especiales.

Según el principio de legalidad, varias veces invocados por los impugnantes, tal como lo ha sostenido la Corte Suprema, la primera fuente de interpretación de la ley es su letra. Y si a ella nos atenemos, la resolución judicial con una correcta interpretación, aplicó aquellas leyes que hacen al marco normativo de la teoría del caso de las acusadoras.

En primer lugar, las Convenciones internacionales suscritas por Argentina mencionadas en el fallo, definen la "corrupción" como delitos de contenido patrimonial cometidos por funcionarios públicos en perjuicio del Estado.

En consonancia con estas prescripciones, la cita en la oposición referida a la Constitución Nacional, tomada como fundamento del fallo, sigue la misma idea: repudiar y sancionar a quien "*...incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos".*

Reléase pausadamente cada palabra que integra la norma, *y* ellas mismas llevaran a su clara interpretación "*...**grave** delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento.".*

En este punto, la Norma Suprema equipara en su capítulo segundo, a este tipo especial de delitos como forma de atentado contra el sistema democrático.

Como venimos viendo hasta este punto, los fundamentos de la fiscalía, han sido realmente fundados, lógicos y plausibles de justificar una oposición.

Pero las normas referidas, no solo tienen que ver con la gravedad de ese tipo de delitos especiales, sino también con la necesidad de llevar a cabo los juicios que a su respecto se

autoricen.

Es que más allá del estado de inocencia que poseen hasta ahora los acusados en este caso, ante tan grave acusación, el Ministerio Fiscal y los querellantes acusadores tienen la carga de acreditar en un juicio, las teorías de sus casos que tienen que ver con delitos especiales, es decir vinculados a la corrupción.

Hasta este momento, existiría una teoría del caso de los acusadores lo suficientemente firme, como para convencer al juez penal de la audiencia preliminar, a que les autorice un juicio por una calificación jurídica sin dudas grave. Es a las acusadoras a quienes les corresponde producir ese juicio, oral y público, ante el tribunal que decidirá.

Con razón así lo consideró la jueza Pérez cuando se remitió al preámbulo de la Convención lnteramericana contra la Corrupción, que dice que el combate contra la corrupción fortalece las instituciones democráticas, y evita entre otras cosas *"el deterioro de la moral social y que es responsabilidad de los Estados la erradicación de su impunidad."*

Fue un punto muy importante también para el juez Soñis, que dijo que evitar el juicio *"...echaría por tierra el compromiso asumido por el estado nacional, porque de esta forma se vería restringido el derecho que tiene la sociedad, en la búsqueda de la verdad a la que en definitiva han aspirado al constituirse como querellantes en este proceso y cuya oposición no resulta dirimente para los jueces...".*

En este preciso punto, merece también confirmarse otro perfil de los tipos penales especiales en trato.

Es casi un párrafo *cliché* en mis votos de casos relacionados a la denegatoria de SJP, aquello que nuestro legislador (evocado así como un ente unipersonal, pese a los representantes del Parlamento integran un cuerpo colegiado) ha diseñado este instituto conocido como suspensión de juicio a prueba o *probation*, con la intención de maximizar los recursos estatales en la persecución de los delitos más graves.

Pero no es solo una forma de ahorrarse trabajo. Es un procedimiento que prevé su aplicación para ciertos casos, para ciertas personas, y en determinadas condiciones, a la espera de prevenir actitudes similares del acusado.

Como dice Gustavo L. Vitale en su obra "SUSPENSIÓN DE PROCESO A PRUEBA" Editores del Puerto, "*(p)or medio de este*

mecanismo sustitutivo, se busca (...) la disminución de la irracionalidad selectiva de nuestro sistema penal, con el objeto de tornarlo más idóneo en la persecución y penalización de los delitos de elevada gravedad social...” (página 75).

Es decir que razones de economía, de prevención especial y de racionalidad, son las que fundan el instituto en nuestra ley.

Si los presupuestos para el análisis de su admisibilidad se encuentran en la letra de la ley, como hemos visto hasta ahora, asiste toda razón a los jueces cuando dijeron que estos delitos (los imputados a los pretensos), no están incluidos entre aquellos en lo que pueda siquiera ser admitida la posibilidad de ser concedidas la SJP.

