En la ciudad de Rawson, Provincia del Chubut, a los doce días del mes de abril del año dos mil veintiuno, se constituye en la Sala de Audiencias de la Oficina Judicial, el Sr. Juez Penal Dr. Gustavo Daniel CASTRO a fin de dictar sentencia en la carpeta judicial N° 7214, legajo fiscal N° 68.932 caratulada **"Ministerio Público Fiscal s/ Investigación"**; seguido a instancia fiscal contra **M. B. A.**, D.N.I. N° X, con domicilio en calle A. N° X de la ciudad de Trelew, nacido el 7 de septiembre de 1974 en Santa Rosa, Provincia de La Pampa, hijo de B. y de D. F.-

Son además parte en este proceso, el Sr. Fiscal General Dr. Daniel Esteban BAEZ y el Sr. Defensor Particular Dr. J. P. R.; y

Que al inicio del debate, el Sr. Fiscal al explicar el caso, señaló que probaría *"que en el mes de marzo de 2019, M. B. ALESI, Juez de Familia de la ciudad de Rawson, fue suspendido en sus funciones, mediante sumario administrativo, expediente nro. 51/2018 STJ, dicho sumario tramita por ante el Tribunal de Enjuiciamiento.-*

En fecha 03 de septiembre del mismo año, el Magistrado suspendido, presentó recurso de amparo ante su colega y amigo, el Juez Laboral de la ciudad de Trelew, Dr. Paulo KONIG, quien en fecha 04 de septiembre de 2019 mediante resolución nro. 217/19 dispones: I. Hacer lugar a la medida cautelar requerida por el Juez de Familia de la ciudad de Rawson, Dr. ALESI, ordenando a la Provincia del Chubut: 1. La inmediata suspensión del jury de enjuiciamiento. 2. La inmediata remisión de la causa al Consejo de la Magistratura. 3. Se deje sin efecto la suspensión del Dr. M. B. ALESI en el cargo de Juez de Familia de la ciudad de Rawson, poniéndolo al mismo en funciones en forma inmediata. Todo ello mientras tanto se resuelva el fondo de la misma.-

Con posterioridad y de acuerdo al acta 765/19 labrada por la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew, se comprueba que Alesi se reintegró a su Juzgado el día Jueves 05 de septiembre de 2019 y que no existió acto formal alguno para su asunción, conforme Ley Nro. V Nro. 3, art. 11 de la Provincia del Chubut.-

En dicha acta se adjuntaron tres (03) CDs del sistema de gestión libra con la totalidad de las resoluciones dictadas por el Dr. ALESI en el período que va desde el día 05 de septiembre de 2019 hasta el 10 de octubre del mismo año, tanto sentencias interlocutorias como definitivas, las que permiten demostrar que efectivamente ejerció el cargo de Juez de Familia, como lo dispuso el Juez KONIG.-

Con posterioridad la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew, revoca la resolución del Dr. KONIG en forma íntegra mediante resolución nro. 47/19 de fecha 11 de octubre de 2019, recobrando con ello la vigencia de la resolución de suspensión del Magistrado dispuesta por el Tribunal de Enjuiciamiento".-

El Ministerio Público Fiscal calificó los hechos descriptos, como constitutivos del delito de asunción y ejercicio arbitrario de la función pública en carácter de autor previsto y reprimido por el art. 246 inc. 1° y 45 del Código Penal.-

Concluida la etapa de incorporación de pruebas se inició la etapa final del debate, que implica la exposición de alegatos finales de las partes, y respetando el orden que marca el código procesal penal se otorgó la palabra al Ministerio Público Fiscal para que comenzara con su exposición y dijo:

De acuerdo a los elementos aportados en el presente debate, los testimonios que depusieron de manera presencial en la audiencia de juicio, como también la documental que se incorporó y los testimonios incorporados por lectura de los Dres. Maidana, Perales, Vergara, Vivas y del actual Sr. Gobernador de la Provincia, como así también del Sr. Paulo König, Juez Laboral, tengo por acreditada la materialidad del hecho que se investiga y también el grado de responsabilidad que le cabe al Dr. Martin B. Alesi, por el hecho que fuera traído a proceso.

