

N° 121 / En la ciudad de Resistencia, capital de la Provincia del Chaco, en fecha **02 de agosto de 2017**, reunidos en Acuerdo los señores Jueces de la Sala Segunda en lo Criminal y Correccional del Superior Tribunal de Justicia, **EMILIA MARÍA VALLE y ROLANDO IGNACIO TOLEDO**, quienes emitirán su voto en ese orden, asistidos por el Secretario Autorizante **MIGUEL ANGEL LUBARY**, tomaron conocimiento del expediente **N° 1-9694/16**, caratulado **"G. J. C. S/ LESIONES GRAVES CULPOSAS"**, con el objeto de dictar sentencia conforme los artículos 472 y cctes. del Código Procesal Penal.

Seguidamente la Sala Segunda plantea las siguientes

C U E S T I O N E S

1°) ¿Es procedente el **recurso de casación** interpuesto a **fs. 254/262**?

2°) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTIÓN, EMILIA MARÍA VALLE dijo:

I- 1) Que el Juzgado Correccional N° 2 de Resistencia, por resolución N° 185 de fecha 16 de septiembre de 2016 (fs. 228/232), denegó la suspensión del juicio a prueba solicitada por el imputado J. C. G.,.

Para resolver de tal manera la sentenciante concluyó que el imputado era funcionario público (Subsecretario de Asuntos Penitenciarios) y el hecho ocurrió en el desempeño de sus funciones ya que, en fecha 28 de febrero de 2013 en Ruta 16, Km.

94, en oportunidad de conducir el vehículo marca Toyota Corolla, propiedad del Servicio Penitenciario Provincial; embistió a un camión marca Mercedes Benz, que circulaba en sentido contrario, encontrándose acompañado por el Sr. J. C. C. -padre de un detenido a quien trasladaba hasta la ciudad de Presidencia Roque Sáenz Peña- y F. G., M. B. F. e I. M. F., resultando ésta última con lesiones de gravedad. Además, consideró que la gravedad del suceso y las posibles consecuencias dañosas a la víctima conllevan a la decisión denegatoria, a efectos de evitar ulteriores responsabilidades del Estado, por la probable afectación de la garantía de acceso a la justicia (art. 8, primer párrafo y art. 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

Esto motivó el alzamiento de la defensa, a cargo de los Dres. Mario Federico Bosch y Sergio Paulo Pereyra, siendo concedida la impugnación y elevada la causa a esta Sala, encontrándose actualmente dadas las condiciones procesales para resolver la cuestión.

2) Los mismos se agravan por la decisión de denegar la suspensión del juicio a prueba a su defendido por su calidad de funcionario público, argumentando esencialmente que al momento del hecho el mismo no se encontraba conduciendo el vehículo en tal carácter, ya que solo trasladaba al Sr. C. como un favor personal, aduciendo que la afirmación de que se estaba en una misión oficial es conjetural y falaz.

II-1) Reseñada de tal manera la presentación realizada en autos e ingresado al tratamiento de los agravios articulados, se observa que efectivamente la señora Juez Correccional denegó la petición de suspensión del proceso a prueba formulada a favor del imputado J. C. G., bajo un doble orden de fundamentación.

1.1) En tal sentido, luego de reseñar los razonamientos tanto del Ministerio Público Fiscal como de la parte querellante, en primer lugar sostuvo como argumento: *"...no puedo pasar por alto los fundamentos vertidos por la parte querellante, considerando a mi entender...que la única persona que podría ser considerada funcionario público, en el momento de la producción del accidente, sería el chofer, ya que la función (desempeño) del mismo, es el traslado de personas, lo que en este caso, lo realizaba el señor J. C. G., quien reviste la calidad de subsecretario y que manejaba un automóvil, perteneciente al Estado, trasladándose hacia la Alcaldía de la ciudad de Sáenz Peña, llevando en su interior a un familiar de un detenido y a la damnificada en cuestión"*.

