

## Malversacion De Caudales Publicos Funcionario Publico Probation

### JURISPRUDENCIA

### Malversación de caudales públicos. Funcionario público. "Probation"

Se rechaza el recurso de casación deducido contra la denegatoria de la suspensión del juicio a prueba, pues se trata de la presunta comisión de un delito por parte de un funcionario público en ejercicio de sus funciones. En la ciudad de Buenos Aires, a los 3 días del mes de noviembre del año dos mil diecisiete, se reúne la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por el doctor Gustavo M. Hornos como Presidente y los doctores Mariano Hernán Borinsky y Juan Carlos Gemignani como Vocales, asistidos por el secretario actuante a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 11/20 de la presente causa CFP 5471/2011/TO1/15/CFC2 del registro de esta Sala, caratulada "CEJAS, Raúl Eduardo s/ recurso de casación", de la que RESULTA: I. Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 3 de esta ciudad, en la causa Nro. 5471/2011, por resolución de fecha 5 de mayo de 2017, resolvió -en lo que aquí interesa- "RECHAZAR la suspensión del juicio a prueba solicitada por la defensa de Raúl Eduardo Cejas..." (cfr. fs. 8/9). II. Que contra dicha resolución, interpuso recurso de casación a fs. 11/20 la defensora particular doctora Liliana Patricia Laborde, el cual fue concedido por el a quo a fs. 21; y mantenido a fs. 27. III. El recurrente encuadró su pretensión en las previsiones de ambos incisos del art. 456 del C.P.P.N. En este sentido, se agravió la defensa por considerar que la decisión impugnada -que rechazó la solicitud de suspensión del juicio seguido contra su defendido con fundamento en la calidad de funcionario público que habría revestido al momento de cometer los ilícitos endilgados- encontró sustento en la oposición del representante del Ministerio Público Fiscal, que -a su criterio- no resulta vinculante. Señaló que la resolución recurrida resulta arbitraria toda vez que arriba a la decisión adoptada, apartándose de las constancias obrantes en la causa y sin realizar fundamentación alguna. Asimismo, afirmó que su defendido cumplía funciones de empleado de la Administración Pública del Banco Central, en la parte de destrucción de billetes y consideró que fue erróneamente aplicado al caso el artículo 76 bis, séptimo párrafo, del C.P., toda vez su asistido no es un funcionario público sino un empleado público. Adujo en tal sentido que, dicha norma establece que "No procederá la suspensión del juicio a prueba cuando un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, hubiese participado en el delito.". En definitiva, solicitó que se haga lugar al recurso de casación, y que se revoque la resolución recurrida. Hizo reserva del caso federal. IV. Que en la oportunidad prevista en los arts. 465, cuarto párrafo, y 466 del C.P.P.N., no se efectuaron presentaciones (cfr. fs. 30). V. Superada la etapa prevista en los arts. 465, último párrafo y 468 del C.P.P.N., oportunidad en la que la defensa particular acompañó breves notas a fs. 35 y la parte querellante a fs. 36/39 vta. de lo que se dejó constancia en autos a fs. 40, las partes presentaron breves notas y quedaron las actuaciones en estado de ser resueltas. Efectuado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: doctores Gustavo M. Hornos, Juan Carlos Gemignani y Mariano Hernán Borinsky. El señor juez Gustavo M. Hornos dijo: I. Liminarmente, corresponde señalar que el recurso de casación resulta formalmente admisible en los términos del art. 457 del C.P.P.N., pues la resolución atacada deviene equiparable a una sentencia definitiva en virtud de que podría provocar un gravamen de insuficiente, imposible o tardía reparación posterior (conf. Fallos: 304:1817; 312:2480). En efecto, así lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re "Padula, Osvaldo Rafael", oportunidad en la que nuestro más Alto Tribunal sostuvo que el gravamen que se deriva de la resolución que deniega la suspensión del juicio a prueba "...no resulta susceptible de reparación posterior, en tanto restringe el derecho del procesado a poner fin a la acción y evitar la imposición de una pena. Es que la finalidad de quien requiere la suspensión del juicio a prueba no es la de obtener una sentencia absolutoria, sino la de no seguir sometido a proceso mediante la extinción de la acción penal" (conf. C.S.J.N., "Padula, Osvaldo Rafael y otros s/defraudación -causa N° 274?, P. 184 XXXIII, rta. el 11/11/97, considerando 5°). II. En esta dirección, la compulsa de las actuaciones revela que el motivo por el cual la Fiscal actuante se opuso a la suspensión del juicio a prueba respecto de Raúl Eduardo Cejas, radicó en el hecho de que, a su criterio, el nombrado reviste la calidad de funcionario público prescripta en el artículo 77 del Código Penal, que resulta óbice determinado por el art. 76 bis de la norma de cita a los fines de la concesión del instituto en estudio (fs. 6/7). Llegado el momento de decidir, el tribunal de mérito no hizo lugar a la suspensión del juicio a prueba solicitada, tras entender que "al haberse expedido negativamente la señora fiscal y toda vez que el rechazo se encuentra debidamente fundado y exento de arbitrariedad, corresponde desestimar la solicitud formulada por la defensa de Raúl Eduardo Cejas..." (cfr. fs. 8/9). III. Tal como he señalado, el dictamen fiscal sobre el pedido de suspensión del juicio a prueba no resulta de carácter vinculante (criterio expuesto en la causa n° 10.858, "SOTO GARCÍA, José María y otros s/recurso de casación", rta. el 12/08/09, reg. n°12.100), puesto que el órgano judicial siempre debe analizar de manera independiente la concurrencia de las condiciones legales de admisibilidad y procedencia del instituto, a los fines de efectuar el control de legalidad del dictamen del Ministerio Público Fiscal que imponen los artículos 69, 123 y cctes. del

