

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 24018/2012/TO1/CNC1

Reg n° 816/2015

En la ciudad de Buenos Aires, a los 22 días del mes de diciembre del año dos mil quince, se reúne la Sala 1 de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, integrada por los jueces Gustavo A. Bruzzone, María Laura Garrigós de Rébora y Horacio L. Días, asistidos por el secretario actuante, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 401/411, por la defensa de Guillermo Alberto Bianchi Rochaix; en la presente causa n° 24.018/12, caratulada “**Cándida Rosa Martínez y otro s/defraudación...**”, de la que **RESULTA:**

I. Con fecha 2 de julio de 2015, el Tribunal Oral en lo Criminal n° 15 de esta ciudad resolvió, en lo que aquí interesa: “**NO HACER LUGAR A LA SUSPENSIÓN DEL PROCESO A PRUEBA solicitado por el procesado GUILLERMO ALBERTO BIANCHI ROCHAIX...**” (fs. 390/397 vta.).

II. Contra esa sentencia interpuso recurso de casación el Dr. Eamon Gabriel Mullen, abogado defensor de confianza del imputado Bianchi Rochaix.

El recurrente canalizó sus agravios por la vía de ambos incisos del art. 456, CPPN, alegando en primer término una errónea interpretación del art. 76 *bis*, C.P. y, por otro lado, la arbitrariedad en la fundamentación del fallo (arts. 123 y 404, inc. 2°, CPPN).

Comenzó señalando que ha mediado una inobservancia de las disposiciones contenidas en el art. 76 *bis*, CP, en tanto el *a quo* basó su decisión exclusivamente en el dictamen de la fiscalía, apelando a una fórmula meramente dogmática y utilizando sólo uno de los argumentos esbozados por el órgano acusador en la oportunidad prevista por el art. 293, CPPN.

Al respecto, remarcó que uno de los motivos de la oposición se funda en la instrucción general que emana de la Resolución n° 97/09 de la PGN, pero que la fiscalía no explicó de qué manera, en caso de realizarse el juicio oral y público únicamente con la restante co-imputada, la acusación quedaría “debilitada”.

Sostuvo que las afirmaciones de la representante del Ministerio Público fiscal durante aquél acto, poco dicen acerca de la pertinencia y viabilidad de llevar adelante el debate, y que ello torna infundado el dictamen en los términos del art. 69, CPPN.

Por otra parte, señaló que no es posible sustentar el rechazo de la *probation* en base a una resolución de la Procuración General de la Nación, pues se estaría denegando un derecho acordado en el Código Penal con fundamento en un instrumento que no posee sustento legal. Citó jurisprudencia de esta Cámara en apoyo de su postura.

En otro orden, destacó que se ha omitido tratar el concepto normativo de funcionario público, que la fiscalía utilizó como otro argumento para rechazar el instituto reclamado. Consideró en este aspecto que los escribanos no se ven alcanzados por esa cualidad, citando jurisprudencia diversa que apunta en la misma dirección.

En definitiva, entendió que ni la Fiscal de juicio, ni el Tribunal Oral interviniente, analizaron debidamente las razones en las que la ley sustenta la suspensión del procedimiento a prueba, configurándose de este modo un vicio *in iudicando*.

En forma adicional, argumentó que la resolución recurrida contiene un evidente defecto de fundamentación, en tanto se le otorgó carácter vinculante a un dictamen fiscal que se basa en una resolución de la P.G.N. sin base legal, y en una errónea interpretación del art. 77, CP, conformándose así un vicio *in procedendo*.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 24018/2012/TO1/CNC1

En virtud de estas consideraciones, solicitó que se case la decisión en estudio y se conceda la suspensión del juicio a prueba a su asistido.

III. El 24 de noviembre de 2015, se celebró la audiencia prevista por el art. 454 en función del 465 *bis*, CPPN, a la que compareció el recurrente a expresar agravios.

