

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 61360/2006/TO1/20/CNC2

Reg. n° 629/2015

//n la ciudad de Buenos Aires, a los tres días del mes de noviembre del año dos mil quince, se constituye el tribunal, integrado por los señores jueces Mario Magariños, en ejercicio de la presidencia, Pablo Jantus y Carlos Alberto Mahiques, a fin de celebrar la audiencia prevista en el art. 454, en función del art. 465 *bis*, del Código Procesal Penal de la Nación, en la causa n° 61360/2006/TO1/20/CNC2, caratulada “Legajo de Casación de Nardelli Mira, Juan Carlos en autos Nardelli Mira, Juan Carlos s/ estafa”. Se informa que la audiencia está siendo filmada; el registro audiovisual forma parte integrante de la presente actuación y se agrega al expediente. Se encuentra presente la parte recurrente, representada por las doctoras María Inés Barcus (credencial CPACF, Tomo 30, Folio 554) y Adriana Marcela Ayuso (credencial CPACF, Tomo 41, Folio 548), defensoras particulares a cargo de la asistencia técnica del señor Juan Carlos Nardelli Mira. Se da inicio a la audiencia y se concede la palabra a la parte recurrente, procediendo la doctora Ayuso a argumentar su posición y a mantener las reservas de caso federal formuladas. A continuación, el tribunal se retira a deliberar en presencia de la actuario (arts. 396 y 455 CPPN). Constituido el tribunal nuevamente en la sala de audiencias, en presencia de las recurrentes, el señor Presidente hace saber que esta Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, por unanimidad, ha **RESUELTO: HACER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por la defensa, **CASAR** la decisión recurrida y, en consecuencia, **CONCEDER** a Juan Carlos Nardelli Mira la suspensión del juicio a prueba, por el plazo y bajo las condiciones que deberá fijar el tribunal *a quo* (art. 470 CPPN). Explica el *doctor Magariños* que los fundamentos de la decisión remiten a la interpretación y la aplicación del art. 77, cuarto párrafo, así como del art. 76 *bis*, cuarto y séptimo párrafo, todos del Código Penal. En primer lugar, expresa que, tal como lo ha sostenido en diversos precedentes de esta Cámara (ver causa n° CCC

31956/2014/TO1/CNC1, caratulada “Spampinato, Facundo y otros s/ robo y resistencia o desobediencia a funcionario público”, rta.: 2/6/15; reg. n° 124/2015 –entre otras–), el carácter vinculante que algunos otorgan a la oposición fiscal, contenida en el cuarto párrafo del art. 76 *bis* CP, requiere para su correcta interpretación y aplicación, que se verifique que los fundamentos de la oposición tomen en cuenta aquellas razones que la propia ley contempla para la procedencia del instituto de suspensión de juicio a prueba, a saber: por un lado, relativa levedad del hecho imputado y, por el otro, ciertas condiciones personales del imputado. Así, explica, cuando la oposición fiscal expresa razones ajenas a aquellas que la propia ley consagra, el juez no encuentra obstáculo para pronunciarse y avanzar acerca de la concesión o no del instituto. Por consiguiente, prosigue, en el caso es evidente que no han sido ninguna de estas razones las que llevaron al fiscal a oponerse. Por lo demás, dado que el motivo por el cual el fiscal se opuso a la procedencia del instituto se vincula a la interpretación jurídica de una norma, de ninguna manera puede importar una actuación fiscal vinculante para la jurisdicción. En este sentido, expone que en otros precedentes y, más detenidamente, también en algún artículo, ha explicado las razones por las cuales la decisión acerca de los alcances del significado jurídico de una norma es exclusiva y excluyente del juez del caso. Sentado esto, afirma que el tribunal *a quo* ha hecho una errónea interpretación del art. 76 *bis*, cuarto párrafo, CP, y corresponde ahora analizar los fundamentos de la propia resolución, basada en la interpretación que el fiscal hizo del art. 77 CP y en la consideración de que el escribano público es funcionario público. Sobre el particular, presenta la opinión expresada por Nuñez en su “Manual de Derecho Penal”, donde el citado autor dice claramente que el art. 77 CP vincula el carácter de funcionario o empleado público, expresamente en su letra, al ejercicio de la función pública. Se da lectura al art. 77 CP en cuanto dispone que “Por los términos ‘funcionario público’ y ‘empleado público’, usados en este código, se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 61360/2006/TO1/20/CNC2

ejercicio de funciones públicas (...). A este respecto el juez Magariños señala que el ejercicio de funciones públicas es lo que caracteriza a un funcionario o empleado público según la letra de la propia ley. En este sentido, agrega, Nuñez expresa: “*participa del ejercicio de la función pública, aquel al que el Estado ha delegado la facultad de expresar o ejecutar la voluntad estatal*” (pág. 393 de la obra citada). A su vez, continúa, Carrera, en su obra “Peculado” (pág. 63), menciona que “*participa del ejercicio de función pública aquel al que el Estado delegó la facultad de declarar o ejecutar la voluntad del Estado*”. Estos conceptos, prosigue, son refrendados por Jorge De la Rúa en su “Manual de Derecho Penal - Parte General” (pág. 822, párrafos 28 y 29). Sostiene así que, según estos autores, es claro que sólo reviste el carácter de funcionario o empleado público quien participa del ejercicio de la función pública, y esto significa ejecutar la voluntad del propio Estado. En este sentido, entiende que la actuación que cumple un escribano público no es una actuación que represente o ejecute la voluntad estatal, esto es, no actúa en función del Estado, pues el Estado no ha delegado su voluntad en la actividad que cumple un escribano público. En esta medida, considera que la interpretación que se ha realizado del art. 77, cuarto párrafo, CP es errónea, y a su vez, la aplicación que de esta norma ha hecho el tribunal *a quo*, es una aplicación errónea de la ley en cuanto entendió que el término funcionario público, contenido en el art. 77, imposibilitaba en el caso, conforme el art. 76 *bis*, séptimo párrafo, CP, la concesión de la suspensión de juicio a prueba. Por todas estas razones, concluye, esta Sala ha considerado, de modo unánime, que corresponde, como ya expuso, revocar la decisión recurrida y, en consecuencia, conceder la suspensión del juicio a prueba al procesado, remitiendo las actuaciones al tribunal *a quo* para que se fijen las condiciones y el tiempo de su cumplimiento. Seguidamente, el juez *Jantus* señala que la cuestión relativa a si el escribano es o no funcionario público la resolvió ya en la causa n° 8784/2011, caratulada “Otero, María Fernanda” (rta.: 29/5/2015; reg. n° 105/2015), en sentido concordante con lo expuesto por el doctor Magariños, por lo que a este respecto se remitía

