

Leg. caratulado "MARCOLINI JUAN JOSE S/ SU DENUNCIA".

Fecha inicio: 27/9/2017

VISTO:

El estado de las presentes actuaciones; y,

CONSIDERANDO:

Que el presente legajo fue iniciado el día 27/09/2017, por presentación de JUAN JOSE MARCOLINI, abogado, quien -en lo medular de su noticia- denunció la presunta comisión de los delitos de "Usurpación de autoridad (art. 246 CP) y Abuso de Autoridad y Violación de los Deberes de Funcionarios Públicos (art. 248 y 253 CP), concursadas idealmente y/o el delito que se determine configurado en el decurso de la Investigación (IPP) a practicar", por los hechos que en su líbello expresa, al que me remito brevitatis causae.-

Ahora bien, haciendo un análisis minucioso de los hechos puestos en conocimiento de esta Unidad Fiscal desde ya puedo adelantar que no se avizora ilícito alguno que se pueda tipificar penalmente; sólo revela la existencia, aparentemente, de un conflicto cuya resolución en todo caso es ajena al ámbito del Derecho Penal.-

Así, a los fines de revisar las consideraciones formuladas por el denunciante, por razones analíticas entiendo corresponde dividir el planteo del siguiente modo:

1) SOBRE LA PRETENZA ILICITUD JURÍDICO PENAL DE LA CONDUCTA DE LOS CONSEJEROS GLADYS MABEL PEDRERO Y ANTONIO HUMBERTO HERNAN FUMANERI, consistente en asumir funciones públicas sin contar con el acto habilitante para tales fines, interpretada por el denunciante como constitutiva del tipo penal del art. 247 del CP de "usurpación de autoridad":

En este punto he de destacar que ambos consejeros fueron designados por el Sr. Gobernador de la Provincia de Entre Ríos, y tomado el juramento de ley por parte del Presidente del CMER y Secretario de Justicia provincial, Dr. Martín Uranga, conforme se acredita con el Acta N°28 de fecha primero de agosto de 2016, que el propio denunciante acompaña como evidencia de su pretensión investigativa. Ergo, el acto formal de asunción de funciones de parte de los Consejeros Pedrero y Fumaneri por la máxima autoridad administrativa de la provincia, constituye el fundamento legitimante originario de las funciones que prestan ambos en el Organismo de selección de Magistrados y Funcionarios de la provincia de Entre Ríos, y no otro como pretende Marcolini en su denuncia.

Ahora bien, sin perjuicio de ello, y tomando en cuenta la pretendida falta de "selección previa e interna" por parte de los respectivos estamentos "AJER" y "CPCEER", resulta pertinente que sea valorado conforme a los principios interpretativos de "buena fe" y de las reglas jurídicas propias de todo mandato o representación.

En primer lugar, hemos de destacar que toda la actividad del CMER no es ajena al principio constitutivo y fundante del sistema republicano de gobierno cual es la publicidad de sus propios actos (art. 1 de la Constitución Provincial). Con esto decimos que la designación y participación activa y permanente de los

consejeros Pedrero y Fumaneri es de público conocimiento, sea a través de los medios de comunicación como a través de la página web del propio Consejo. Ello así tanto en las instancias de entrevistas públicas en los concursos convocados por el Consejo, como en las sesiones ordinarias que el mismo lleva adelante a efectos de tomar las decisiones que gobiernan el funcionamiento de tal Órgano Asesor de jerarquía constitucional.