Así manifestó que en el mes de marzo del 2019 el Dr. Alesi, Juez del Juzgado de Familia de Rawson, fue suspendido de sus funciones en el sumario administrativo expediente 51/2018 y que tramita ante el tribunal de enjuiciamiento.

En fecha 3 de septiembre del mismo año, el magistrado suspendido presento un recurso de amparo ante su colega y amigo el juez laboral Dr. Pablo König, en fecha 4 de septiembre de 2019 mediante resolución 217/2019 dispone hacer lugar a esa medida cautelar y entre otras medidas dejar sin efecto la suspensión en el cargo poniéndolo al mismo en funciones de forma inmediata, todo ello mientras se resuelva el fondo del asunto.

Con posterioridad y de acuerdo al acta 765/2019 labrada por la Cámara de Apelaciones, también incorporada, dijo que no existió, que no se constató acto formal alguno para su asunción conforme la Ley V N° 3 (antes Ley 37) art. 11 de la Provincia del Chubut. En esa acta se adjuntaron 3 CD, los cuales contienen las resoluciones dictadas por el Dr. Alesi en el periodo que va desde el 5 de septiembre del 2019 hasta el 10 de octubre del mismo año, dando sentencias interlocutorias y

definitivas, lo que permite demostrar acabadamente al Ministerio Publico Fiscal, que ejerció el cargo de Juez de Familia, realizando tareas propiamente inconstitucionales. Dichas tareas jurisdiccionales también fueron probadas por los testimonios del Dr. D. M. y la Dra. V. M., ambos secretarios del Juzgado de Familia de la ciudad de Rawson.

Continuando con su alegación expresó que La Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew revocó la resolución del Dr. König en forma íntegra recobrando con ello la vigencia de la resolución de suspensión del magistrado, eso fue en fecha 11 de octubre del 2019, documental que también fue incorporada. Al respecto resaltó: cuando el doctor König contesta por las generales de la ley dice “no me comprenden las generales de la ley salvo lo que enuncio seguidamente: no tengo relación de amistad con el Dr. Alesi en los términos de C.”. Ello le permite reforzar la postura de ese Ministerio Publico Fiscal, en el sentido que efectivamente existió al menos una conjunción de voluntades, y tildó el testimonio del Dr. König de subjetivo y dirigido a favorecer la situación procesal de Alesi. Mencionó esto teniendo en cuenta que en la pregunta tres, cuando habla de los requisitos del amparo, y la Cámara de Apelaciones en su resolución dijo que no existió peligro en la demora, que es extemporáneo porque el Dr. Alesi fue suspendido en marzo del 2019 y el amparo se presentó en septiembre de 2019.

Destacó los testimonios del Dr. M. y de la Dra. M., El primero de ellos refirió que el Dr. Alesi lo llamo por teléfono el día 4 de septiembre del 2019 para avisarle que al otro día iba a ir a trabajar. Efectivamente se presentó el Juzgado de Familia de la ciudad de Rawson y comenzó a ejercer la jurisdicción, sin que existiera acto formal alguno. Sostuvo que este es el punto neurálgico de la cuestión, porque el Dr. Alesi debió esperar ser repuesto en el cargo conforme Ley V N° 3 -antes Ley 37- art. 11 de la Provincia del Chubut, esto es un acto formal por parte del STJ, que lo repusiera nuevamente en sus funciones y le otorgara la jurisdicción para ejercer el derecho. La segunda depuso que una de las sentencias que dictara el Dr. Alesi -en una medida cautelar- fue declarada nula por la entonces Juez subrogante porque Alesi no podía ser juez para ejercer la jurisdicción.

Por otra parte, puso de relieve el aporte del Dr. C. M. en el sentido de que no toda acción de amparo puede ejecutarse inmediatamente, depende del caso concreto; y en el mismo sentido dio respuesta el Dr. Paulo König en el punto seis del interrogatorio.

Sostuvo que existía y el Dr. Alesi no lo puede desconocer un procedimiento formal y previo, donde debía ponerlo nuevamente en funciones para ejercer la jurisdicción, de la cual había sido titular, no obstante, la medida judicial que lo reponía en el cargo, existía un acto formal que implicaba necesariamente su asunción de manera legal en el cargo que anteriormente detentaba.