C.P.P.N. Esta conclusión se impone toda vez que el predominio de las características acusatorias de nuestro proceso penal (conf. art. 120 de la C.N.) no puede conducir a la consagración de una actuación decisoria del fiscal, sino que su potestad ha de entenderse limitada a la adopción de una postura frente al caso desde su rol de parte; si bien revestido de cierta ecuanimidad y siempre ceñido a la determinación legal de los criterios de admisibilidad de la suspensión del proceso a prueba. En este sentido, el artículo 116 de nuestra Carta Magna determina que deba ser un tribunal de justicia imparcial el que decida libremente la controversia, de modo conteste con los derechos y garantías que en la materia consagran los arts. 8.1 y 25.2 de la C.A.D.H. Por su parte, si bien el artículo 5 de la ley adjetiva establece que el ejercicio de la acción penal no puede suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar, excepto en los casos expresamente previstos por la ley, no es menos cierto que el artículo 65 del mismo cuerpo consagra el principio según el cual el ministerio fiscal promoverá y ejercerá la acción penal en la forma establecida por la ley; de modo que si la facultad denegatoria que en última instancia recae sobre el órgano judicial es entendida sólo como un segundo control de legalidad, dicha intervención constituye un control razonable que no desnaturaliza la potestad del fiscal requirente (cfr. en similar sentido, mi voto en la causa n°897 LIRMAN, Roberto s/recurso de casación, reg. n°1594.4, rta. 23/11/03 y sus citas). En otras palabras, entiendo que describir al dictamen fiscal como vinculante para el tribunal, minimiza el hecho de que existen limitaciones legalmente impuestas -v.gr., los requisitos de procedencia y admisibilidad estipulados en el art. 76 bis del C.P.- dentro de las cuales la actuación del Ministerio Público debe estar circunscripta, y cuya observancia, logicidad y adecuación a las circunstancias del caso concreto corresponde al órgano jurisdiccional controlar mediante el rechazo, cuando correspondiera, de aquellos dictámenes fiscales que se apartaran de las prescripciones legales ya sea por introducir requisitos que la ley no prevé o por omitir considerar aquellos que sí forman parte del ordenamiento jurídico. Ello, es una consecuencia necesaria del esquema de estricta separación funcional entre fiscales y jueces (cf. Quiroga, Edgardo O., Corte Suprema de Justicia de la Nación, 23/12/2004); separación que resultaría desvirtuada si se admitiera que los dictámenes de los primeros son vinculantes para los segundos. IV. Ahora bien, en este sentido, la cuestión a dilucidar en la presente controversia consiste en determinar si Raúl Eduardo Cejas se encuentra alcanzado por las prescripciones del párrafo 7° del art. 76 del C.P., el cual, en función del art. 77 del mismo cuerpo legal, dispone la improcedencia del instituto de suspensión del juicio a prueba cuando un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, hubiera participado del delito. En esta dirección, a fin de definir el concepto de funcionario público, ha de recordarse en primer lugar que el referido art. 77 del Código Penal establece que Por los términos 'funcionario público' y 'empleado público, usados en este código, se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente?. Por su parte, el artículo 1 de la Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública (nro. 25.188.) señala a) La presente ley... establece un conjunto de deberes, prohibiciones e incompatibilidades aplicables, sin excepción, a todas las personas que se desempeñan 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. b) Se entiende por función pública, toda actividad temporal o permanente, remunerada y 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 destacado me pertenece). Por su parte, el artículo I del Anexo I de la Convención Interamericana Contra la Corrupción (aprobada por ley nro. 24.759) dispone que para los fines de la presente Convención, se entiende por: a) 'FUNCIÓN PÚBLICA': toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos. b) 'FUNCIONARIO PÚBLICO', 'OFICIAL GUBERNA-MENTAL' O 'SERVIDOR PÚBLICO': cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos (el destacado me pertenece). Es decir que, a los efectos de la aplicación del derecho penal, los conceptos de funcionario y empleado público se encuentran determinados por el ejercicio de funciones de carácter público, circunstancia ésta que se constituye en la clave para atribuir esa calidad al agente (cfr. mi voto en la causa nro. 11.037, caratulada TORRES, Osvaldo Alberto s/recurso de casación, reg. nro. 12.443, rta. el 9/10/2009; en igual sentido, causa nro. 15.071 de esta Sala, caratulada ESQUIVEL, Ángel s/recurso de casación, reg. nro. 879/12, rta. el 24/5/2012). De este modo, la conclusión que se impone es que el desarrollo de las actividades realizadas dentro del escalafón jerárquico como agente del tesoro del Banco Central de la República Argentina, consiste en un ejercicio de la función pública en los términos del 7° párrafo del art. 76 bis del C.P. -que debe interpretarse, a su vez, a la luz de las disposiciones del art. 77 del mismo cuerpo, en consonancia con otras normativas de orden nacional y regional, como lo es la Convención Interamericana Contra la Corrupción-, resultando entonces improcedente suspender el juicio a prueba en su beneficio. Asimismo, dadas las características típicas del delito previsto y penado por el artículo 261 del Código Penal, tal y como ha quedado delimitada la imputación contra Raúl Eduardo Cejas, en el estado en el que se encuentran las presentes actuaciones, no puede alcanzarse conclusión diversa que la que indica que el