En líneas generales, reprodujo los planteos expuestos en el escrito de interposición del recurso, y formuló su petición en iguales términos.

IV. Finalizada la audiencia el tribunal pasó a deliberar, en uso de la facultad que le otorga el art. 455 último párrafo, CPPN, de todo lo cual se dejó constancia en el expediente. Efectuada la deliberación y conforme lo allí decidido, se resolvió del siguiente modo.

CONSIDERANDO:

El juez **Gustavo A. Bruzzone** dijo:

1.- Al resolver en los autos “**Gómez Vera**”¹ expuse el marco teórico y normativo en el cual, a mi criterio, se desenvuelve la suspensión del juicio a prueba. A sus fundamentos me remito.

En lo sustancial, sostuve en aquella ocasión que la posición de la fiscalía frente al caso es determinante de la procedencia del instituto, pero que, al mismo tiempo, control negativo de legalidad mediante, no puede ligar al órgano jurisdiccional una opinión fiscal que no sea derivación de los hechos de la causa o del derecho de aplicación al caso, convirtiéndola en arbitraria, irrazonable o infundada.

En ese orden, consideré que “un parámetro para poder evaluar la razonabilidad de la opinión del fiscal, viene dado por la posición político criminal que su conducción ha tomado sobre el tema. En ese sentido, la posición institucional del MP fiscal puede ser seguida, en el desarrollo de las instrucciones generales que, desde 1997, viene dictando la PGN”.

2.- En este caso, los argumentos por los cuales la fiscalía se opuso a la concesión de la *probation* pueden sintetizarse en: a) la calidad de funcionario público que revisten los escribanos, que opera como un

¹ Cfr., causa n° 26065/2014, caratulada “Gómez Vera, Pedro Iván”, Sala 2, resuelta el 10.04.15, reg. n° 12/2015.

obstáculo legal para la procedencia del instituto de acuerdo a lo establecido en el séptimo párrafo del art. 76 *bis*, C.P.; b) el debilitamiento de la acción penal que su otorgamiento representaría frente a un eventual debate oral y público a celebrarse con uno sólo de los imputados, conforme los lineamientos que emanan de la resolución P.G.N. n°97/09.

El tribunal de la instancia, por su parte, consideró que *“la Sra. Fiscal ha expuesto acabadamente, y en forma por demás clara, su voluntad de avanzar en el proceso realizándose la correspondiente audiencia de debate oral y público respecto de ambos imputados so riesgo de cercenar la actividad probatoria para ejercer su rol”*, y que *“en el orden de ideas trazado suspender el proceso a prueba con la posición razonable y lógica del titular de la acción significaría desoír la función propia del Ministerio Público Fiscal”*. En virtud de ello, concluyó que *“toda vez que la posición fiscal aparece fundada, los extremos invocados hasta el momento permiten de por sí pronunciarme por el rechazo de la suspensión del juicio a prueba, en cualquiera de sus formas y condiciones...”*.

3.- De lo expuesto en los párrafos precedentes surge que el control de razonabilidad y fundamentación de la posición fiscal ha sido, en el caso, meramente aparente, pues más allá de la afirmación de que se encuentra fundada, ningún análisis se ha efectuado de los argumentos volcados por la representante del órgano acusador en la oportunidad prevista por el art. 293, CPPN.

En efecto, el tribunal consideró plausible la posición de la fiscalía en lo que respecta a un eventual debilitamiento de la acusación para el caso de que se llevase adelante el debate oral y público solamente con la restante co-imputada. Sin embargo, la sola invocación de una instrucción general en referencia al tema no basta para oponerse al pedido de la defensa, sino que en todo caso la fiscalía debió explicar de qué manera se produciría ese debilitamiento de la acusación, identificando los impedimentos concretos que la suspensión del proceso respecto de Bianchi Rochaix podría haber traído aparejados a la hora de discutir la responsabilidad que pudo caberle a la co-imputada en una audiencia de debate. Debió aclarar, en definitiva, como se aplicaban los lineamientos de la instrucción general invocada al caso concreto.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 24018/2012/TO1/CNC1

Ninguna mención se ha hecho al respecto en la opinión fiscal, ni consecuentemente en la resolución en estudio, configurándose de esta manera un primer supuesto de arbitrariedad por falta de fundamentación.

