

**"GARCIA DANIELA M. Y OTRA S / ESTAFA Y
PARTICIP. NEC. EN ESTAFA S/ RECURSO DE CASACIÓN"**

Excmo. Tribunal:

Cecilia A. Goyeneche, Fiscal Adjunta interina, a los efectos de contestar la vista que me fuera corrida en los autos de la referencia, ante V.E. me presento y digo:

I.- La imputada Daniela María García, con el patrocinio letrado de sus defensores, los Dres. Marciano Martínez y Oscar J. Firpo, deduce recurso de Casación contra la sentencia de fs. 295 y vta. dictada por la Sala Primera en lo Penal de la Cámara de Apelaciones de Concepción del Uruguay, que confirmó el auto de fs. 263/266 a través del cual el Juez de Instrucción de la ciudad de Victoria, Dr. José Alejandro Calleja, rechazó la solicitud de Suspensión del Juicio a prueba realizada por la encartada, fundado en la condición de funcionaria pública de la misma, la que según analiza surge de su condición de Escribana Pública.-

En clave Casatoria plantean la errónea aplicación de la ley sustantiva, señalando que la

delegación de atribuciones que el Estado realiza en cabeza de los Escribanos no los convierte en funcionarios públicos. Destaca asimismo, que la interpretación que propone el Magistrado, violenta las reglas del Derecho Penal y su carácter de última ratio.-

II.- Sin dejar de destacar que se trata de una cuestión que ha generado tomas de posturas diversas, y salvando la razonabilidad de los argumentos que se han propuesto en los autos recurridos y en el originario dictamen fiscal de fs. 261/262, entendemos, en el caso, que la razón se encuentra del lado de los recurrentes.-

A.- Conforme ha quedado planteada la cuestión la temática a analizar se circunscribe a determinar si los escribanos públicos revisten o no el carácter de "funcionario público" (art. 77 CP), a fin de establecer si se encuentran comprendidos por las restricciones formales establecidas por el instituto traído a estudio (art. 76 bis séptimo párrafo CP).

Al respecto, y aunque tratando una materia diversa, el Sr. Procurador General de la Provincia de Entre Ríos, destacó al dictaminar en los autos "FRANCHI CARLOS A. S/ AC. DE INCONST. A/ APELAC. DE SENT. S/ RECURSO DE INAPLICABILIDAD DE LEY" (22/09/2011), que si bien el escribano, *"es un profesional liberal que no integra la Administración*

pública, realiza una función pública en virtud de una delegación estatal". Sin embargo, el cumplimiento de tal función, no lo convierte en "funcionario público".

Al respecto, es conocida la jurisprudencia sentada por Máximo Tribunal Nacional al considerar la responsabilidad del Estado Provincial por actos de un Escribano, en el precedente "Vadell, Jorge Fernando c/ Provincia de Buenos Aires" (Fallos 306:2030), en el que -con los fundamentos que a continuación transcribiré- se excluyó al Escribano de aquella categoría:

"8°) Que la cuestión suscitada conduce a la necesidad de indagar si la actividad de escribano de registro constituye una modalidad dentro de la categoría de los funcionario públicos, con las consecuencias legales que de ello derivan y que son las que cabe considerar o, por el contrario, bien que dotada del atributo de la fe pública y sometida a una particular relación con el Estado que se manifiesta a través del acto de la investidura, el control y las facultades disciplinarias, pero que no participa *stricto sensu* de aquel carácter.

9°) Que dificultan la solución del tema algunas disposiciones del Código Civil, como los arts. 979, incs. 11 y 2°, 997 y 1004 que contienen menciones no suficientemente explícitas acerca de quienes denomina escribanos o funcionarios públicos, y también la referencia que hace el codificador en su notal al art. 1112, en la cual ubica a aquéllos en esta última clasificación. No debe perderse de vista, por otra parte, que el art. 10 de la ley 12.990 ha reconocido formalmente ese carácter siguiendo sus antecedentes, las leyes 1144 y 1893.-

10) Que, no obstante, la sujeción literal a la norma no basta para explicar la condición en examen, por lo que

resulta necesaria una exégesis sistemática del estatuto jurídico del notariado. En ese sentido, si bien no cabe duda de que como fedatario cumple una función pública por la investidura con la que el Estado lo somete a su superintendencia (arts. 17, 35 y sigs. de la ley 12990), es evidente que **no se presentan las notas características de la relación de empleo público que permitan responsabilizarlo por las consecuencias de su desempeño.** En efecto, no existe dependencia orgánica respecto de los poderes estatales cuyas plantas funcionales no integra, no está sometido al régimen de subordinación jerárquica que le es propio ni se dan a su respecto otras características de un vínculo permanente con la administración como puede serlo, en su medida, la remuneración.

