



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 Fabián Omar S , anular la resolución de la Cámara Criminal y Correccional Federal –que había confirmado la de primera instancia en cuanto no había hecho lugar a la solicitud de suspensión del juicio a prueba en favor del nombrado– y devolver los autos para el dictado de un nuevo pronunciamiento. El representante del Ministerio Público en primera instancia se había opuesto al beneficio con sustento en el artículo 76 bis, séptimo párrafo, del Código Penal.

Contra ese pronunciamiento, el fiscal general ante el *a quo* interpuso el recurso extraordinario, cuya denegación dio lugar a la presente queja.

–II–

Para decidir en el sentido que se cuestiona, la magistrada que encabezó la votación, a cuyo voto adhirió uno de sus colegas, sostuvo que no correspondía enmarcar la actividad desarrollada por el nombrado –depositario judicial– dentro de la definición de funcionario público en los términos del artículo 77 del Código Penal y que, en consecuencia, era improcedente considerarlo alcanzado por la exclusión del artículo 76 bis.

Asimismo, 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– en que su dictamen no resulta vinculante para el tribunal y que solo éste puede decidir 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.

Destacó que, en el caso, la fiscalía se opuso correctamente a la concesión por entender que el imputado –en su carácter de depositario judicial– revestía tal condición, a la vez que el delito previsto en el artículo 263 del Código Penal fue cometido mientras prestaba funciones en dicha calidad.

En respaldo de ese criterio, indicó que, de acuerdo a lo 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, y que el depositario judicial reúne los



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

requisitos allí establecidos puesto que, en tanto –como auxiliar externo del tribunal– cumple temporariamente una función pública de guardar, custodia y conserva aquellos bienes sujetos a una medida cautelar en un proceso judicial y es designado como tal por el juez.

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.

A resultas de ello, sostuvo que la Sala II del tribunal *a quo* soslayó que el concepto del funcionario público previsto en el artículo 77 del Código Penal comprende el supuesto en que una persona “participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente”.

Asimismo, recordó que el nombrado S se encuentra requerido a juicio en orden al delito de peculado de bienes equiparados a públicos y que, precisamente, el artículo 263 equipara la condición de sujeto activo del artículo 261 de ese mismo ordenamiento a “los administradores y depositarios de caudales embargados, secuestrados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares”, de lo que se concluye que la Sala se excedió del límite de posibilidades interpretativas de la ley y propuso una exégesis irrazonable de la norma aplicada.

Sobre esa base, concluyó que la decisión impugnada lesiona el principio de legalidad, cuyo resguardo paradójicamente

pretende sustentar, pues prescinde de lo normado en los artículos 263 y 76 bis, séptimo párrafo, del Código Penal.

–IV–

De conformidad con lo expresado por el magistrado recurrente, considero que lo resuelto se sustenta exclusivamente en la mera voluntad de los magistrados y, por lo tanto, no resulta derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias comprobadas en la causa.

En efecto, aprecio que el voto que conformó la mayoría no expuso porqué la citada cláusula del artículo 76 bis del Código Penal, en la que se basó la oposición de la fiscalía y la decisión del juez federal que había sido confirmada en segunda instancia, admitiría razonablemente una inteligencia distinta de la que surge de su consideración literal.

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 y 331:858, entre otros), 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 aquellas 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



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

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 los jueces no deben sustituir al legislador sino aplicar la norma tal como éste la concibió (Fallos: 300:700); las leyes deben interpretarse conforme al 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 jurídico vigente (Fallos: 295:376)” (Fallos: 308:1745, considerando 5°, entre otros).

En relación con el elemento en examen, cabe señalar 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”.

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 luego se 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 2º, página 384, Exposición del senador Augusto J. Alasino del 4 de mayo de 1994).

Por su parte, la doctrina ha establecido que “desde el punto de vista amplio, funcionario público y empleado público es toda persona que realice o contribuya a que se lleven a cabo funciones esenciales y específicas del Estado, es decir, fines públicos propios del mismo” (Marienhoff, Miguel S. – Tratado de Derecho Administrativo, Ed. Abeledo Perrot, 3a. edición actualizada, Tomo III-B, págs. 14/15).

En orden a la conducta atribuida en el *sub examine*, es oportuno recordar que el artículo 184, inciso 2, del Código Procesal Penal de la Nación pone a cargo de los funcionarios policiales “cuidar que los rastros materiales que hubiera dejado el delito sean conservados y que el estado de las cosas no se modifique hasta que lo disponga la autoridad competente”, precepto que es completado con los artículos 231 y 233 de ese cuerpo normativo.

El primero de ellos establece que “... el juez podrá disponer el secuestro de las cosas relacionadas con el delito, las sujetas a decomiso o aquellas que puedan servir como medios de



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

prueba...”. Por su lado, el artículo 233 dispone que “los efectos secuestrados serán inventariados y puestos, bajo segura custodia, a disposición del tribunal. En caso necesario podrá disponerse su depósito...”.