Por otro lado, en relación al primer motivo invocado por la fiscalía, identificado en párrafos anteriores como “a”, el voto que lidera el acuerdo en la resolución recurrida, al cual adhirieron los restantes colegas, ha sostenido que *“resulta sobreabundante avanzar sobre la admisibilidad de la suspensión en cuestión a partir de establecer si el imputado reviste la condición de funcionario público dado su carácter de escribano público”*.

Descartado el argumento referido a un eventual debilitamiento de la acusación, por infundado, corresponde ingresar en el análisis de esta segunda cuestión, a efectos de determinar si el dictamen fiscal ofrece alguna otra razón atendible que justifique la realización del debate oral y público respecto del imputado. Para ello, se torna necesario dilucidar el interrogante planteado en torno a si la labor desarrollada por un escribano permite considerarlo un funcionario público en los términos en que lo define el art. 77, CP.

Me inclino a concluir por la negativa. Si bien las “funciones públicas” a las que hace referencia la norma en cuestión constituyen un concepto que, por su amplitud, ha dado lugar a interpretaciones jurisprudenciales diversas, lo cierto es que el art. 77, CP no define al funcionario público únicamente por su participación accidental o permanente en ellas, sino que además requiere determinados mecanismos de designación -elección popular o nombramiento de autoridad competente- que no se presentan para el caso de los escribanos, quienes son habilitados para ejercer profesionalmente por el órgano colegiado ante el cual se encuentran matriculados.

En esta misma línea, conviene efectuar un repaso de las disposiciones de la Ley de Ética de la Función Pública (ley n° 25.188), pues a ella suele recurrirse en la búsqueda de una definición certera de aquél controvertido concepto que permita dilucidar, en consecuencia, quienes son los agentes que la llevan a cabo.

Dice en su art. 1: “La presente ley de ética en el ejercicio de la función pública establece un conjunto de deberes, prohibiciones e incompatibilidades aplicables, sin excepción, a 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. Se entiende por función pública, 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”.

La mención a “cualquiera de los niveles y jerarquías” que se reitera en los dos párrafos de la norma aludida, reconoce implícitamente que el sujeto que lleva a cabo la función pública debe hallarse inserto dentro de la estructura orgánica de la Administración, bajo la forma de una relación laboral estable con alguno de los órganos o dependencias que la integran, ello tanto en el plano nacional, provincial o municipal. No es ese el caso de los escribanos públicos, quienes sin perjuicio de cumplir ciertas funciones por concesión del Estado, como la de dar fe de los actos jurídicos que se llevan a cabo ante su registro, no dejan de desempeñar, en definitiva, una actividad privada que se excita únicamente a requerimiento de los particulares.

A mayor abundamiento, la CSJN en su última composición ha sostenido, con remisión al dictamen del Procurador, que el escribano público “es un profesional del derecho afectado a una actividad privada, con atributos que en parte lo equiparan a la gestión pública [...] pero no expresan la voluntad del Estado como éste normalmente la exterioriza a través de sus órganos. Esto es, no se presentan las notas características de la relación de empleo público [...] ya que 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” (Fallos 306:2030; y B. 488 XL “**Badaro**”, rta. 10/05/2005).

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 24018/2012/TO1/CNCI

Bajo estas consideraciones, entiendo que la posición de la fiscalía en este aspecto particular no constituye una derivación razonada del derecho vigente aplicado a las circunstancias probadas de la causa, dado que se sustenta en una interpretación extensiva e *in malam partem* del art. 77 del Código Penal, cuya definición de funcionario público no alcanza a los escribanos públicos y, en consecuencia, no rige para este caso la prohibición contenida en el séptimo párrafo del art. 76 *bis*, CP.