11) Que en tales condiciones, se lo puede definir como un profesional del derecho afectado a una actividad privada, pero con atributos que en parte lo equiparan a la gestión pública, cuyos actos, vinculados al comercio jurídico privado, dan fe de estas relaciones privadas y no expresan la voluntad del Estado como éste normalmente la exterioriza a través de sus órganos.

12) Que la referencia contenida en la nota al art. 1112 del Código Civil que incorpora entre los agentes públicos a "los escribanos, procuradores y todos los empleados en la administración del Estado" no altera lo expuesto toda vez que no cabe afirmar que contenga una inequívoca mención a los escribanos de registro. Contribuye a esta convicción la circunstancia de que al sancionarse el Código Civil, no existía la separación entre la fe pública notarial y la judicial, que sólo se opera con la vigencia de las leyes 1144 y 1893, que siguen la orientación innovadora de la ley orgánica del notariado español de 1862. De tal manera, la expresión -ubicada en su preciso contexto temporal- no es suficientemente indicativa si se toma en cuenta que, aun en aquellas normas, los escribanos de registro tenían su regulación junto a los escribanos secretarios -éstos sí incuestionablemente funcionarios estatales- en el marco de las leyes destinadas a ordenar la organización de los tribunales bajo la genérica definición de escribanos

públicos (ley 1893, título XII, título XII, caps. I, II y III).

13) Que por otra parte y aun de admitir que la función fedataria sea la más trascendente de las que realiza el notario, no puede ignorarse que concurre con otras que no ostentan ese carácter y que son propias de su condición de profesional independiente. Parece absurdo, entonces, que semejante dualidad se presente en quien se pretende definir como funcionario público, como igualmente inaceptable que, necesariamente sometido como tal a una típica subordinación disciplinaria, esta facultad del Estado pueda coexistir con el ejercicio de una superintendencia a cargo de organismos corporativos como los que contempla la ley 12.990 (arts. 43 y sigtes.)" (los resaltados no están en el original).

Trasladando el análisis al ámbito específicamente penal, habrá de ser una interpretación teleológica de las normas en juego, la que nos acerque a la solución correcta, para sostener que al menos en el marco interpretativo de esa norma (art. 76 bis CP), no es posible equiparar el escribano a un funcionario público.

En este sentido, es útil traer a colación cuanto se discutió en el debate parlamentario de la ley 24.316. Se sostuvo en aquella instancia, 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"* (Diario de sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación del 4/5/1994, reunión 2º, pg. 384, en:

<http://www1.diputados.gov.ar/dependencias/dip/adebates.htm>).

-

De ello se desprende que el legislador al excluir a los funcionarios públicos de la posibilidad de acceder a la suspensión del juicio a prueba, tenía en miras asegurar que quienes forman parte de los poderes del Estado y como tales, *tengan a su cargo la administración de recursos comunes*, estén en condiciones de dar cuenta en juicio ante la sociedad de los actos ilícitos por los que pudieran verse sometidos a proceso.

Tal fundamento no resulta aplicable a de los escribanos, quienes si bien realizan una función pública, no participan de aquella característica. En rigor, la actividad del notario, más allá de sus funciones fedatarias, es una profesión que sólo encuentra una necesaria habilitación por parte del Estado, pero que en modo alguno es comparable al nombramiento o relación jerárquica dentro de una estructura estatal, ni -como es obvio- tienen vinculación con la administración de recursos públicos.-

Sobre esta base, es que tampoco se ha considerado aplicable a los escribanos públicos la disposición general del art. 298 del C.P. que impone una pena accesoria de inhabilitación absoluta a los delitos previstos en ese capítulo, cuando fuesen cometido por

un funcionario público en abuso de sus funciones (así la jurisprudencia de V.E. en "MARTINEZ, Walter L. -GODOY, Ma. Angélica -GALLI, Miguel L.- Falsedad ideológica de Instrum Públ. desinado a acreditar la ident. de las peronas y ots. - RECURSO DE CASACION").

Al respecto, la doctrina penal avala esta tesitura, afirmando que "...los escribanos públicos cumplen una función del Estado (precisamente la que atañe al otorgamiento de la fe pública), participando en ella; ¿cabe, por tanto, incluirlos en el art. 298? La respuesta que podemos extraer de la interpretación sistemática de la norma -especialmente en cuanto remitida al párr. 4º del art. 77- parece que debe ser negativa: se requeriría en el partícipe de la función pública una relación administrativa que, en el desempeño funcional, lo haga encuadrarse dentro de la estructura jerárquica de los poderes del Estado; así surge especialmente del art. 77 por su referencia a las hipótesis de nombramiento o elección popular con que comienza dicha relación; eso no se da en el escribano público que, si bien participa de una función estatal, lo hace como profesional que administrativamente el Estado se limita a habilitar (no a nombrar) y a controlar, pero que no está incorporado a la estructura de la Administración..." (Creus-Buompadre "Falsificación de documentos en general", 2004, Astrea, pg. 236).