ilícito endilgado habría sido cometido en el ejercicio de la función pública. V. En virtud de lo expuesto, propongo en definitiva al acuerdo que se rechace el recurso de casación interpuesto por la defensa particular de Raúl Eduardo Cejas, teniendo presente la reserva del caso federal efectuada. Sin costas en la instancia por haberse efectuado un razonable ejercicio del derecho al recurso (arts. 8.2.h. de la CADH y 530 y 531, ¿in fine? del C.P.P.N.). El señor juez Juan Carlos Gemignani dijo: I. En primer lugar corresponde señalar que si bien en la presente causa se fijó la audiencia de informes, conforme lo previsto en los arts. 465, último párrafo, y 468 del C.P.P.N., ello no implica que esta Alzada no pueda efectuar un examen más profundo sobre la admisibilidad formal del recurso de casación sometido a examen, una vez superada la etapa procesal supra aludida. Esta posición encuentra respaldo en las palabras de Fernando De la Rúa al expresar que ¿La concesión del recurso de casación por el tribunal a quo constituye una etapa inevitable del juicio de casación. Sin ella, no hay posibilidad de que el conocimiento del asunto llegue al tribunal de casación. Esa resolución, sin embargo, no es definitiva, y este último, si considera que el recurso es formalmente improcedente y ha sido mal concedido, podrá desecharlo sin pronunciarse sobre el fondo (art. 444) en cualquier momento, ya sea antes o después de la audiencia para informar o en el mismo momento de dictar sentencia? (DE LA RÚA, Fernando, ¿La Casación Penal. El recurso de casación en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación?, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1994, pág. 241). II. Ahora bien, la decisión recurrida en casación -denegación de la suspensión del juicio a prueba-, por principio no cumple con el requisito de la impugnabilidad objetiva previsto en el art. 457 del C.P.P.N. toda vez que no se trata de una sentencia definitiva, y por lo demás, tampoco conforma resolución equiparable a definitiva, en cuanto que la consecuencia de la misma es solamente que la persona en cuyo favor se ha solicitado la suspensión permanezca sometida a proceso, circunstancia que de ningún modo conforma per se, agravio que imponga la equiparación de la resolución a decisión definitiva, por conformar agravio de tardía o imposible reparación ulterior. Sin perjuicio de ello, la regla deberá excepcionarse si en el caso estuviere implicada una cuestión de índole federal, es decir, cuando la resolución cuestionada constituya gravedad institucional, resulte arbitraria o afecte normas o derechos constitucionales (cfr. Fallos: 328:121, 310:927, 312:1034, 314:737, 318:514, 324:533, 317:973, entre muchas otras). III. Así las cosas, cabe tener presente que en el caso de autos se le imputa a Raúl Eduardo Cejas la comisión del delito de malversación de caudales públicos por peculado, en calidad de coautor -arts. 45 y 261 del C.P.