"Como he transcripto la doctrina del mismo autor 'Bovino', existe otra hipótesis, que se refiere al abuso de poder, y es esto y no otra cosa, lo que ocurrió en el evento en cuestión, toda vez que a un subsecretario, no le corresponde, no es su desempeño oficiar de chofer de un vehículo del Estado Provincial, que habría trasladado a personas

cuyo transporte no corresponde realizar, lo que sería una extralimitación en el ejercicio de sus funciones cotidianas, y por ende considero que este es uno de los fundamentos...de denegar el pedido de suspensión de juicio a prueba..." (Conf. 230 y vta. del decisorio).

De los pasajes transcriptos se desprende que para el tribunal, lo normado en el párrafo séptimo del art. 76 bis abarca aquella hipótesis en donde el imputado cometiere un ilícito, ejerciendo una función que no ostenta por ley, calificando como una "extralimitación" dicho supuesto.

1.2) Ahora bien, el texto penal en estudio (al contrario de lo que interpreta el juzgado a-quo) no regula el supuesto de ejercicio de otra actividad más que aquélla que le compete al funcionario, pues claramente dice "...ejercicio de sus funciones...".

El legislador apeló al adjetivo posesivo "sus", derivado del apócope "suyo" o "suya", definido por la Real Academia como lo perteneciente a alguien, o aquello que le toca a alguien (Conf. www.rae.es).

El abuso del cual habla Bovino, es el abuso de la propia función, actividad o tarea. Y por ello sostiene que dicha exigencia legal es de "...carácter funcional...", agregando que tal carácter "...exige que el ilícito pueda ser considerado como un **acto de abuso** de poder en el

desempeño **de las legítimas funciones atribuidas** al funcionario público de que se trate..." ("LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO PENAL A PRUEBA EN EL CÓDIGO PENAL ARGENTINO", 1ra. Edic., Bs. As., Del Puerto, 2002, Conf. pág. 86; el resalto me pertenece).

Debe comprobarse así una **vinculación** entre el ejercicio -abusivo- de la propia función y el delito que es su derivación. De lo contrario, el supuesto legal analizado no se hallaría configurado y nada obstaría a la aplicación del beneficio en cuestión.

Así lo entendió la Cámara Federal de Casación Penal, Sala I, (causa N° 1060/2013 "Villalba, Cristóbal Santiago s/ recurso de casación"), en un caso donde el imputado se desempeñaba en la Base Naval de Marina Zárate como chofer y conducía un vehículo oficial, al haber afirmado: "...En el caso, si bien es cierto que el encausado se encontraba prestando funciones al momento en que embistió con la parte delantera de la camioneta que manejaba al automóvil que se encontraba aún detenido en la cabina del peaje, provocándole lesiones de carácter leve a su conductor, lo cierto es que no puede afirmarse que la imputación ha consistido, precisamente, en una conducta delictiva **íntimamente vinculada con el desempeño de sus funciones públicas**".

"Es que, la política criminal delineada por el legislador ha establecido que si un

funcionario público se aprovechó de la especial situación en la que se encuentra por su actividad para cometer un hecho delictivo mediante **el abuso de poder en el desempeño de legítimas funciones atribuidas**, tal imputación no debe ser excluida de alcanzar una decisión de mérito final".

"Ello así, no sólo por cuanto el mayor compromiso del funcionario público en el ejercicio de sus facultades conlleva, como contracara, un trato penal más riguroso o con menos concesiones de alternativas no punitivas, sino porque existe una expectativa de toda la sociedad de sentirse resguardada frente a tales abusos...".