Esa naturaleza de la suspensión del juicio tenida en cuenta por quienes la sancionaron, es lo que debe tenerse en cuenta para poder interpretarlo correctamente. Con y por ello, en relación a delitos vinculados con corrupción, se justifica su inadmisibilidad, dan razón al fallo y nos lleva al análisis del segundo eje de oposición de la fiscalía.

3.3.2.2 La penalidad en expectativa de los delitos enrostrados a cada imputado y la previsibilidad de su posible cumplimiento condicional.

Mucho han alegado las partes, en cuanto a la consideración de su pedido, su trámite y el posible cumplimiento de la pena, ante una posible sentencia condenatoria.

Dijeron que el requisito sustancial del párrafo cuarto del art. 76 *bis*, es que las circunstancias del caso permitan dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable, y que los mínimos de las escalas penales de los delitos enrostrados admiten la condicionalidad, por lo que su denegación es arbitraria.

También han existido agravios respecto a la situación de algunos imputados, por cuanto el pedido no debió ceñirse al trámite del cuarto párrafo del artículo 76 bis del código penal.

De esto, el defensor D. señaló que su cliente (G.) cumple todos los requisitos de admisibilidad de la norma y su petición debió enmarcarse dentro del primer párrafo del art.76 bis del código penal. Dijo que en tal sentido fue expresamente solicitado al Tribunal, a la luz del mínimo legal para el delito (2 años) y de la pretensión punitiva inserta en la acusación (3 años).

Lo mismo alegó el doctor G., quien dijo que su cliente G. M. L., como adelantara el Ministerio Público Fiscal y la querella,

la pena pretendida no excederá los tres años de prisión, lo que necesariamente la coloca en presencia del primer párrafo del art, 76 "bis" del CP.

En el caso de N. M. L. y S. F., dijo que estamos en presencia de una calificación legal que encuentra sus límites punitivos en un mínimo de tres años que irremediablemente obliga a analizar la viabilidad del instituto. Dejando claro que no es un beneficio, sino un derecho, concluyó que la resolución atacada se aparta de los lineamientos propios del instituto considerando soluciones que la ley no contempla, lo cual la convierte en arbitraria y debe ser revocada.

La fiscalía ha dicho que las personas imputadas no cumplen con el requisito de la condicionalidad de la pena de acuerdo a las pautas fijadas en el art. 26 del C.P. Así, haciendo referencia a cuestiones como la selectividad y vulnerabilidad íntimamente ligado a la cuestión del reproche, aseguró que la recriminación penal concreta será mayor, con lo cual no será de cumplimiento en suspenso.

La querella en cabeza de Iniciativa Ciudadana por la Transparencia y contra la Corrupción en Chubut, ha dicho que, si nos atenemos al texto expreso del artículo 76 bis del CP,
es decir al sentido literal de la norma, en su séptimo párrafo, la prohibición no se dirige exclusivamente a los funcionarios públicos, sino a un hecho en el que haya participado un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, y que los recurrentes no se han hecho cargo de los argumentos expresados en la sentencia, referidos a que la corrupción política y administrativa es una amenaza al sistema democrático y por lo tanto su investigación, sanción y erradicación, influyen decididamente sobre el tratamiento de todos los institutos penales y de cualquier rama del derecho doméstico.

Como hemos visto en los acápites que preceden, la condición de ser delitos especiales, ya torna inadmisible la posibilidad de ser concedida la SJP.

Así lo consideró el doctor Soñis, cuando desarrolló su idea fuerza en el siguiente párrafo: *"Soy de la idea que los casos se construyen, en el buen sentido de la palabra, no a través de la escala penal sino de los propios hechos, que puedan resultar graves o leves ya no en función de la pena esperada sino en función de la mayor o menor significación que éstos puedan resultar."*

Coincidió plenamente la doctora Pérez, cuando al referirse a la oposición fiscal respecto al criterio de oportunidad, basado en la necesidad de que los hechos sean ventilados y esclarecidos en juicio oral y público para arribar a la verdad, dijo que también *"... comprende a la totalidad de los solicitantes, sin perjuicio de las circunstancias particulares de cada uno.”.*

En cuanto al voto del doctor Rolón, dijo que la pena solicitada por el MPF en la acusación, debe ser conocida por el imputado desde la pieza acusatoria, por cuanto saber *".el máximo de la pena a la que deberá enfrentarse, (.) le permitirá establecer una adecuada defensa, no solo contra los hechos que se le imputan, sino también con respecto la sanción que debe esperar.”.*