El denunciante presupone que los consejeros cuestionados deben contar con una designación de carácter estrictamente formal que acredite y habilite a los representantes para las funciones a realizar en el marco del CMER, negando así las reglas propias de todo contrato de mandato o función de representación, que es esencialmente no formal conforme lo establecen los artículos 1015 y 1319 del Código Civil y Comercial de la Nación. En el caso, tanto uno como otro Consejero han obrado en base al mandato que le han conferido los miembros de cada estamento que representan, mas alla de las formas de instrumentar tal relación. Ello así, incluso, dando por cierto la suposición del denunciante respecto a que tanto Pedrero como Fumaneri no hayan sido seleccionados por sus pares a través del "voto directo", que es el único requisito normativo exigido por el art. 2 de la ley N°9996 que regula el funcionamiento del CMER. De allí a exigir - como pretende Marcolini- mayores requisitos de forma como ser un acta interna de cada entidad que así lo exprese, corre por su estricta cuenta, mas no es una exigencia que realice dicha norma legal conforme al sistema vigente. En consecuencia, el ahinco puesto por el denunciante en contar con un documento "formal" que acredite o refleje el procedimiento selectivo interno de AJER y/o CPCEER, no aporta ningún elemento relevante a los fines de analizar las conductas de los consejeros desde el prisma jurídico penal.

A la luz del principio de buena fe, es mas razonable sostener que los integrantes de cada estamento han prestado conformidad con lo actuado por los respectivos consejeros representantes, que sostener lo contrario: que tales consejeros se han arrogado un rol de representación que no tienen, tan luego en una función pública como la de designación de magistrados y funcionarios judiciales. Asimismo, es propio de cualquier mandato o representación la facultad de revocar, disconformarse o impugnar todo lo actuado por el representante sin el consentimiento del representado o bien fuera de los límites del mandato conferido.

En el presente caso, no existe acreditado acto alguno por medio del cual los estamentos AJER y/o CPCEER hayan manifestado su oposición o disconformidad con lo actuado por Pedrero y Fumaneri respectivamente, dando por sentado - desde luego- que las funciones llevadas a cabo en el marco del CMER son de conocimiento de los miembros de tales entidades. Tal tácita y/o expresa -según el caso- aceptación de lo actuado en el marco del mandato conferido no puede razonablemente interpretarse sino como la plena conformidad de cada estamento con la tarea emprendida por Pedrero y Fumaneri.

En este marco, yendo ahora al análisis de los requerimientos del tipo objetivo de la figura de usurpación de autoridad del art. 246.1 del CP, el mismo exige como elemento constitutivo la inexistencia del título o nombramiento expedido por autoridad competente, que habilite el ejercicio de la función pública que el agente asume o ejerce (Código Penal de la Nación Comentado y Anotado, 2ª Edición Actualizada y Ampliada, Editorial La Ley, página 1212).

Mal podrían entonces Pedrero y Fumaneri usurpar una función a la que accedieron por actos públicos de nombramiento suscriptos por el titular del Poder Ejecutivo, lo que echa por tierra la subsunción típica que pretende el

denunciante, quien además -se reitera- conoce de la existencia de tales actos de gobierno, aunque niega su validez y sus efectos jurídicos.-

## 2) SOBRE LA PRETENSA ILICITUD JURÍDICO PENAL DE LA CONDUCTA DEL SECRETARIO DE JUSTICIA Y PRESIDENTE DEL CMER, DR. MARITN URANGA:

El denunciante Marcolini considera que constituiría el delito previsto en el art. 248 la conducta del Dr. Uranga respecto a tener como miembros designados del CMER a los consejeros Pedrero y Fumaneri y en consecuencia llevar adelante el acto de juramento de ambos por ante el Sr. Gobernador en fecha 1/8/2016 (conf. fs. 6 del escrito de denuncia), entendiendo Marcolini que dichos consejeros han sido desingandos de modo irregular por las entidades a la que pertenecen.

Ante ello es necesario precisar entonces cuales son los contornos que habilitan la configuración típica del delito previsto por el art. 248 del CP "incumplimiento de los deberes de funcionario público", no sin previamente destacar que - conforme interpreta el denunciante- el presupuesto de un incumplimiento normativo de Uranga vendría dado por lo que a criterio de esta Fiscalía es una conducta penalmente neutra o directamente atípica como ya se expresó en el acápite anterior.

