

“Recurso de queja n° 1 – Incidente n° 2 – Imputado: Q , Guillermo Nicolás s/Incidente de recurso extraordinario”.

FPA 32010037/2012/TO1/2/1/RH1.



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

S u p r e m a C o r t e:

–I–

La Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, por mayoría, resolvió hacer lugar al recurso interpuesto por la defensa de Guillermo Nicolás Q , anular la resolución del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Concepción del Uruguay (provincia de Entre Ríos), en cuanto había denegado la suspensión del juicio a prueba respecto del nombrado –con respaldo en la oposición fiscal fundada en el artículo 76 bis, párrafo séptimo, del Código Penal–, y remitir los autos a dicho tribunal para que adopte una nueva decisión de conformidad con la doctrina allí establecida (fs. 2/7).

Contra ese pronunciamiento, el representante del Ministerio Público Fiscal interpuso el recurso extraordinario (fs. 8/19 vta.), cuya denegación dio lugar a la presente queja (fs. 20 y 23/27 respectivamente).

–II–

Para decidir en el sentido que se cuestiona, la magistrada que encabezó la votación –quien con la adhesión de uno de sus colegas conformó la postura mayoritaria– sostuvo que, en el caso, no correspondía enmarcar la actividad desarrollada por el nombrado dentro de la definición de funcionario público en los términos del artículo 77 del Código Penal.

Así, remarcó que, al momento del hecho, Guillermo Nicolás Q se desempeñaba como cajero de la sucursal del Banco de la Nación Argentina de la ciudad de Concordia, provincia de Entre Ríos, tarea que, en su opinión, resulta similar a la que podría realizar en cualquier banco privado.

En ese sentido, consideró que sus responsabilidades y funciones

no pueden equipararse con las que tienen los miembros del Directorio o los gerentes de la entidad, que son quienes determinan las acciones económico-financieras que fija el Estado Nacional, de conformidad con lo establecido en los artículos 1, 9 y 15 de la ley 21.799.

Asimismo, tuvo especialmente en cuenta que a fs. 71, la entidad manifestó que “...no tuvo quebranto patrimonial debido a la devolución de la suma extraída indebidamente por Q y al convenio arribado entre el Banco de la Nación Argentina y Humberto P quien tampoco tuvo perjuicio económico...”, observando que dicha circunstancia fue referida por la defensa en la audiencia celebrada en los términos del artículo 293 del código procesal, sin que conste en dicho acto objeción alguna a ese respecto.

Por su parte, en orden a la oposición del Ministerio Público Fiscal, fundada en el incumplimiento de uno de los requisitos previstos en la norma, hizo hincapié —entre otras razones— que se trata de una cuestión que no resulta obligatoria para el tribunal, y que solo éste puede decidir con poder vinculante acerca de la legalidad de la petición.

—III—

En el escrito que contiene su apelación federal, el representante de la acusación pública alegó la arbitrariedad de lo resuelto sobre la base de que la interpretación efectuada por el *a quo* deja en letra muerta lo dispuesto en el artículo 76 bis, párrafo séptimo, del Código Penal, en cuanto expresamente prohíbe otorgarle el beneficio de la suspensión del juicio a prueba a funcionarios públicos.

Así, destacó que, en el particular, la fiscalía se opuso correctamente a la concesión por entender que el imputado —en su carácter de cajero del Banco Nación— revestía tal condición, a la vez que el delito de defraudación contra la administración pública fue cometido mientras prestaba funciones en dicha dependencia.

En respaldo de ese criterio, indicó que, de acuerdo a lo

FPA 32010037/2012/TO1/2/1/RH1.



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

establecido en los artículos 77 del Código Penal, 1° de la Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública (25.188) y 1° del Anexo de la Convención Americana contra la Corrupción (ley 24.759), a los efectos de la aplicación de la ley penal los conceptos de funcionario y empleado público se encuentran determinados por el ejercicio de funciones de ese carácter, circunstancia que constituye la clave para atribuir tal calidad al agente.

En ese sentido, añadió que el trato diferenciado establecido en el párrafo séptimo del artículo 76 bis luce razonable en su ponderación constitucional, en tanto la excepción que allí se contempla hace referencia a la naturaleza funcional del hecho investigado y no a la mera calidad que reviste quien lo comete, ni tampoco al mecanismo aplicado para su designación.

En tales condiciones, sostuvo que, en el caso, la Sala II equivoca su visión al afirmar que entre los dependientes de un banco estatal, solo los gerentes y miembros del Directorio serían funcionarios públicos por su responsabilidad en la toma de decisiones, considerando que, si bien no caben dudas de que quienes desempeñan cargos directivos tienen mayores responsabilidades ante su empleador que otros miembros, ello no significa que todo el personal que se halle por debajo de esos cargos no debe ser considerado funcionario, pues aunque de menor importancia, aquellos también toman decisiones que pueden afectar los intereses de la entidad pública.

–IV–

De conformidad con lo expresado por el magistrado recurrente, considero que el argumento sobre el que se sustenta la decisión apelada resulta arbitrario.