a lo allí expuesto en el sentido de que el escribano no es un funcionario público en los términos del art. 77 CP. Más allá de ello, aclara que en esta misma causa, con fecha 15 de septiembre del corriente, se resolvió confirmar la denegatoria de la suspensión del juicio a prueba decidida respecto de otro imputado. Explica, entonces, que a su modo de ver, cuando la ley exige que la suspensión del juicio a prueba se otorgue con consentimiento fiscal, abre una doble función en la audiencia de suspensión de juicio a prueba: por un lado, el fiscal debe examinar que se reúnan en el caso los requisitos formales para la procedencia de la suspensión, y, por otro, el fiscal actúa dentro de un ámbito de discreción para determinar, en ciertos casos, que es necesario el juicio por razones de política criminal que deberá fundar particularmente. En aquella ocasión, señala, esto era lo que había hecho el fiscal, pues había hablado de razones de política criminal que rodeaban a este caso, las cuales fueron consideradas como fundadas por el tribunal y, por eso, se entendió bien denegada la suspensión del juicio a prueba. En esta oportunidad, sin embargo, el fiscal no hizo uso de esa argumentación, sino que se limitó a pronunciarse sobre las condiciones formales, considerando al escribano como funcionario público, sin hacer mención de esas razones de política criminal que sí se habían hecho valer en el supuesto anterior. La interpretación de esta condición legal que hace el fiscal en la audiencia, agrega, no es correcta. En consecuencia, se genera esta situación en la que con anterioridad se consideraron válidos argumentos del fiscal fundados en razones de política criminal que ahora no se hicieron valer. Por esta razón, señala, teniendo en cuenta que el conocimiento de esta Cámara se reduce a los agravios que traen las partes y a aquello que fue materia de decisión, entiende que extenderse más allá de este marco y decidir conforme lo había hecho en el caso anterior, implicaría violar la garantía de la *reformatio in pejus*, pues si se remitiera la causa al tribunal para que se realice una nueva audiencia, se otorgaría la posibilidad de que se hagan valer argumentos que no se expresaron con antelación, y todo esto sería merced a la llave que abrió la defensa mediante la

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 61360/2006/TO1/20/CNC2

presentación del recurso, conculcándose así la *reformatio in pejus*. Es por estas razones que adhiere al voto del juez Magariños. En último término, el juez *Mabiques* expone que un viejo axioma metafísico reza “*ex operatur sequitur ad esse*”, es decir, que el ser opera por sus actos. En este caso, prosigue, pareciera que alguien que emite, interviene y convalida instrumentos públicos, tiene alguna función pública. Pero este axioma aristotélico, añade, no siempre se corresponde con la premisa de un derecho penal liberal como el que nos rige y, consecuentemente, la legalidad impone límites a la consideración de un ser que opera con ese tipo de actos, pero que carece de una legitimación en los términos, con los alcances y los límites del que se asigna por el art. 77 CP al funcionario público. En ese sentido, agrega, en un viejo precedente pronunciado cuando integraba el Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires, en la causa “González, Alberto Omar”, del 11 de septiembre de 2001, afirmó que los escribanos son profesionales del derecho que ejercen funciones públicas pero que esto no implica investirlos de la calidad de funcionarios públicos, pues no revisten ni ejercen, estrictamente, un poder del Estado, confeccionan escrituras y otros instrumentos a nombre propio, poseen independencia profesional y hasta las retribuciones corren por cuenta de los particulares. Agrega, como apoyo doctrinario, las opiniones de Creus y de Buompadre, quienes, haciendo una interpretación sistemática del cuarto párrafo del art. 77 CP, señalan que efectivamente la respuesta acerca de si el escribano es o no funcionario público debe ser negativa, y cita: “*se requeriría del 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 y exprese su voluntad, lo que sí surge especialmente del art. 77 CP por su referencia a las hipótesis de nombramiento o elección popular con que comienza dicha relación, lo que 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 y no a nombrar, y a controlar, pero que no está incorporado a la estructura de la administración*” (Falsificación de documentos en general,

Astrea, 2004). En consecuencia, expresa que con las afirmaciones del señor Presidente y los agregados que efectuó el doctor Jantus, adhiere a lo resuelto y propuesto por ellos. No siendo para más, se da por concluida la audiencia y firman los señores jueces, previa lectura y ratificación, por ante mí, de lo que DOY FE.

MARIO MAGARIÑOS

CARLOS MAHIQUES

PABLO JANTUS

PAOLA DROPULICH
SECRETARIA DE CÁMARA