

///nos Aires, 26 de abril de 2012.

AUTOS Y VISTOS:

Convoca la atención de la sala el recurso de apelación interpuesto por la querella (fs. 3605/3608vta.) contra la decisión que declaró la inconstitucionalidad del segundo párrafo del inciso “c” del artículo 10 de la Ley 24.050, hizo lugar a la suspensión del proceso a prueba respecto de S. E. M. y M. E. N. M. y los eximió del requisito de efectuar un ofrecimiento de reparación patrimonial del daño (fs. 3580/3593 puntos I, II, III y V).

A la audiencia prevista en el artículo 454 del Código Procesal Penal de la Nación, concurrió el querellante H. P. C. con su patrocinante, el Dr. Joaquín M. Cortina Fernández Vega, quien desarrolló los motivos de agravio. Asimismo se presentó por la defensa la Dra. Adriana M. Ayuso, que efectuó la réplica y finalizadas las exposiciones, la sala deliberó en los términos establecidos en su artículo 455.

Y CONSIDERANDO:

I. En primer lugar y en la medida en que el recurrente no manifestó agravio alguno respecto de la declaración de inconstitucionalidad del segundo párrafo del inciso “c” del artículo 10 de la Ley 24.050, corresponde tenerlo por desistido del recurso de apelación deducido contra ese punto (artículo 454 del CPPN).

II. No se encuentra controvertido que el pedido de suspensión de juicio a prueba de S. E. M. y M. E. N. M. fue formulado en el momento procesal oportuno. En cuanto al ámbito de aplicación del instituto, aún cuando la punición prevista para el delito de defraudación por administración fraudulenta supere el máximo de tres años previsto en el segundo párrafo del artículo 76 *bis* del Código Penal, sería de igual modo procedente por cuanto las circunstancias del caso permitirían dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable (ver en tal sentido el cuarto párrafo de esa norma y la doctrina sentada en el fallo “Acosta” de nuestro Máximo Tribunal, Fallos 331:858).

III. En otro orden, las razones invocadas por el recurrente

para postular la denegatoria del beneficio con base en la calidad de funcionarios públicos que revestirían los imputados no son compartidas.

El artículo 76 *bis* del Código Penal establece que “no procederá la suspensión del juicio a prueba cuando un funcionario, en el ejercicio de sus funciones, hubiese participado del delito”. Se desprende de ello la exigencia de dos requisitos: a) que el imputado revista la calidad de funcionario público y b) que al momento de la comisión del delito que se le adjudica se encontrara ejerciendo efectivamente la función pública que le es propia.

El análisis del caso sometido a estudio nos lleva a excluir la concurrencia de la primer exigencia, ya que, al menos en el marco interpretativo de esa norma, no es posible equiparar al escribano un funcionario público.

Enseñan David Baigún y Eugenio Raúl Zaffaroni que si bien habitualmente se ha entendido que están abarcados en la expresión “funcionario público” quienes en concreto “ejercen funciones públicas”, ello no autoriza a considerar que cualquier tarea, aún cuando se le adscriba cierta significación institucional de orden público, pueda ser calificada en esos términos (Código Penal y Normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Ed. Hammurabi, 2da. edición, págs. 572 y 573).

Los autores mencionados ofrecen el caso del escribano como ejemplo de un sujeto que, en principio, podría ser excluido de la calidad de funcionario público pese a la trascendencia institucional de su labor. Indican que “la índole de la función se califica, en cambio, cuando el escribano actúa...como inventariado designado judicialmente, o cuando el abogado es habilitado como auxiliar de una diligencia judicial” (*Ob cit*, pág. 573 y en igual sentido D’Alessio-Divito: Código Penal de la Nación. Comentado y Anotado, 2da. edición. Tomo I. Parte General. Ed. La Ley, págs. 1131 y 1132 con cita de CCC Sala III “Cano”, 12/10/1985 y en igual sentido de la CNCP Sala II “Trono”, rta. 1/04/2009, Sala IV “De Aparici”, rta. 30/12/2009 y Sala I “Giulitti”, rta. 17/03/2011).