Continuando con su relato refirió que el Sr. Gobernador de la Provincia en respuesta a misiva del Dr. D. manifestó en lo pertinente “desde este poder ejecutivo no se ha dispuesto ni llevado a cabo ninguna medida tendiente a poner en funciones al Dr. Martin B. Alesi (…) ni en ningún otro cargo existente en esta administración”. Entendió el acusador público que existió acto formal alguno por parte del estado provincial para reponerlo en el cargo al doctor Alesi, ello por cuanto la contraparte es la Provincia del Chubut.

Adujo que los testimonios de los Dres. Peral, Vergara y Vivas son interesantes en el aspecto de que no estaban ni enterados de que el Dr. Alesi había sido repuesto en sus funciones. Ello por cuanto dice el doctor Peral “ante la suspensión del Dr. Alesi el Juzgado de Familia fue subrogado por la señora jueza a cargo del Juzgado de Familia, dicha acordada decía que la Dra. R. intervendría en las causas pares y la Dra. S. T. A. en las impares. La Cámara de Apelaciones por disposición del Dr. Lucero, con fecha 10 de octubre, envió una inspección al juzgado a fin de identificar quien estaba a cargo del mismo”. Este es un punto que se debe tener en cuenta al momento de evaluar, toda vez que afirmó que había un orden de subrogancia, establecido por una acordada, conocido, ejercido por las magistradas Teresita Apaza y Gladys Rodríguez y la Cámara de Apelaciones en la Civil y Comercial fue a verificar quien estaba a cargo del mismo debido a que tiene la superintendencia administrativa. Alesi debía notificar la resolución a la Cámara de Apelaciones al superior tribunal y al tribunal de enjuiciamiento, porque él sabía que estaba suspendido en el ejercicio de la jurisdicción, porque con esa suspensión ceso en el cargo al menos de manera temporaria.

Concluyó que se dan motivos que requiere el tipo penal previsto en el art. 246 inc. 1 del C.P., por cuanto el Dr. Alesi realizó las dos conductas, asumió ilegalmente el cargo y ejerció funciones jurisdiccionales sin estar atribuido legalmente para eso, por ello solicitó se declare culpable al Dr. Alesi en los términos el artículo mencionado, pues él mismo con la sola resolución del Juez König, al día siguiente

asumió la jurisdicción y competencia del Juzgado de Familia de Rawson de manera ilegal, dictando resoluciones y sentencias sin tener la calidad de Juez de Familia.

A su turno el Dr. R. principio sus conclusiones y manifestó que el tipo de penal escogido por la fiscalía para traer a juicio oral y público al Dr. Alesi, es el del art. 246 inc. 1 del C. P. y la descripción de la conducta típica es el que asumiere o ejerciere funciones públicas sin título o nombramiento expedido por la autoridad competente.

En ese sentido explicó que no fue motivo de controversia de que el Dr. Alesi detentaba la calidad de magistrado a la época de los sucesos, de septiembre a octubre de 2019, del boletín oficial surge que la aceptación de la renuncia es a partir del 1 de octubre del 2020, es decir, el Dr. Alesi era un juez de la Provincia del Chubut, y eso no fue materia controvertida.

Seguidamente dijo que la doctrina es contundente respecto a quien debe ser responsable de esta acción típica, de quien puede ser calificado responsable de la acción típica descripta en el art. 246 inc. 1 del C.P. y afirmó que es inaplicable al Dr. Alesi porque no era un particular, era un magistrado suspendido en sus funciones.

En esa línea argumental refirió que el art. 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se refiere a la asunción como el juramento que presta cuando ingresa a sus funciones, es un acto solemne, formal y que se le da por única vez en la vida de un funcionario judicial y para el caso que se lo suspensa en el débito laboral no tiene que volver a prestar juramento.