En este punto, y siguiendo la jurisprudencia que prescribe que “*la primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador*" (Fallos: 302:973 -La Ley, 1980-D, 397-), y la que dice que la primera fuente para determinar esa voluntad es la letra de la ley (Fallos: 299:167), así como que los jueces no deben sustituir al legislador sino aplicar la norma tal como éste la concibió (Fallos: 300:700 -La Ley, 1978-D, 117-), se impone transcribir lo que dice el séptimo párrafo del artículo 76 bis del código penal: “*no procederá la suspensión del juicio a prueba cuando un funcionario público en el ejercicio de sus funciones hubiere participado en el delito...”.*

Otra vez, sugiero releer pausadamente cada palabra que integra la norma, ya que ellas mismas llevaran a su correcta interpretación: “***no*** *procederá la suspensión del juicio a prueba* ***cuando un funcionario público*** *en el ejercicio de sus funciones* ***hubiere participado en el delito.”.***

Merece destacarse, que esa prescripción transcripta, se encuentra en el mismo artículo 76 bis del código penal, en donde se regulan todos los detalles y alcances del instituto. No viene de una acordada, decreto o ley complementaria. Ni siquiera de otro artículo del código penal. La prescripción está inserta en el mismo 76 bis.

Existe posiciones encontradas tanto en doctrina como en jurisprudencia, que cuestionan si son solo los funcionarios públicos quienes no pueden acceder al beneficio, o también quedan excluidos los particulares que participen en el delito.

Estoy convencido que la prohibición incluye también a los particulares, justamente para no vulnerar esta igualdad que

merece una persona funcionaria pública del que no lo es, siempre y cuando, como dice la ley, en el delito hubiere participado un funcionario.

Y esto, que tiene que ver con los argumentos de una de las querellas, tiene que ver también con la posición de la fiscalía de pretender llevar a todos los acusados, funcionarios y los que no lo son, al juicio. Recordemos que
dijo el fiscal que de pasar a la instancia de debate solo los funcionarios, dejando de lado a los no funcionarios beneficiados por una suspensión, perjudicaría su teoría del caso.

Con la salvedad que solo los delitos especiales propios, es decir aquellos cometidos por ejercicio de la función pública, son los vedados, se colige que la norma no presenta fisuras de interpretación.

Creo que ningún interviniente en un delito en el que haya participado un funcionario público, puede serle concedida la suspensión del juicio a prueba.

"(E)ste criterio, ..." (dice D'Alessio, *Código Penal Comentado*, pág. 748) *además de importar que todas las personas involucradas en casos de corrupción administrativa fueran sometidas al sistema penal hasta la terminación del proceso respectivo, supondría una ventaja de orden práctico ya que no se desvincularía de la causa a algunos imputados cuando igualmente deberá llevarse adelante un juicio respecto de otros"*

Esta interpretación de las normas de la Constitución Nacional y los tratados internacionales detallados; del Código Penal, es la que dan razón a los jueces.

Pero hay más.

3.4. En esta idea, las disposiciones del art. 173 de la Constitución de nuestra provincia impone para el juzgamiento de las causas criminales por delitos dolosos cometidos por funcionarios públicos, la conformación de tribunales especiales de juzgamiento.

La voluntad del constituyente provincial ha sido armonizada en la normativa del digesto ritual puesto que, el artículo 71 B IV prevé que sean los tribunales mixtos, con vocales legos del artículo 302, los que conocerán en los delitos a que se refiere el artículo 173 de la Constitución de la Provincia.

Podemos deducir que el fin perseguido por nuestros constituyentes con la previsión de un tribunal escabinado, es el de pretender una Justicia más participativa, transparente y

creíble, acorde a un sistema democrático, como lo sería en el juicio por jurados.

Hoy día, la ausencia de una ley reglamentaria de dicha norma constitucional, nos impide a los chubutenses la conformación de estos tribunales con integración minoritaria de legos para el juzgamiento de estos delitos.

No obstante, desde el precedente "Bloque Diputados Modelo Chubut s/denuncia A." Carpeta 5220 OJRw, Expte. Nro. 100.255 STJ, se intenta conformar aquellos objetivos del constituyente, con la intervención de tribunales colegiados integrados con jueces técnicos.