En efecto, aprecio que el voto que conformó la mayoría no expuso por qué la disposición del artículo 76 bis, párrafo séptimo, del Código Penal, en que basaron su oposición tanto la fiscalía como el tribunal oral, podría razonablemente ser objeto de una inteligencia distinta de la que surge naturalmente de su redacción.

A mi modo de ver, y tal como lo sostuve en anteriores oportunidades, la sola referencia a las pautas generales que regulan la suspensión del juicio a prueba no puede generar una autorización legal no escrita al *a quo* para realizar otra interpretación acerca de la norma que dispone de un modo directo –y sin efectuar diferenciación jerárquica alguna– la improcedencia de la suspensión del juicio a prueba respecto de funcionarios públicos que, como en el caso de autos, en el ejercicio de sus funciones hubiesen participado de un delito, como tampoco a descalificar la oposición fiscal basada justamente en aquella exclusión.

Si bien es cierto que el principio *pro homine* obliga a privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal (Fallos: 329:2265; 331:858, considerando 6º; sentencia de 13 de marzo de 2012 en los autos F. 259. XLVI, "F., A. L. s/medida autosatisfactiva", considerando 17), no quedan dudas que la exégesis de la norma no puede exceder los límites de la razonabilidad, y la elección de la interpretación más favorable debe darse siempre dentro de aquéllas que la ley admite, pues la lisa y llana supresión de su contenido dispositivo –sin declarar su invalidez constitucional– supone transgredir las atribuciones otorgadas a los jueces.

Al respecto, no puede soslayarse que V.E. ha expresado que “...la primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la voluntad del legislador (Fallos: 302:973) y la primera fuente para determinar esa voluntad es la letra de la ley (Fallos: 299:167) así como que las leyes deben interpretarse conforme el sentido propio de las palabras que emplean, sin molestar su significado específico (Fallos: 295:376), máxime cuando aquél concuerda con la acepción corriente en el entendimiento común y la técnica legal empleada en el ordenamiento corriente” (Fallos:295:376 y 308:1745).

FPA 32010037/2012/TO1/2/1/RH1.



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

En ese orden de ideas, debe tenerse en consideración que el artículo 1° de la ley 25.188 –de Ética en el Ejercicio de la Función Pública– delimita sus alcances, sin excepción, para “...*todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías, en forma permanente o transitoria, por elección popular, designación directa, por concurso o por cualquier otro medio legal, extendiéndose su aplicación a todos los magistrados, funcionarios y empleados del Estado*”, y define a la función pública como “...*toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos*” (el subrayado me pertenece).

En igual sentido, es de interés recordar que, en el marco de la sesión de la Honorable Cámara de Senadores de la Nación en la cual se debatió y *a posteriori* sancionó la ley 24.316, el senador Alasino dio cuenta de cuál era el espíritu perseguido por el legislador en este caso, en cuanto sostuvo que el instituto de la suspensión del juicio a prueba “...*no procederá cuando el partícipe 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*” (conf. Diario de Sesiones de la H. Cámara de Senadores de la Nación, Reunión 2°, página 384, Exposición del senador Augusto J. Alasino del 4 de mayo de 1994; énfasis agregado).

De lo expuesto se observa que, en orden a la imposibilidad de la concesión del beneficio a los agentes estatales, el legislador no efectuó distinción o clasificación alguna que refiera a su grado de participación o jerarquía dentro de la estructura administrativa –como tampoco respecto de su poder de decisión sobre los recursos públicos– sino que, por el contrario, su voluntad fue que la norma fuera extensiva a todo aquel que de algún modo tuviera injerencia en la administración, lo cual

se ve plasmado también en el artículo 77 del Código Penal, en cuanto define indistintamente al funcionario o empleado del Estado como “...a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas sea por elección popular o por el nombramiento de autoridad competente”.

Sobre esa base, opino que en la resolución puesta en crisis la mayoría del *a quo* sobrepasó la limitación expresamente prevista en el párrafo séptimo del artículo 76 bis, a través de la aplicación de una clasificación sobre los agentes estatales que la legislación no prevé, y que tal cuestión adquiere notoria gravedad institucional, en tanto V.E. tiene dicho que “...los jueces no deben decidir sobre la conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones, ni pronunciarse sobre la oportunidad o discreción en el ejercicio de aquéllas, ni imponer su criterio de eficacia económica o social al Congreso Nacional, en tanto el control de constitucionalidad no autoriza a la Corte a sustituir en su función a los otros poderes del gobierno” (Fallos: 336:1774).

Es oportuno recordar aquí, que la improcedencia de la *probation*, entre otros supuestos, ha sido determinada para los casos en los que “un funcionario, en ejercicio de sus funciones, hubiese participado en el delito”. Frente a esa clara previsión legal, el temperamento impugnado también desatiende los criterios de V.E. en cuanto a que la exégesis de la ley no puede llegar al extremo de exigir mayores requisitos que los que aquélla impone (Fallos: 321:2010, considerando 6º; 330:4476; 339:1514), a la vez que ha significado transgredir la regla *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus* (Fallos: 339:713 y sus citas).