Cabe también considerar que la Convención Interamericana contra la Corrupción establece en su artículo 1 que “funcionario público es cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los

que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado” (CCC Sala VI causa n° 43.052 “Incidente de excepción de falta de acción...”, rta. 16/02/2012).

Desde esta óptica si bien el escribano participa de una función estatal, cual es la de otorgar fe pública de los instrumentos que pasan por ante él, lo hace como profesional que el Estado habilita para esa tarea pero que no está incorporado a la estructura de la administración. Véase que su condición no depende del nombramiento de una autoridad estatal y el desarrollo de su actividad reviste características esencialmente privadas –al punto de realizarse a petición de particulares–, y sin vinculación, permanente o accidental, con un organismo público.

Corresponde finalmente destacar que en el debate parlamentario de la ley 24.316 se sostuvo que “la *probation* no procederá cuando el partícipe es 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” (CNCP Sala II “Trono, Blanca María Marcelina”, rta. 1/04/2009 con cita del Diario de sesiones, Cámara de Senadores de la Nación).

De ello se desprende que el legislador al excluir a los funcionarios públicos de la posibilidad de acceder a la *probation*, tenía en miras asegurar que quienes forman parte de los poderes del Estado estén en condiciones de dar cuenta en juicio ante la sociedad de los actos ilícitos por los que pudieran verse sometidos a proceso, fundamento que no se aplica al presente caso.

IV. Por otra parte, cierto es que el artículo 76 *bis* del Código Penal introduce como requisito de admisibilidad de la solicitud para que se suspenda el procedimiento penal, la obligación del imputado de realizar un ofrecimiento al damnificado de reparación del daño causado por el hecho *prima facie* delictivo por el que soporta reproche. No obstante, esa misma norma añade que deberá hacerlo en la medida de sus posibilidades.

Al respecto se ha sostenido que para establecer la medida de este deber tiene un peso decisivo la situación del imputado y que “la ley no puede ser interpretada en el sentido de que solo quienes tienen a su

disposición medios económicos podrán acceder a la suspensión del juicio a prueba; en la medida de lo posible significa que si esa medida es inexistente nada podrá ofrecer ni exigírsele. El juicio de razonabilidad no ha de atender solo a la existencia y extensión del supuesto daño, sino también a las reales posibilidades de pago del imputado” (Bovino, Alberto, “La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código Penal argentino”, Ed. del Puerto, 2001, pág. 134/135 con cita de García, “La suspensión del juicio a prueba según la doctrina y la jurisprudencia”, p. 354).

Las copias de los procesos que corren por cuerda revelan que el 2 de diciembre de 2005 se decretó la quiebra de S. E. M. y se dispuso su inhibición general de bienes (fs. 1011/1015 del expediente del Juzgado Comercial n°) mientras que el 21 de abril de 2004 se declaró la apertura del concurso preventivo de M. E. N. M. y se decretó también su inhibición general de bienes (fs. 122 del expediente n° del Juzgado Comercial n° ...).

A nuestro juicio, el hecho de que los imputados se hallen actualmente sujetos a procesos de quiebra y concurso y hubieran sido inhabilitados para administrar y disponer de sus bienes, se presenta como un impedimento legal para efectuar un ofrecimiento de reparación económica.

La obligación de resarcir a la víctima por el daño causado por el posible delito, comprendida en el artículo 1079 del Código Civil, en tanto afecta el patrimonio de los imputados/deudores, se ve alcanzada por el principio de universalidad que caracteriza tanto a los procesos de quiebra como a los concursales (artículo 1 *in fine* de la Ley 24.522).

Véase que en el caso del concursado, si bien conserva la administración de sus bienes –aún cuando en el caso también ha sido inhibido–, lo hace bajo la vigilancia del síndico y le está prohibido realizar actos que importen la alteración de la garantía de sus acreedores (artículos 15 y 16), mientras que en el del quebrado, no solo se ve afectado por una medida precautoria que le impide disponer de sus bienes (artículo 85), sino que se halla desapoderado de ellos de pleno derecho y en consecuencia impedido de ejercitar cualquier acto de disposición y administración (artículo 107).