-, y que en la audiencia prevista por el art. 293 del C.P.P.N., la fiscalía no prestó su conformidad para que se le conceda la suspensión del juicio a prueba por la calidad de funcionario público que revestía el procesado al momento del hecho. Asimismo, aludió al concepto de funcionario público conforme surge del art. 77 del código de fondo, así como también a la ley 25.188, de Ética de la Función Pública, y a la Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada por la ley 24.759; señalando que Cejas era encargado del tesoro del Banco Central de la República Argentina, que es una institución del Estado, y en ejercicio de ese cargo habría cometido el delito que se le enrostra. Por su parte, la abogada defensora destacó que dado la falta de antecedentes de Cejas y la calificación legal del hecho que se le imputa, que en caso de recaer condena, sería de ejecución condicional, entonces podría acceder al beneficio solicitado, conforme lo establecido en el art. 76 bis, cuarto párrafo del C.P. Finalmente, el Tribunal Oral denegó la probation pretendida argumentando que ¿[...] al haberse expedido negativamente la señora fiscal y toda vez que el rechazo se encuentra debidamente fundado y exento de arbitrariedad, corresponde desestimar la solicitud formulada por la defensa de Raúl Eduardo Cejas, en tanto el consentimiento de la vindicta pública constituye una condición necesaria para la procedencia de la suspensión del juicio a prueba? (confr. fs. 8/vta.). IV. Ahora bien, en el caso, la defensa aduce la arbitrariedad de la decisión cuestionada sin lograr conmover los argumentos allí esgrimidos por el a quo. Al respecto cabe recordar que el fundamento brindado por el representante del Ministerio Público Fiscal al dictaminar negativamente sobre la concesión de la probation fue la prohibición del art. 76 bis, último párrafo del C.P., que formula que no procederá la suspensión del juicio a prueba cuando un funcionario público, en ejercicio de sus funciones, hubiese participado del delito. Por su parte, el a quo ponderó las características del caso y la concurrencia de los requisitos normativos exigidos por el artículo 76 bis del C.P., habiendo también controlado la logicidad de las razones que motivaron la oposición fiscal formulada, motivos que el recurrente ni siquiera ha logrado confrontar, manifestando sólo su disconformidad con respecto al criterio adoptado en el fallo puesto en crisis. Recuérdese, que en lo que interesa al caso, el artículo 76 bis séptimo párrafo del C.P. establece que ¿...No procederá la suspensión del juicio a prueba cuando un funcionario público, en ejercicio de sus funciones, hubiese participado en el delito.? Así las cosas, no conformando la argumentación de parte agravio que pueda conformar alguna otra cuestión de naturaleza federal, el recurso resulta inadmisibles, con costas. V. Por lo expuesto, propongo al acuerdo: I. DECLARAR INADMISIBLE el recurso de casación interpuesto a fs. 11/20 por la defensora particular de Cejas, doctora Liliana Patricia Laborde; con costas en la instancia (arts. 530 y 531 del C.P.P.N.). II. TENER PRESENTE la reserva del caso federal. Así lo voto. El señor juez doctor Mariano Hernán Borinsky dijo: I. En primer lugar cabe recordar que, según surge del auto de elevación a juicio de fecha 10 de febrero de 2016 disponible a través del sistema Lex 100, el fiscal de Instrucción requirió la elevación de la causa a juicio atribuyendo a Raúl Eduardo Cejas el delito de malversación de caudales públicos por peculado, en calidad de coautor (arts. 45