De lo expuesto puede concluirse que la conservación de los bienes objeto de embargo o decomiso, luego de la intervención judicial en el proceso, constituye un deber del magistrado interviniente, que recurre para su cumplimiento a auxiliares del tribunal, en el caso, los depositarios judiciales.

Así, el depositario judicial no es sino un representante del juez que cumplimenta su mandato, encuadrando por ello en el concepto de una persona que lleva a cabo funciones esenciales y específicas del Estado, como lo son las atribuidas a la jurisdicción.

A igual conclusión debe arribarse si se estima que la actividad del depositario judicial importa una función administrativa accesoria del deber de conservación atribuido a los jueces, pues en tal caso ello lo sitúa entre las personas que realizan o contribuyen a que se realicen funciones esenciales y específicas propias de la Administración Pública, considerada ésta en sentido substancial, material u objetiva, es decir, prescindiendo del criterio subjetivo que identifica a la jurisdicción con el Poder Judicial, a la actividad legislativa con el Poder Legislativo y a la actividad administrativa con la Administración Pública (conf. Gordillo, Agustín – Tratado de Derecho Administrativo, Ed. Fundación de Derecho Administrativo, 2a. edición, 2013, Tomo 8, cap. II, apartado 4, pág. 90).

De lo expuesto se concluye que, en orden a la imposibilidad de la concesión de la suspensión del juicio a prueba a los funcionarios públicos, 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 función pública, lo cual se ve plasmado también en el artículo 77 del Código Penal, en cuanto define por funcionario público y empleado público “...a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas sea por elección popular o por el nombramiento de autoridad competente”. Tal es la interpretación que esta Procuración General ha sostenido de manera estable (conf. dictamen del 25 de septiembre de 2013 en los autos S. C., D. 666, L. XLVII, “D , Martín Ezequiel s/ causa n° 15.063”; del 8 de agosto de 2017 en los autos FCT. 33018563/2005/TO1/1/RH1, “L , Norma Beatriz y otros s/ falsificación de documentos públicos”; del 6 de agosto de 2021 en el expediente CFP 8145/2003/TO2/52/1/RH3, “Recurso de Queja n° 1 - Legajo n° 52 - Imputado: T , Jorge y otros s/ legajo de casación”, y del 10 de mayo de 2022 en los autos FCB 58006/2015/8/1/1/RH3, “Recurso de queja n° 1 – Incidente n° 1 – Imputado: R , Eduardo Daniel s/ incidente de recurso extraordinario”, entre otros).

Sobre esa base, opino que en la resolución impugnada la mayoría del *a quo* sobrepasó la limitación expresamente prevista en el párrafo séptimo del artículo 76 bis del Código Penal, a



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

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).

Frente a la clara previsión legal en estudio, 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 6°; 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, dada la condición de depositario judicial, la conducta que se le ha imputado a Fabián Omar S –haber autorizado la compraventa del bien que tenía bajo custodia en aquel carácter (arts. 45, 263 y 261 del Código Penal)– veda a su respecto, como lo postula el fiscal recurrente, la posibilidad de acceder a la suspensión del juicio a prueba en el proceso que se le sigue. Estimo pertinente destacar al respecto, que en los antecedentes del caso que se han reseñado en la apelación federal

consta que el nombrado “solicitó ser tenido como depositario judicial del vehículo” que, oportunamente, había sido afectado a un proceso ante la justicia en lo penal económico.

De esta manera, estimo que la sentencia de la cámara, en cuanto sostiene que no corresponde enmarcar la función cumplida por el acusado dentro de la definición de funcionario público, 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 impugnada también afirma 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 del fiscal como requisito para la procedencia del beneficio allí previsto, extremo que, además, fue ratificado por el plenario n° 5 “Kosuta” del propio tribunal *a quo*, donde sostuvo que la oposición del fiscal es vinculante para su otorgamiento. Tampoco puede dudarse con respecto a que la facultad



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

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 apelada sólo contiene, en cuanto a esta cuestión, la transcripción de una afirmación formulada en una obra de doctrina, 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 ha ocurrido en el caso de autos.

Tampoco puede soslayarse en este análisis, que el artículo 120 de la Constitución Nacional establece que este Ministerio Público "... tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad en coordinación con las demás autoridades de la República".

En ese orden y en beneficio de la brevedad, doy aquí por reproducido lo considerado por esta Procuración General al dictaminar *in re* "Góngora" (Fallos: 336:392) en lo atinente al instituto de la suspensión del juicio a prueba, en especial su vinculación con las funciones del Ministerio Público Fiscal, sus facultades en materia de política criminal y el carácter de su dictamen (apartado II).

En estas condiciones, advierto que la interpretación del artículo 76 bis del Código Penal realizada por el *a quo* ha importado 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 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, mantengo la queja.

Buenos Aires, 30 de septiembre de 2025.