Agrego que el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos, con criterio similar al que aquí se ha esbozado, sostuvo "...el específico hecho objeto de la acusación de autos...importa un accionar imprudente o imperito causante de lesiones de tipo culposo, que conllevaría a su encuadramiento en la figura del delito común de lesiones culposas del art. 94 del CP, sin que la condición de funcionaria pública de la imputada ni el ejercicio de tal función en la ocasión...muestren una **inexorable incidencia determinante de la producción del hecho...**" (Conf. Sala I en lo Penal, in re "A., M.D.", del 05/06/00, publicado en JA 2002-I-773; lo resaltado me pertenece).

Por su parte, el Tribunal de Casación Penal, Sala III, de la Provincia de Buenos Aires, argumentó que "...no existe fundamento alguno que

explique si la imputada se encuentra alcanzada por la restricción del art. 76 bis, toda vez que, incluso para el caso que ostente tal calidad, la finalidad del trato diferenciado debe encontrar sustento en un aprovechamiento de la especial situación en la que el funcionario se encuentra por su actividad profesional..." (Conf. in re "Bolo, Marta Liliana", 13/05/2010, L.L. Online, cita AR/JUR/28216/2010).

La doctrina ha sido concordante en esta cuestión. Tal es el caso de Marcelo Castañeda Paz, el cual se interroga en los siguientes términos: "...qué pasa cuando el delito cometido por el funcionario público no se realiza en razón de su cargo, por ejemplo en el caso de un accidente de tránsito donde un funcionario público choca a una persona y le causa lesiones. ¿Es posible otorgarle la probation?...". Y concluyendo afirmativamente, agrega: "...solamente puede ser denegado el beneficio en razón de su cargo, cuando el delito cometido sea en el ejercicio específico de sus funciones..." (Conf. "PROBATION EL DESAFÍO DE CAMBIAR LA MENTALIDAD -Antes y después del caso 'Kosuta'", 1ra. Edic., Bs. As., Abeledo Perrot, 2000, pág. 59).

Eleonora Devoto sostiene: "...el trato diferenciado es razonable en su ponderación constitucional, en tanto se respete la naturaleza funcional de la excepción que incorpora la norma; esto es, cuando la conducta sea realizada '...en el ejercicio de sus funciones...Tal límite implica necesariamente que exista un aprovechamiento de la

especial situación en la que el funcionario se encuentra por su actividad profesional; como contrapartida, no resultará suficiente que se cometa el hecho atribuido meramente en ocasión de esa actividad si no conlleva a su vez un abuso de la posición, la autoridad o la capacidad de la que ha sido revestido por su cargo..." (Conf. "PROBATION E INSTITUTOS ANÁLOGOS", 2da. Edic., Bs. As., Hammurabi, 2005, pág. 202).

En el sub examen, según surge de las diversas constancias, el imputado se desempeñaba como Subsecretario de Asuntos Penitenciarios, no observándose que de ello se valiera o hiciera provecho, conforme la situación fáctica contenida en la requisitoria de elevación a juicio que fuera transcripta en el fallo (fs. 228 y vta.).

No obstante ello el tribunal a-quo excluye al encartado del beneficio, bajo el argumento de un abuso funcional por "extralimitación", cuando justamente el prefijo "extra" significa lo que está "fuera de" según la Real Academia de la Lengua Española (Conf www.rae.es).

Si se afirma que hacer las veces de chofer de un vehículo del Estado es un obrar que se halla por fuera de las legítimas funciones, la solución propiciada por el juzgado resulta entonces arbitraria, al no respetarse la premisa contenida en la norma penal analizada, que habilita la exclusión cuando el delito del que se trate implique el abuso

por parte del encartado de "sus funciones" y no otras.

Es por ello que Bovino descarta que la exigencia normativa refiera a una interpretación de índole *temporal*, como sería el delito acaecido durante el desempeño de una función pública, que no tiene relación con ésta.

Así, ejemplificando dicha posición con el supuesto de la funcionaria que lesiona a su esposo por razones de índole personal durante la visita en su despacho, sostiene: "...si bien el ilícito fue cometido 'en ocasión' de sus funciones, **éste no presenta vinculación alguna con su calidad de funcionaria ni con el ejercicio de sus actividades funcionales...**" (Conf. Ob. Cit. pág. 86; la negrita me pertenece).