Seguidamente trajo el testimonio del Dr. C. M., quien expresó que en el marco de un proceso judicial las únicas comunicaciones válidas a los domicilios constituidos. Así sostuvo que los problemas de comunicación interinstitucionales que pueden existir se los están achacando al Dr. Alesi, es una cuestión de comunicación interinstitucional de celeridad y eficiencia a los efectos de que pongan en conocimiento a las partes interesadas de lo sucedido, imponerle la obligación al Dr. Alesi de haber tenido él que notificar a la Cámara es absolutamente improcedente, no hay ninguna disposición del Código Procesal Civil y Comercial que así lo establezca.

Por otra parte, explicó que surge del relato de la Dra. Mardones que cuando la alzada dispuso la nulidad de la resolución, se debió a que la parte actora desistió de impetrar los recursos, fue producto de la inactividad de un tercero y ahora el Ministerio Publico Fiscal para reforzar su teoría le está achacando al Dr. Alesi esta

suerte de nulidad decretada por la cámara, que es una cuestión civil fuera del ámbito penal.

Sostuvo que hay un vacío legal respecto de cuando un juez suspendido se debe reincorporar a sus funciones, e hizo hincapié al procedimiento llevado a cabo por el Superior Tribunal de Justicia en el caso de la Sra. Jueza Penal de la circunscripción de Comodoro Rivadavia, Dra. Mariel Alejandra Suarez.

Reafirmó el letrado que no hay una norma imperativa de orden público que disponga el procedimiento a seguir, es una cuestión evidentemente discrecional del punto de vista administrativo del Superior Tribunal de Justicia. Agregó que no se puede equiparar el acto solemne de juramento de un magistrado con una reasunción en la función en virtud a una resolución judicial.

Destacó que las funciones que realizó el Dr. Alesi eran las mismas que venía desarrollando anteriormente, las cuales no quedan comprendidas en los preceptos del art. 246 del C.P.

Finalmente solicita por todo lo expuesto la absolución del Dr. Alesi, haciendo reserva del caso Federal.

Por último, se le concedió la palabra al Dr. M. Alesi quien manifestó: “yo me desempeñe como juez de familia durante trece años, una gran parte de mis fallos han tenido reconocimiento académico, jamás he incurrido en una violación de la ley, siempre respete la constitución en el ejercicio de la función de la cual me siento honrado que la Provincia me haya asignado el cargo, simplemente promoví un amparo ante una persona que no es amigo mío, promoví un amparo para impugnar una suspensión inconstitucional de un tribunal de enjuiciamiento y en función de haber sido notificado de una resolución favorable que era una medida cautelar donde se me restituía, inmediatamente retome el ejercicio de la función, fíjese su señoría que dice inmediatamente por lo cual no hay lugar a un trámite anterior o burocrático ni algún acto administrativo posterior, inmediatamente significa sin solución de continuidad, inmediatamente de notificado recobre la jurisdicción que me había sido suspendida por el tribunal de enjuiciamiento, nada más”.

Conviene comenzar la presente haciendo una breve reseña de los antecedentes de este proceso y de los hechos, que en definitiva no fueron cuestionados, para luego entrar de lleno en la cuestión que ha sido cuestionada por el Sr. Defensor en especial, respecto de la calificación jurídica.-

Tal como se ha escuchado de los alegatos de las partes no se ha discutido que el Dr. Martin B. ALESI, Juez de Familia de la ciudad de Rawson, en el mes de marzo del año 2019 fue suspendido en sus funciones por el Tribunal de Enjuiciamiento en el expediente que tramitó bajo el número 51/2018.-

Tampoco se ha discutido que el día 03 de septiembre del mismo año, ALESI interpone recurso de amparo ante el Juzgado Laboral de la ciudad de Trelew a cargo del Dr. Paulo KONIG, quien mediante sentencia nro. 217/19 hace lugar a la medida cautelar dejando sin efecto su suspensión y poniendo al mismo en funciones en forma inmediata.-

Es así que después se verifica que el Dr. ALESI se reintegró a su Juzgado el día 05 de septiembre del año 2019 hasta el día 11 de octubre momento en el cual la Excma. Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew, revoca en todos sus términos la resolución del Sr. Juez Laboral, cobrando vigencia la suspensión decretada por al Tribunal de enjuiciamiento.-