De la misma manera, se ha descartado la aplicación del factor suspensivo del cómputo de la

prescripción previsto en el art. 67 2° párrafo del C.P. conforme lo resuelto por esa Excma. Sala N° 1, en el precedente "BUENO, Francis R. - PICOTTI, Alfredo A. - VILLAGRA, Celia B. - Falsedad ideológica de instrumento público - RECURSO DE CASACION" del 28/03/2005.-

Vemos entonces, que el ejercicio de una función de relevancia institucional (como tal "pública") como lo es la de ser fedatarios, no convierte por sí al portador de tal función en el *funcionario* al que se pretende excluir del beneficio de la "*diversion*" conforme se prevé en el penúltimo párrafo del art. 76 bis.-

La finalidad político-criminal de tal norma es plenamente ajena a los supuestos como el de autos, pese al mal uso -abuso- de la función fedataria que se habría producido.-

B. Tal como lo ha destacado el Sr. Procurador General de la Provincia, la evolución de la dogmática penal actual con la apertura a las comprobaciones de la Criminología y a la Política Criminal, consolidó la incorporación de las llamadas alternativas o sustitutivos a la pena privativa de libertad, uno de cuyos frutos ha sido la institución de la Suspensión del Juicio a Prueba por ley 24316. "*Se reafirma entonces su naturaleza de Instrumento Procesal que detiene el ejercicio de la Acción penal, es decir un mecanismo de PRESCINDENCIA DE LA PERSECUCION fundado en razones político-criminales de OPORTUNIDAD, que*

juega en las mismas situaciones previstas para la condenación condicional, y donde sin admisión de Culpabilidad -de allí su diferencia con la "Probation"-, se adosan criterios compositivos de Reparación a la víctima y de cumplimiento de reglas. En otros términos una exteriorización del esfuerzo del sospechado por demostrar su voluntad de reparar, de que la normatividad que se dice infringida, es la que continúa rigiendo la comunicación personal: una expresión de Prevención general integradora, como afianzamiento de vigencia del derecho, al decir de Roxin (confr. AT, I, pág. 108).-

En este sentido, si bien es cierto que la función ejercida por lo Escribanos los colocará en una particular posición frente al cumplimiento de la ley penal cuando de el ejercicio de tal función se trate *-deberes positivos-*, aquel modo de observar la cuestión, orientado a las necesidades preventivas, deja librada la posibilidad de obtener el beneficio de la suspensión del juicio a prueba, a la merituación de las particularidades del caso en que haya intervenido un Escribano público (en definitiva: gravedad del ilícito y necesidades preventivas).-

C.- Sentado ello, no puedo soslayar que el dictamen fiscal de fs. 261/262 ha fundamentado también la negativa a la concesión del beneficio en "razones de prevención general y especial", haciendo hincapié en la importancia de la profesión que desarrolla la imputada *"en virtud del rol preponderante que el Estado le ha asignado... y la necesidad de preservar*

la confianza de la comunidad en las personas que tienen a su cargo esta actividad".-

Ciertamente, los Escribanos ejercen un "rol preponderante" asignado por el Estado que indicaría la simultánea infracción de deberes positivos y negativos (significando con ello una mayor **gravedad de injusto** en su dimensión cualitativa, por la correlativa infracción de deberes especiales), y, por otra parte, tal posición da cuenta de un contenido simbólico, que podría justificar la **necesidad de pena**.

El traslado de tales juicios a la exclusión del beneficio de la suspensión del juicio a prueba surgirá no por el mero ejercicio de la profesión del Escribano (ya que ello equivale a excluirlos del beneficio simplemente por ser funcionarios públicos), sino que se vinculará con la *valoración concreta* de la gravedad y trascendencia social del injusto que se atribuya, vinculado ello con el ya referido componente reparatorio del instituto (prevención general integradora).-

En este sentido, el dictamen fiscal de fs. 261/262 ha meritado no satisfechos aquel componente reparatorio, lo que -sin dudas-, podría ser objeto de una nueva valoración en el caso de que al oferta reparatoria de la imputada se adecue a criterios que permitan calificarla como la *exteriorización de un esfuerzo serio por demostrar su voluntad de reparar*, y con ello, de que la *normatividad que se dice infringida*, es la que continúa rigiendo la *comunicación personal*.-

III.- Opino, conforme a los fundamentos antes desarrollados, que la sentencia recurrida ha incurrido en un vicio *por errónea aplicación de la ley sustantiva* que deberá motivar la revocación del fallo y la remisión de las actuaciones para que, luego de realizada la correspondiente audiencia -en la que se podrá requerir a la interesada el mejoramiento de su oferta reparatoria-, se dicte nuevo fallo adecuado a derecho.-

PROCURACIÓN GENERAL, 19 de noviembre de 2012.