Así se procedió en estos autos: se conformó un tribunal colegiado, pese a que por el delito enrostrado y de acuerdo a la ley procesal, debería intervenir uno unipersonal.

Esta circunstancia, que pone en evidencia la particularidad gestada desde nuestras leyes, y desde nuestra jurisprudencia, en el procedimiento que implica el proceso de estos delitos especiales, no ha sido motivo de agravio alguno por parte de los recurrentes, y pese a su condición de no ser funcionarios públicos, la han consentido.

4. De antecedentes similares.

Los defensores se han quejado también que, en un antecedente similar, ante el pedido de los imputados, han obtenido el consentimiento del fiscal, lo que, en comparación con el presente, pone en crisis el principio de unidad de actuación del Ministerio Publico Fiscal, y la afectación a la garantía de igualdad ante la ley.

Otra vez, considero que los jueces fundaron el por qué dicho extremo no puede resultar agravio suficiente para hacer lugar a sus pedidos.

El juez Soñis con sintéticos argumentos, rechazó el planteo diciendo que *"no corresponde a éste Tribunal dar respuesta a dichos planteos desde la sencilla razón que nada conocemos de las razones y decisiones judiciales que allí fueron tratadas como tampoco conocemos en lo más mínimo, ninguna otra circunstancia relativa a ese proceso."*

La jueza Pérez confesó que desconoce el contenido y las circunstancias del caso conexo, ni corresponde merituarlas. *"Pero lo cierto* -dijo- *es que en la presente causa la oposición fiscal ha abastecido los requerimientos de fundamentación que la tornan vinculante."*

Nada más lógico y razonable.

Como adelantara el doctor Lucchelli en la audiencia del 385 del CPP, no podemos tomar en cuenta un precedente que no fuera certificado ni del que poseemos competencia. Dicho planteo podrá resolverlo en su caso, un tribunal común.

5. Por todo lo dicho, voto por que la resolución apelada sea confirmada, rechazando en consecuencia todas las impugnaciones ordinarias de las que fuera objeto.

6.

En orden a las costas y honorarios correspondientes a esta etapa, adhiero al diferimiento que impulsa el vocal que me precede en el orden de votación. Así lo voto. -

Así voto.

El Juez Rafael Lucchelli dijo:

Voy a remitirme, en su integridad, a la reseña del caso que hicieran en los votos que me anteceden, en atención a la puntillosa descripción que realizaran del mismo. -

Llega el caso a esta instancia de revisión, para resolver la impugnación deducida contra la resolución dictada en la causa: "C., D. M. y otros p.s.a. Asociación Ilícita" (Carpeta de la Ofiju. N° 6893) en la que se denegaran la suspensión del proceso a prueba a los imputados S. F., C. G., J. A. G., J. C. R. y N. y G. M. L.-

Seré conciso, dada la exhaustiva fundamentación que hicieran los prestigiosos colegas preopinantes y la circunstancia que hemos llegado a la solución del caso por unanimidad. -

Existen agravios que merecen un tratamiento general, en atención a que fue planteado por parte de todos los impugnantes.

En ese sentido, comenzaré a tratar el agravio concerniente a las reglas de litigación que fijó el Tribunal del debate, que les impidió a los impugnantes, adentrarse a los hechos que se les imputara, al solicitar la suspensión del proceso a prueba. -

Dichos límites, que fueran impuestos por el Tribunal, a juicio de los recurrentes, les habría impedido realizar correctamente el pedido de S.J.P.-

En primer lugar, debo decir que las reglas antes señaladas han sido establecidas por el Tribunal en atención al momento en que los Defensores realizaron su petición (ya constituido el Tribunal del Debate, antes del inicio del mismo). Si hubieran permitido que se discutiera la hipótesis fáctica traída por el

Ministerio Público Fiscal, sin duda alguna, el Tribunal se habría contaminado, lo que habría traído aparejado su apartamiento.