A mi entender, una adecuada interpretación de las normas referidas lleva razonablemente a concluir que, en tanto el suceso que se le imputa a Guillermo Nicolás Q —el haber realizado veintidós extracciones de dinero irregulares de la caja de ahorro del señor Humberto P por una suma aproximada de \$160.000— fue perpetrado valiéndose inequívocamente para ello de su rol de cajero del Banco de la Nación Argentina, su actividad necesariamente debe ser enmarcada dentro



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

de la definición de funcionario público en los términos del artículo 77 y, por lo tanto, que el nombrado se encuentra excluido –como lo postuló el fiscal– de la posibilidad de acceder a la suspensión del juicio a prueba en el proceso que se le sigue.

De esta manera, estimo que la sentencia de la cámara, en cuanto argumenta que sólo los gerentes y miembros del Directorio pueden ser considerados funcionarios públicos, se sustenta en una inteligencia de la norma que la desnaturaliza y también en afirmaciones meramente dogmáticas, que no constituyen una derivación razonada del derecho vigente, a la vez que se apartan de las circunstancias del caso.

Por ello, considero que corresponde su descalificación como acto jurisdiccional válido con arreglo a la doctrina de la arbitrariedad.

–V–

Por otra parte, la resolución postula también que la oposición del Ministerio Público a la concesión de la suspensión del juicio a prueba, fundada en el incumplimiento de alguno de los requisitos previstos en la norma, no resulta obligatoria para el tribunal.

Sobre este punto, no es dudoso que el artículo 76 bis del Código Penal exige el consentimiento fiscal como requisito para la procedencia del beneficio que nos ocupa, extremo que, además, fue ratificado por el plenario n° 5 “Kosuta” del tribunal *a quo*, donde sostuvo que la oposición del fiscal es vinculante para el otorgamiento del beneficio. Tampoco lo es que la facultad de control sobre la razonabilidad del dictamen fiscal no autoriza a los magistrados a sustituir la voluntad del Ministerio Público sino, en el mejor de los casos, a declarar la nulidad del acto y reclamar una nueva opinión fiscal, pues tal es el único modo de conciliar la previsión legislativa con aquellas facultades de control jurisdiccional.

Sumado a lo hasta aquí expuesto, advierto que el voto que conforma la mayoría en la sentencia sólo contiene, al respecto, la transcripción de una afirmación formulada en una obra de doctrina (fs. 5/vta.), pero ningún argumento que explique las razones por las cuales el fiscal no podría oponerse a la suspensión del juicio a prueba cuando razonablemente considerara incumplido algún requisito legal para su procedencia, tal como ocurre en el caso de autos.

En ese orden y en mérito a la brevedad, doy aquí por reproducidas las consideraciones formuladas en el apartado II del dictamen emitido por esta Procuración General en Fallos: 336:392 en lo atinente al instituto de la suspensión del juicio a prueba, en su vinculación con las funciones del Ministerio Público Fiscal, sus facultades en materia de política criminal y el carácter de su dictamen.

Tal como se argumentó en esa ocasión, el artículo 76 bis del Código Penal prevé explícitamente su consentimiento como requisito ineludible para acceder al beneficio, pues además del cumplimiento de condiciones objetivas, requiere una valoración subjetiva que deberá hacer el agente fiscal sobre circunstancias distintas a aquellas condiciones previas que se dan por sentadas, y sin cuya aprobación no podrá, en ningún caso, concederse la suspensión del juicio.

Se agregó en ese sentido, que el Congreso no es el único poder ni organismo del Estado con facultades en materia de política criminal, y que en la disposición en examen los legisladores han efectuado una remisión a las que posee el Ministerio Público Fiscal, vinculadas con su función de promover y ejercer la acción pública en las causas criminales y correccionales.

En estas condiciones, advierto que la interpretación parcial de las disposiciones del artículo 76 bis del Código Penal realizada por el *a quo* importó pasar por alto extremos que, en definitiva, resultaban determinantes para una correcta solución de la cuestión bajo su examen, en mérito de la cual se arribó a una conclusión

“Recurso de queja n° 1 – Incidente n° 2 – Imputado: Q , Guillermo Nicolás s/Incidente de recurso extraordinario”.

FPA 32010037/2012/TO1/2/1/RH1.



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

que no luce ajustada a derecho que, como tal, amerita su descalificación en los términos planteados en el recurso.

–VI–

Por lo hasta aquí desarrollado y los demás fundamentos expuestos por el señor fiscal general, que doy por reproducidos en beneficio de la brevedad, mantengo la queja de fojas 23/27 y, por lo tanto, solicito a V.E. que declare procedente el recurso extraordinario, deje sin efecto la resolución impugnada y ordene el dictado de una nueva conforme a derecho.

Buenos Aires, 13 de noviembre de 2020.

Firmado digitalmente por: CASAL
Eduardo Ezequiel
Fecha y hora: 13.11.2020 18:04:38