Por lo demás, no puede obviarse que el Código Penal reprime tanto al quebrado como al concursado civilmente que efectuara pagos

a un acreedor pese a la prohibición que implica la declaración de quiebra o el auto de apertura del concurso (artículos 176 inciso 3 y 179 primera parte).

En razón de las circunstancias antes apuntadas es que puede afirmarse que el concurso y la quiebra a la que se encuentran afectados los imputados concuerdan *a contrario sensu* con el enunciado del artículo 76 *bis* del Código Penal, es decir, los transforman en imposibilitados de prestar alguna reparación económica.

Y así, dado que los sometidos a proceso se hallan impedidos de prestar ese resarcimiento, el ofrecimiento dejará de ser una condición de admisibilidad del instituto, pues un presupuesto de legitimidad de toda exigencia legal será siempre la posibilidad de su cumplimiento (Vitale, Gustavo L., “Suspensión del proceso penal a prueba”, Ed. del Puerto, 2010, pág. 168, y en el mismo sentido D’Alessio, Andrés José y Divito, Mauro A. “Código Penal de la Nación. Comentado y Anotado”, Ed. La Ley, 2011, to. I, pág. 1105).

De otro lado, el ofrecimiento de donación de alimentos por parte de los familiares de los imputados a “.....”, no solo una institución ajena a la víctima sino a la que tampoco ella dio instrucciones de que se destinara el resarcimiento económico por el daño causado, no suple la reparación establecida en el tercer párrafo del artículo 76 *bis*, ni tampoco constituye presupuesto de admisibilidad del instituto, con lo cual ningún análisis cabe efectuar al respecto.

V. Las razones ponderadas en el punto anterior llevan a concluir que la oposición del representante del Ministerio Público Fiscal a la concesión de la *probation* carece en estas condiciones de la debida razonabilidad y logicidad, por cuanto los motivos que brindó como fundamento se apartan de las normas legales que resultan de ineludible aplicación al caso e incorporan un requisito para el otorgamiento del beneficio que no halla sustento en derecho –para el caso, la intervención del síndico de los procesos comerciales en la realización de un ofrecimiento de reparación económica–.

Por ello, en tanto la negativa fiscal no supera el control de logicidad y fundamentación que debe realizar al tribunal y se aleja de la legislación aplicable, no habrá de ser vinculante de acuerdo con la doctrina

plenaria del fallo “Kosuta” de la Cámara Nacional de Casación Penal del 17 de agosto de 1999 y lo sostenido por esta sala en los precedentes n° 861/11 “Cassina, Marcelo”, resuelto el 4 de julio de 2011 y n° 34.370 “Demichele”, resuelto el 6 de junio de 2008, entre otros.

Por todos los fundamentos hasta aquí esbozados, y tras verificarse los requisitos que habilitan la concesión de la suspensión de juicio a prueba respecto de los imputados, es que habrá de homologarse la decisión puesta en crisis.

En consecuencia, se **RESUELVE**:

I. TENER POR DESISTIDO el recurso de apelación interpuesto por la querrela contra la decisión que declaró la inconstitucionalidad del segundo párrafo del inciso “c” del artículo 10 de la Ley 24.050 (art. 454 del CPP).

II. CONFIRMAR los puntos II, III y V del auto de fs. 3580/3593 en todo cuanto fuera materia de recurso.

Devuélvase y practíquense en el juzgado de origen las notificaciones a las partes. Sirva lo proveído de muy atenta nota de envío.

Se hace constar que el Dr. Julio Marcelo Lucini integra este tribunal por decisión de la Presidencia de esta Cámara del 17 de noviembre de 2011 y que el Dr. Alberto Seijas no suscribe la presente por encontrarse excusado.

CARLOS ALBERTO GONZÁLEZ

JULIO MARCELO LUCINI

Ante mí:

PAULA FUERTES
Prosecretaria de Cámara