Sin adentrarme a ponderar el acierto o no de dichas disposiciones, lo cierto es que las reglas antes señaladas fueron consentidas por las partes. Digo esto, porque los recurrentes no impugnaron la resolución en tiempo oportuno. Es decir, no plantearon el recurso de reposición, que habilita el Código de Rito (Art. 311 del C.P.P.). La nombrada omisión torna improcedente el tratamiento del agravio mencionado (Art. 311 penúltimo párrafo, contrario sensu del C.P.P.). -

Otro agravio en común, es que para los Defensores Públicos Dres. Omar Osvaldo LOPEZ y Damián Alfredo D´Antonio habría tratado, el Ministerio Público Fiscal, de manera diferente dos causas -que a entender de los nombrados- serían similares (la presente causa y la llamada causa "revelación" que se tramita en la ciudad de Cdro. Rivadavia), ante los pedidos de S.J.P..-

En esa senda, entienden que no sólo dicho accionar ofendería el principio de unidad de actuación que debe regir el accionar del Ministerio Público Fiscal, sino que además habría menoscabado severamente el principio de igualdad ante la ley. -

En ese sentido debo indicar, que, aunque tuviéramos a la vista dicho caso, no tenemos competencia para realizar la comparación que se pretende y establecer - para el supuesto que puedan ser asimilables- en qué caso el Ministerio Público Fiscal actuó con corrección. Por lo que se debe rechazar dicho agravio.

También los Defensores de G. M. L., C. D. G. y J. A. G. se agravian que el Ministerio Público Fiscal, ha señalado en su acusación penas que no superan los tres años y, sin embargo, lejos de darle el tratamiento legal correspondiente que -al entender de los impugnantes- sería el establecido en el primer y segundo párrafo del artículo 76 bis del Código Penal, se los ha considerado dentro del supuesto establecido dentro del cuarto párrafo del mencionado artículo del Código Penal. -

A fin de echar luz sobre el asunto, es conveniente repasar la calificación legal escogida por los Titulares de la Acción Pública para estos imputados, al explicitar la pretensión punitiva a fin de fijar la competencia.

Así a G. M. L. se le imputa el Delito de Defraudación por administración fraudulenta en perjuicio de la Administración Pública, concursados idealmente con Negociaciones incompatibles

en calidad de participe, con una pretensión punitiva que *"...partirá del mínimo de dos años de prisión..."*; a C.D.G., se le imputa la figura de Defraudación por administración fraudulenta en perjuicio de la Administración Pública, la que a su vez concursa materialmente con el delito de Usurpación de Autoridad, la ". pretensión punitiva partirá en los dos años y, por último, a J. A. G. se le imputa el delito de enriquecimiento ilícito en calidad de participe, ". estimándose una pena que partirá de los tres años de prisión.". -

En los casos analizados, resulta indudable que el Ministerio Público Fiscal, en su pieza acusatoria, ha señalado el mínimo de la escala penal que se le puede imponer por los hechos que se le atribuyen a los nombrados. Esto se desprende claramente haciendo un análisis gramatical de la Acusación. En todos los casos se habla que la pena "partirá" del monto establecido.

Esto llevo a los Magistrados del debate a entender que- en los casos mencionados- debía considerarse la pena propuesta por el Ministerio Público Fiscal estimada entre el mínimo (señalado con la palabra antes indicada) y el máximo que la escala legal permite.

Ahora bien, aunque en el hipotético caso que se entendiera que la pena señalada era la que se pretendía, se debe entender que, en el caso, corresponde tratarlo dentro del supuesto encuadrado en el cuarto párrafo del 76 bis.

Ello así, dado que siempre el Ministerio Público Fiscal entendió que la pena debía de ser de prisión y nunca dijo que la misma debía ser de ejecución condicional. Por los motivos que a continuación expondré, debemos juzgar que la pena que procura conseguir la Fiscalía es de efectivo cumplimiento. -

En esa línea, tanto Ladislao Thot como Isidoro De Benedetti, dan cuenta -al estudiar los antecedentes remotos hasta la actualidad de la condena condicional- acabadamente de la excepcionalidad de dicha clase de condena.

Más aún, de la propia letra del actual artículo 26 surge que la condena condicional no puede ser otorgada de manera automática. En ese sentido el artículo en cuestión dice: "En los casos de primera condena a pena de prisión que no exceda de tres años, **será facultad de los tribunales** disponer en el mismo pronunciamiento que se deje en suspenso el cumplimiento de la pena. Esta **decisión deberá ser fundada, bajo sanción de nulidad, en...**" (el resaltado me pertenece). Por ello, es perfectamente

posible que una primera condena, inferior a tres años, sea de cumplimiento efectivo, por ello, cada vez que un órgano de poder habla sólo de "prisión" - fuera del marco de una escala penal- debe entenderse que lo está haciendo como prisión de efectivo cumplimiento. -