Por lo expuesto, propongo al acuerdo hacer lugar al recurso de la defensa, sin costas, anular la decisión de fs. 390/397 vta. y conceder la suspensión de juicio a prueba solicitada por Bianchi Rochaix, debiendo el tribunal *a quo* fijar el plazo de prueba y las pautas a las cuales deberá sujetarse el imputado.

Así voto.

El juez **Horacio L. Días** dijo:

En el marco de la causa “Otero, María Fernanda”² de la Sala III del tribunal, con los jueces Pablo Jantus y María Laura Garrigós de Rébori, me pronuncié en similar sentido al expuesto por el Dr. Bruzzone, respecto a lo concerniente al concepto de funcionario público.

En efecto, si bien acuerdo con mi colega, por sus mismas razones, en que un escribano jamás puede ser concebido como un funcionario público, soy de la opinión que recurrir al derecho administrativo para conceptualizarlo, diferenciando al empleado, no es la mejor solución. Particularmente, sigo en esto a Edgardo A. Donna (Derecho Penal, Parte Especial, Rubinzal, to. III, p. 27), en cuanto lo caracteriza como aquel quien: 1) Está adscripto a la Administración Pública; 2) Tiene una relación de profesionalidad, en el sentido que cubre un hueco dentro de la administración. Esto es que no colabora desde afuera (a contrario de un escribano); 3) Tiene una remuneración; y 4) Tiene un régimen jurídico propio.

En función de ello, adhiero a la propuesta del magistrado que lidera el acuerdo.

² Cfr., Causa n° 8784/2011, caratulada “Otero, María Fernanda”, resuelta el 29.05.15, registro 105/2015.

Tal es mi voto.

La jueza **María Laura Garrigós de Rébori** dijo:

Concuero con el colega que lidera el voto en cuanto a que la mera enunciación de lo previsto en una instrucción general del Procurador General no es fundamento suficiente para acreditar la razonabilidad de la oposición fiscal al otorgamiento del beneficio solicitado. En función de ello, la decisión en crisis ha merecido una acertada crítica de la defensa que debe ser atendida.

En cuanto al otro aspecto que aborda el colega que me precede, atinente a la condición del escribano, ya he tenido oportunidad de expedirme en el sentido de “...que el escribano de registro es depositario de la fe pública, pero no es funcionario público (...), pues no tiene relación de dependencia con el estado, ya que sólo lo inviste de la facultad de autenticar los documentos confeccionados en su presencia...”³.

Dicho lo cual, también sobre este punto concuerdo con el voto aludido y consecuentemente con la solución que propugna.

Como mérito del acuerdo que antecede, la **Sala 1 de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional** de la Capital Federal, **RESUELVE**:

HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la defensa a fs. 401/411, sin costas, **ANULAR** la decisión de fs. 390/397 vta. y **CONCEDER** la suspensión de juicio a prueba solicitada por Bianchi Rochaix, debiendo el tribunal *a quo* fijar el plazo de prueba y las pautas a las cuales deberá sujetarse el imputado. (arts. 455 en función del 465 *bis*, 471, 530 y 531 CPPN).

Regístrese, notifíquese, oportunamente comuníquese (Acordada 15/13 C.S.J.N.; Lex 100) y remítase al tribunal de procedencia, sirviendo la presente de atenta nota de envío.-

³ Cfr., Causa n° 35.903 “Raiano, Ana María”, Sala V C.C.C., resuelta el 25.11.08.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 24018/2012/TO1/CNC1

GUSTAVO A. BRUZZONE

HORACIO DÍAS

MARÍA LAURA GARRIGÓS DE RÉBORI

Ante mí:

SANTIAGO ALBERTO LÓPEZ
Secretario de Cámara