Ese modo de razonamiento, en los hechos se traduce en un estado de indefensión, pues el imputado tanto resulta excluido del beneficio por afirmarse que no ha ejercido su legítima función de subsecretario y a la vez se lo excluye por ejercer una función que se encuentra fuera de su ámbito de competencia.

1.3) La jurisprudencia de esta Sala también receptó el necesario vínculo entre el delito y la actividad funcional propia, al afirmar en el precedente "Vispo" -Sent. N° 131/11- que: "...La disposición en análisis requiere que el agente cometa el delito en 'ejercicio de sus funciones', esto es, que debe derivar de actos vinculados al desempeño

profesional propio del funcionario público...". Agregando el fallo que la regla no es aplicable en otros supuestos, al sostener: "...al margen del ejercicio de sus funciones no se encuentra comprendido por esta limitación...".

1.4) Conforme las consideraciones precedentes, la denegación del instituto de la suspensión del juicio a prueba, adolece de una aparente fundamentación, al no demostrar que la calidad de subsecretario tenga algún grado de vinculación con el hecho delictuoso acusado -lesiones culposas, art. 94 CPN-, máxime si se sostiene que no ejerció las funciones propias del cargo que ostenta. Así, cuando concluye: "...ya que el señor Goya era un funcionario público, no en ejercicio de sus funciones, como refiere el mencionado fallo, sino en abuso de las mismas se habría extralimitado realizando el traslado de personas (abuso de poder)..." (Conf. 230 y vta. del decisorio).

2) Como segundo fundamento de la denegación, la magistrada agregó: "...no puedo pasar por inadvertida la naturaleza del delito acriminado y la gravedad del suceso, del cual surge entre otras circunstancias, que la imputación habría tenido como víctima a una mujer joven, quien de acuerdo al hecho descripto resultó lesionada...", transcribiendo seguidamente las lesiones que se constataron en la damnificada, entre ellas distintas fracturas (Conf. fs. 231 del decisorio).

De esta manera, el fallo también adolece de una correcta fundamentación respecto a lo establecido en el precepto penal que se viene citando, pero en su cuarto párrafo, en tanto que al existir un dictamen favorable el juzgado debió expedirse sobre el restante recaudo que allí se menciona, tal y como lo expusiera esta Sala en "Gutiérrez Ignacio" -Sent. N° 130/08- "...Ahora, que si se cuenta -como en el sub examen- con uno de los requisitos de procedibilidad, como lo es el dictamen favorable del Ministerio Público Fiscal, será el Juez quien decida si en la emergencia se da el restante: "si las circunstancias del caso permitan dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable" (Cfr. "González Lucía...", Sent. 91/07)..."

Asimismo, se dijo en "Vassia" -Sent. N° 53/07- que "...Al respecto, cabe destacar que si bien el dictamen fiscal, por ser favorable, no resulta vinculante y el cumplimiento de los demás requisitos tampoco obligan al Juez a suspender el juicio a prueba, **las razones para su denegación, cuando se encuentran dadas las condiciones objetivas para ello, deben ser consistentes y significar un impedimento real y suficiente para la concesión del beneficio**".

"Además, en tales casos, ante la posibilidad de una hipotética condena condicional por una posible futura pena de prisión no mayor de tres años, **no puede eludirse el pronóstico punitivo que cabe al juzgador realizar, sin perjuicio que, obviamente, luego de la realización del debate**

existiría mayor certeza sobre los justos términos en que debería quedar fijada, pero, en tal oportunidad, ya sería de imposible aplicación el beneficio, por lo cual ello no puede erigirse en sustento de una decisión denegatoria..." (el resalto me pertenece).