Así las cosas, todas las S.J.P. solicitadas se enmarcan en el supuesto establecido en el cuarto párrafo del artículo 76 bis de Código Penal, que requieren un dictamen del Fiscal que -cuando es debidamente motivado y fundado - resulta vinculante. -

He tenido oportunidad de expedirme en el sentido antes indicado, en numerosos sufragios. En ese sentido, me he expedido en los autos: **"T., D. M. y Otro S/Denuncia Estafa" y "S., S. M. s/Denuncia Estafa s/ Impugnación", Carpeta N° 2063 OFIJU PM, Sentencia 20/12/13** al expresar que: "... *Adentrándome a la cuestión planteada, entiendo que el consentimiento del Fiscal en aquellos casos incluidos en el cuarto párrafo del art. 76 bis del C. P. no resulta un mero control de legalidad de pautas ya impuestas por el legislador, sino que muy por el contrario su opinión resulta vinculante al Juez. Esto es así pues el Ministerio Público Fiscal es quien detenta la titularidad de la acción penal pública y la ley le otorga la posibilidad de negarse al otorgamiento del instituto de suspensión del Juicio a prueba en aquellos casos en que ha entendido, que, por la gravedad de los delitos en pugna, o, dicho de otro modo, por una mayor escala penal fijada, sí o sí se requiere de su conformidad. Esta aceptación a suspender la acción penal ya iniciada no puede estar fundada de cualquier modo, sino muy por el contrario será vinculante al Tribunal cuando la misma se cimiente en cuestiones legítimas de política criminal que hagan imposible el otorgamiento del Instituto de suspensión del Juicio a Prueba. Es el Fiscal quien en base a la conveniencia y a las políticas criminales fijadas evalúa y decide en el caso concreto, y su dictamen resulta vinculante. El Tribunal deberá controlar si se han dado los requisitos legales de procedencia y la debida fundamentación de la acusadora, que en el caso de ser negativa obstara para su otorgamiento. En consonancia con lo antes expuesto, entiendo que es un deber ineludible examinar si los fundamentos expuestos en el dictamen fiscal, y recogidos por el Magistrado que denegó lo requerido por la defensa, resultan atendibles para poder fundar la negativa a la concesión de la suspensión del proceso a prueba solicitada...*

No es ocioso recordar que la S.J.P. se aplica siempre a inocentes. Esto tiene como consecuencia que el Magistrado, por sí mismo, no puede considerar si le podría corresponder o no, una condena condicional, sin entrar a prejuzgar. Por otro lado, le resulta totalmente vedado llevar adelante la política criminal, materia de exclusiva competencia del Ministerio Público Fiscal. Solamente debe, con respecto a éste último tópico, analizar la legitimidad de los fundamentos esgrimidos por el Titular de la Acción Pública.

Luego de escuchar los audios de la audiencia dónde fuera solicitada la S.J.P. y el M.P.F. formulara su oposición, considero que tanto la negativa expresada por los Fiscales como la resolución que recoge dicho temperamento, franquea con soltura las exigencias establecidas por el artículo 25 del C.P.P. y el artículo 169, I, de la Constitución Provincial. -

Al valorar el dictamen de la Fiscalía, la Dra. Pérez explica que: "... *Los Acusadores tuvieron en cuenta el obstáculo constitucional. Ponderaron que las razones de aplicación del instituto en cuestión aluden a la descongestión de los tribunales ante el cúmulo de causas que se ventilan, por lo que resulta aplicable a causas de menor cuantía. Consideraron que - por el contrario- nos encontramos ante hechos graves, toda vez que entendieron son casos de corrupción los traídos a juicio. Fundaron su oposición en lo dispuesto por el art. 36 de la Constitución Nacional y de los Convenciones suscritas por nuestro país sobre el combate a la corrupción de la Organización de Estados Americanos y la Organización de Naciones Unidas, tratados que entendió nos obligan conforme el art. 1 del C.P.P* ".