Asimismo, no abunda destacar aquello que sostiene Andrés José D'Alessio respecto a que la ilegalidad del acto al que alude el tipo del art. 248 no radica meramente en su contradicción con las normas que refiere el texto legal, por el contrario, es esencial considerar que lo que caracteriza el contenido de ilicitud de este tipo penal radica en el uso abusivo o arbitrario de la función pública, en tanto es utilizada como instrumento para violar la Constitución o las leyes (Código Penal de la Nación Comentado y Anotado, 2ª Edición Actualizada y Ampliada, Editorial La Ley, página 1227) situación que no concurre en este caso.

Y al momento de analizar el tipo subjetivo de la figura, el mismo autor reitera que es en el análisis del lado subjetivo del hecho donde se exhibirá el carácter abusivo o arbitrario de las acciones contenidas en el tipo objetivo y teniendo en cuenta que la finalidad de esta figura consiste en sancionar conductas que impliquen la utilización de la función pública como un instrumento para violar la Constitución o las leyes, se han establecido exigencias subjetivas con el objeto de adecuar la interpretación de este tipo penal a la referida intención legislativa y evitar que sea aplicado desmedidamente alcanzando situaciones que no revistan la relevancia penal mencionada (ob. cit. páginas 1230/1231).-

De ello se deriva también para este tipo penal, como conclusión forzosa que -en caso de predicar una interpretación literal, amplia o extensiva del marco normativo aplicable- nos veríamos obligados a atribuir la conducta prevista en el art. 248 del Código Penal de manera prácticamente indiscriminada en todo ámbito donde un funcionario público dicte órdenes o resoluciones que puedan resultar contrarias a las constituciones o las leyes a que refiere el tipo penal, lo cual resulta a todas luces excesivo e irrazonable.-

Del análisis del presente caso, resulta razonable afirmar que las actuaciones a cargo de Uranga (tener por consejeros designados a Pedrero y Fumaneri y proceder a la toma de posesión del cargo) no traduce un acto ilícito penal de las características que exige el tipo en cuestión. Ello aún, si entendieramos viables las exigencias formales pretendidas por Marcolini - no por la ley N°9996 - respecto del cumplimiento o no de los elementos que como tal debe reunir la designación de los Consejeros según la normativa vigente.-

En el caso particular del denunciante, no escapa al análisis de la presente denuncia considerar el "derrotero" encarado por Marcolini en diversas instancias administrativas y judiciales (recursos de revocatoria ante el CMER, acciones de amparos, habeas data, cautelar contencioso administrativa, etc.), habiendo agotado así las vías idóneas y adecuadas para formular sus diversos planteos, optando ahora por la vía penal que, sabido es, constituye la última ratio, que para su procedencia requiere de la concurrencia de una lesividad social cualificada que, en atención a los fundamentos expuestos, no se configura en el presente caso.

No debe perderse de vista que el CMER es un órgano colegiado, de rango constitucional, que funciona en base a un procedimiento reglado, que para el caso concreto de Marcolini ha resuelto la asignación de un puntaje total determinado en los concursos para los que se postulara, que evidentemente no ha sido el esperado por el denunciante. Ahora bien, tal disconformidad no lo habilita a personalizar en clave jurídico penal la conducta de dos de sus integrantes, Pedrero y Fumaneri, las que analizadas en el presente caso, no constituyen delito.

Para finalizar, podemos concluir que el correcto funcionamiento de las competencias públicas asignadas al Consejo de la Magistratura no se ha visto vulnerado en el presente caso, lo que en definitiva permite luego de analizado el mismo, considerar indemne el bien jurídico protegido por las normas penales que se pretendieron vulneradas.

En virtud de las consideraciones expuestas y por los fundamentos vertidos, entiendo que la presente denuncia formulada por el Sr. Juan José Marcolini debe ser desestimada, y el proceso debe cerrarse definitivamente.-

Por todo ello, y atento lo dispuesto en el art. 210 CPPER -Ley N° 9754 modificada por Ley N° 10317-,

DISPONGO:

1.- DESESTIMAR las presentes actuaciones por no existir delito.-

2.- REMITIR las presentes al Fiscal Coordinador para su revisión automática.-

Fiscalía, Paraná, 28 de septiembre de 2017.-