Tarea que no se satisfizo acabadamente en autos, si se advierte de lo transcripto, que el análisis efectuado en el fallo se circunscribe únicamente al suceso dañoso, que era una mujer joven y tuvo diversas fracturas, sin abordar otras circunstancias que también se encuentran expresadas en el art. 26 del CP; o haberse fundado los motivos por los que no serían tenidas en cuenta en la valoración.

3) Análisis reflexivo que tampoco puede ser ajeno a la hora de fundarse la denegación del mencionado instituto, por lo cual debe concluirse que se ha omitido lo establecido por los arts. 141 y 410 inc. 4° del rito, que exigen que las decisiones judiciales sean fundadas y constituyan una razonada **derivación del derecho vigente**, en relación con las circunstancias comprobadas de la causa, lo que coloca al pronunciamiento dentro de los estándares de la arbitrariedad de sentencia (CS, Fallos 329:3006). En igual sentido, esta Sala in re "Vera, Lucía" -Sent. N° 31/15-; "Fantín, Luque" -Sent. N° 94/16-.

Apreciación que no debe confundirse con un reexamen del poder conviccional del material probatorio, ni implica establecer criterios ni pautas acerca de la responsabilidad del imputado en la

presente causa por ser tarea propia del juez de reenvío; sólo se ha puesto de manifiesto las falencias ya citadas.

Por lo tanto, en virtud de lo expuesto, me expido positivamente en esta primera cuestión.

A LA PRIMERA CUESTIÓN, ROLANDO IGNACIO TOLEDO dijo:

Adhiero a la relación de causa realizada precedentemente y a la solución que propicia. **ES MI VOTO.**

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, MARÍA EMILIA VALLE dijo:

Atento al resultado de la primera cuestión analizada, corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 254/262, declarando la nulidad de la resolución N° 185 de fs. 228/232 del Juzgado Correccional de la Segunda Nominación, debiéndose remitir los autos al Juzgado Correccional N° 3 a fin de que se dicte un nuevo pronunciamiento conforme a derecho. Sin costas, excepto los honorarios profesionales de los abogados Mario Federico Bosch y Sergio Paulo Pereyra que se regulan en la suma de Pesos Cuatro Mil (\$ 4.000.-) a cada uno por aplicación de los arts. 2, 4, 7, 11 y 13 de la ley arancelaria vigente. **ASÍ VOTO.**

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, ROLANDO IGNACIO TOLEDO dijo:

Atento al resultado de la primera cuestión analizada, adhiero a lo propiciado por la colega que me precediera en la votación, incluyendo la regulación de honorarios. **ASÍ VOTO.**

Con lo que se dio por finalizado el Acuerdo precedente, dictándose la siguiente

S E N T E N C I A N° /

I- *HACER LUGAR* al recurso de casación deducido por la defensa del imputado a fs. 254/262 del presente expediente, declarando la nulidad de la resolución N° 185 de fs. 228/232 del Juzgado Correccional de la Segunda Nominación, debiéndose remitir los autos al Juzgado Correccional N° 3 a fin de que se dicte un nuevo pronunciamiento conforme a derecho. Sin costas, excepto los honorarios de los profesionales que lo representaron.

II- *REGULAR* los honorarios profesionales de los Dres. Mario Federico Bosch y Sergio Paulo Pereyra en la suma de Pesos Cuatro Mil (\$ 4.000.-) a cada uno por aplicación de los arts. 2, 4, 7, 11 y 13 de la ley arancelaria vigente.

III- *REGÍSTRESE*. Notifíquese. Comuníquese a Caja Forense del Chaco y, oportunamente, remítase al tribunal subrogante con noticia al interviniente en primer término mediante remisión de copia informática de la presente.

EMILIA MARÍA VALLE, PRESIDENTA - ROLANDO IGNACIO TOLEDO,
VOCAL - MIGUEL ANGEL LUBARY, SECRETARIO

- COPIA INFORMÁTICA -