A renglón seguido realiza un examen pormenorizado de la fundamentación aportada. Indica que: "...*Nuestra Constitución Nacional en su art. 36 cuarto párrafo establece que atentará contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el estado que conlleve enriquecimiento. Norma que marca sin duda la importancia y gravedad que otorgó el constituyente a dichos comportamientos delictivos. Tengo en cuenta también lo dispuesto por el art. 1 C.P.P. que impone interpretar, todos los actos de procedimiento penal a la luz de los instrumentos internacionales aprobados, que por la manda del art. 75 inc. 22 de la Carta Magna, tienen jerarquía superior a las leyes...".* Luego de este examen, la Magistrada realiza un ajustado análisis de la Convención Interamericana contra la

Corrupción para finalmente concluir que: "...*Todo lo apuntado me permite afirmar que los hechos traídos a juicio, en función de las calificaciones legales propuestas, no resultan abarcados como supuestos de menor lesividad. Además, queda establecida la obligación contraída por el Estado de avanzar en pos de la verdad en esta clase de delitos. Ello otorga pleno sustento a la oposición del fiscal respecto al mentado criterio de oportunidad y a la necesidad de que los hechos sean ventilados y esclarecidos en juicio oral y público para arribar a la verdad, en miras de afianzar la credibilidad en las instituciones por parte de la sociedad. Argumento que comprende a la totalidad de los solicitantes, sin perjuicio de las circunstancias particulares de cada uno. Por todo ello no advierto déficit alguno en la fundamentación y logicidad de la oposición fiscal formulada...*".

En igual sentido el Magistrado Soñis afirmó en su voto que: "*...encuentro debidamente fundadas las razones que han dado los fiscales (art. 25 del C.P.P. y 169 de la Constitución Provincial) en cuanto afirmaron que la oposición de la aplicación del instituto pretendido encuentra basamento legal en la normativa local e internacional...*". -

Los tres Magistrados han dado cuenta que el dictamen del Fiscal -en los casos atrapados por el cuarto párrafo del artículo 76 bis del C.P.- es vinculante. Además, han ponderado y finalmente juzgado, que las razones apuntadas por los Titulares de la acción pública, para oponerse a las solicitudes de S.J.P., han sido debidamente motivadas y fundadas, dando razones adecuadas para validar dicho dictamen.

Esto da una solución acabada al asunto puesto a nuestra consideración. Pero hay más. Comparto las expresiones de los colegas en cuanto a que la participación de un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, en la comisión de un hecho, obstaculiza la concesión de dicho beneficio, para todos los involucrados, revistan o no dicha calidad.

En ese sentido, en el debate parlamentario en la Cámara de Senadores de la Nación, el senador Alasino explicaba los motivos de tal exclusión, afirmando que *"...la probation no procederá cuando el participe sea un funcionario público, dado que en este caso existiría una vinculación con delitos contra la administración pública y se pondría en juego toda la transparencia que la comunidad exige de aquellos que de alguna manera tienen injerencia en la administración de los recursos comunes" (Versión*

taquigráfica, Cámara de Senadores de la Nación, 4 de mayo de 1994).

Así las cosas, considero que se deberá confirmar la resolución atacada. Así lo voto. -

Con relación a los honorarios profesionales, concuerdo con los distinguidos colegas que, se deberá diferir la cuestión, incumbiendo dicha tarea al Tribunal del Juicio. Así lo voto. -

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

S E N T E N C I A:

1) Confirmar la resolución dictada en fecha 05/04/19 y registrada digitalmente bajo el nro. 299/19, rechazándose en consecuencia, las impugnaciones deducidas por las Defensas técnicas de los imputados J. A. G., J. C. R., C. D. G., N. M. L., G. M. L. y S. F. -cuyas demás circunstancias personales obran en autos-, conforme a los fundamentos dados (arts. 1, 25, 49, 112 del C.P.P., arts. 169 Y 195 de la Constitución Provincial, arts. 36 y 75, inciso 22 de la Constitución Nacional y leyes 24.759 y 26.097);

2) Devolver estos actuados a la Oficina Judicial con asiento en la ciudad de Rawson, a sus efectos;

3) Diferir la fijación de las costas y regulación de honorarios a la Defensa técnicas y acusadores particulares hasta tanto sean fijados los correspondientes a la instancia de origen;

4) Regístrese, protocolícese y notifíquese.

Alejandro Gustavo Defranco **Roberto Adrián Barrios**

Se deja constancia que el Dr. Rafael Lucchelli no suscribe materialmente la presente, habiendo remitido su voto a esta sede mediante correo electrónico. Registrada

con el Nro.: 72/2019 de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew. Conste. -

Carlos Enrique Pedelaborde
Secretario de Cámara