Como dije al emitir el veredicto, a los fines de resolver el primer agravio introducido por el Sr. Defensor, la calidad del sujeto activo en relación al hecho típico invocado por el Sr. Fiscal, he debido recurrir a numerosa doctrina y jurisprudencia a fin de clarificar la cuestión.-

En efecto, y para dar un debido fundamento al presente paso a transcribir textualmente la opinión que sobre el tema tienen los diversos autores, así Sebastián SOLER ha dicho: *“El sujeto activo de esta infracción es el particular. En la legislación italiana viene a presentar el mismo carácter, tanto el hecho del particular que asume funciones públicas como el del funcionario que asume las que no le corresponden, pero, según veremos, la hipótesis del inciso tercero del presente artículo distingue el caso de usurpación cometida por un funcionario público”* (Sebastián Soler, Derecho Penal Argentino, Tomo V, pág. 127/128, T.E.A. 1970).-

“Autor: *Puede ser autor del delito cualquier persona, aunque no posea los caracteres y calidades de idoneidad legalmente requeridos para el cargo, por ejemplo, un abogado que reúna los requisitos enunciados por la Constitución y las leyes para ser Juez, ocupará o ejercerá arbitrariamente esa función si no ha sido designado por la autoridad competente. Se ha discutido si puede serlo el funcionario público; por supuesto que no puede serlo el funcionario público que ejerce funciones de su propio cargo, aunque se encuentre momentáneamente suspendido en él, sin*

perjuicio de la comisión de delitos comprendidos en las figuras de abuso y, claro está, de las sanciones disciplinarias que correspondan, salvo, por supuesto, que se deba considerar autor del delito previsto en el inc. 2° del art. 249.

Pero lo que suscita mayores dudas es si puede ser autor el funcionario que asume o ejerce funciones que corresponden a un cargo distinto del que posee en los cuadros administrativos; rechazan esa posibilidad S. y N., para quienes sujeto activo sólo puede serlo un particular, pues quien ya desempeña una función pública quedará comprendido en el inc. 3° del artículo que comentamos.

Sin embargo, parece conveniente distinguir: es evidente que el delito que nos ocupa no puede cometerlo un funcionario público bajo la forma de ejercicio de funciones públicas, para lo cual carece de título o nombramiento; en tal supuesto, el inc. 3° del art. 249 desplaza al inc. 1° del mismo artículo por especialidad, pero puede cometerlo asumiendo arbitrariamente un cargo distinto del suyo, pues ahí no se da la razón de desplazamiento señalada" (Carlos Creus, Delitos contra la Administración Pública, Editorial Astrea, 1981, pág).-

Sujeto activo debe ser una persona que no desempeñe una función pública o que no continúe desempeñándola ilegalmente esa función, pues los delitos de estos sujetos activos están contemplados, respectivamente en los incs. 3° y 2° del art. 246" (Ricardo NUÑEZ, Tratado de Derecho Penal, Tomo V, Volumen 2).-

Como se ha visto hasta aquí, los autores clásicos, opinan de manera coincidente que sólo puede ser sujeto activo del delito previsto en el art. 246 inc. 1° cualquier persona, desplazando a otro tipo penal cuando se trate de un funcionario público. Veremos ahora que opinan otros autores contemporáneos.-

"En el primer supuesto del art. 246 el sujeto activo debe ser una persona que no se encuentre desempeñando legalmente la función pública o que no continúe desempeñando ilegalmente esa función, es decir un particular que, sin título o nombramiento, asuma o ejerza funciones públicas." (Edgardo Alberto DONNA, Derecho Penal, Parte Especial Tomo III, Edit. Rubinzal Culzoni, pág. 171).

Autor de este delito puede ser cualquier persona que, sin título o nombramiento expedido por autoridad competente, asume o ejerce funciones públicas. Hasta aquí, las opiniones concuerdan. El problema se presenta con el funcionario público, pues la hipótesis, al parecer, estaría prevista en el inc. 3° del mismo artículo. Desde ya, hay que convenir que no puede ser sujeto activo el

funcionario que ejerce funciones de su propio cargo. … Autor del delito puede ser cualquier persona, inclusive el funcionario público, aunque únicamente en el caso de asunción arbitraria de funciones públicas distintas de aquellas propias de su cargo .." (David Baigún, Eugenio Zaffaroni, Código Penal y Normas complementarias, Tomo 10, pág.229, Ed. Hammurabi).-

"En el inc. 1° el agente debe ser una persona que no se encuentre legalmente desempeñando legalmente una función pública o que no continúe desempeñando ilegalmente esa función, esto es un particular que, sin título o nombramiento, asuma o ejerza funciones públicas" (Miguel Arce Aggeo, Julio Baez, Código Penal Comentado y Anotado, Cathedra Jurídica, pag. 1254);

"…Aunque sin excepción, los estudiosos coinciden en que sólo puede ser autor del hecho un particular, no parece que la norma excluya de responsabilidad delictiva a un funcionario –por el sólo hecho de serlo-, que asumiera –aun sin ejercerlas- funciones públicas paralelas distintas de aquellas para las cuales está legalmente habilitado, hipótesis no cubierta por el inc. 3 de este artículo." (Omar Breglia Arias, Omar Gauna, Código Penal y Leyes complementarias, Tomo 2, pág. 246).-

Nuevamente aquí, nos encontramos con la opinión unánime de autores contemporáneos que coinciden plenamente con los autores clásicos, sólo puede ser autor de este delito un particular, desplazando para otro tipo penal cual lo sea un funcionario público.-

La jurisprudencia, si bien no es abundante en relación a la cuestión planteada también coincide con aquellas opiniones: *"Si el imputado no ha asumido o ejercido ninguna función de carácter público, en el sentido de expresión de voluntad del estado, no se vislumbran los presupuestos de la figura letal del art. 246, inc. 1° del Código Penal"* (CNCCorr, sala VI, 29-05-2003, "C.N.P." c. 21.278 PJN intranet).-

Es por todo lo expuesto y las citas transcriptas, que corresponde, la absolución del Sr. B. ALESI en relación a los hechos que fueron motivo de debate oral y público y por los que recibiera acusación fiscal, puesto que como es opinión unánime, para ser sujeto activo del delito enrostrado debe tratarse un particular, pues cuando el sujeto es un funcionario público, el hecho se desplaza a otra figura penal y esa circunstancia impide avanzar respecto del análisis de las restantes cuestiones introducidas por las partes.-

De ninguna manera esto significa que la conducta del Dr. ALESI no constituya delito, su conducta es típica, lo que ocurre es que este tipo penal requiere una calidad especial del sujeto activo que requiere de una persona que no sea funcionario público o de un funcionario público cuando asuma un cargo público que actualmente no detenta.-

Por último la calidad de funcionario público del Dr. M. ALESI tampoco fue discutida, aunque se encontraba suspendido en sus funciones como Juez de Familia de la ciudad de Rawson en la época de los hechos, no por ello ha perdido su condición de tal, pues conservaba todos los derechos y obligaciones que como tal goza.-

En su mérito, habiendo escuchado acusación y defensa, en forma unánime damos el siguiente;

FALLO:

1)ABSOLVER LIBREMENTE a **M. B. ALESI**, de las demás circunstancias personales obrante al inicio de la presente, respecto delito de asunción y ejercicio arbitrario de la función pública en carácter de autor previsto y reprimido por el art. 246 inc. 1° y 45 del Código Penal, en relación a los hechos presuntamente ocurridos en esta ciudad de Rawson, entre los días 05 de septiembre y 10 de octubre del año 2018 en perjuicio de la Administración Pública.-

2)REGULANDO los honorarios profesionales del Dr. J. P. R., en la suma de pesos 100 (CIEN) JUS, con más IVA si correspondiere, con cargo a su asistido (arts. 239, 240 inc. 3º y 241 del C.P.P. y arts. 5, 7 y cc Ley XIII – Nº 4).-

Página

3)REGÍSTRESE, notifíquese por su pública proclamación (art. 331 del C.P.P.), firme, comuníquese.-

Número de registro digital 266/2021.-

060609-40841/99211-P

060609-40841/99211-P