y 261 del C.P.). Con posterioridad, en el marco de la audiencia prevista por el art. 293 del C.P.P.N., la Fiscal General de actuación se opuso a la concesión del instituto solicitado por considerar que resultaba de aplicación la cláusula normada en el art. 76 bis, séptimo párrafo, del C.P. que prescribe: "No procederá la suspensión del juicio a prueba cuando un funcionario público en ejercicio de sus funciones, hubiese participado del delito". Concretamente, la representante fiscal sostuvo que "...Cejas era encargado del Tesoro del Banco Central de la República Argentina, que es una institución del estado, y en ejercicio de ese cargo habría cometido el delito que se le enrostra..." (cfr. fs. 6/7). A su turno, el tribunal de juicio rechazó la suspensión del juicio a prueba ante la existencia de oposición fiscal que estimó debidamente fundada (fs. 8/9 vta.).

II. Reseñado cuanto precede, con respecto a la interpretación del concepto "funcionario Público" definido en el art. 77 del C.P. en su vinculación con la cláusula obstativa prevista en el art. 76 bis -séptimo párrafo- del mismo cuerpo legal, coincido en lo sustancial con los fundamentos expuestos por mi distinguido colega, doctor Gustavo M. Hornos, en atención a la posición asumida por el suscripto in re "Parisi", a cuyas consideraciones cabe remitir por razones de brevedad (C.F.C.P., Sala IV, causa nro. 15.206, caratulada "Parisi, Fernando s/recurso de casación", reg. nro. 838/13, rta. el 29/05/13; criterio reiterado en la causa nro. 1805/13, "Bortolotti, Bruno s/recurso de casación", reg. nro. 1016/14, rta. el 30/05/14, causa CCC 32665/2011/TO1/CFC1, "Duarte, José Antonio y otro s/recurso de casación", reg. nro. 1530/15, rta. el 13/08/2015, causa FCR 32000200/2012/CA1-CFC1, "Carrión, Oscar Hugo s/recurso de casación", reg. nro. 2484/15, rta. el 23/12/2015, todas ellas de esta Sala IV). En tales condiciones, la defensa no logra rebatir que el imputado Raúl Eduardo Cejas (agente del Tesoro del Banco Central de la República Argentina) quien resultó imputado por el delito de malversación de caudales públicos por peculado en calidad de coautor (arts. 45 y 261 del C.P.) se encuentra bajo las prescripciones de los arts. 77 del C.P. y 1º de la ley 25.188 y que, en el ejercicio de su desempeño funcional, habría realizado la conducta típica imputada. Correlativamente, tampoco demuestra que resulte arbitraria la aplicación al caso la exclusión prevista en el art. 76 bis -séptimo párrafo- del C.P. En función de las consideraciones que anteceden, cabe concluir que la oposición de la representante del Ministerio Público Fiscal a la suspensión del juicio a prueba solicitada por la defensa de Cejas encontró sustento en un obstáculo legal que, en las particulares circunstancias del caso, concurre en la especie y que permite reputar a dicho dictamen como acto procesal válido, de conformidad con lo normado por el art. 69 del C.P.P.N. Por ello, corresponde asignar a dicha oposición fiscal carácter vinculante para el tribunal. En consecuencia, la ausencia de consentimiento fiscal en el caso en estudio torna improcedente la solicitud de suspensión de juicio a prueba formulada por la defensa de Raúl Eduardo Cejas.

III. Por lo expuesto, adhiero al rechazo del recurso de casación que propicia mi distinguido colega preopinante, doctor Gustavo M. Hornos, aunque deberá ser con costas en la instancia (arts. 530 y 531 del C.P.P.N.). Tener presente la reserva del caso federal. Por ello, y en mérito del acuerdo que antecede el Tribunal, por mayoría,

RESUELVE: I. RECHAZAR el recurso de casación interpuesto a fs. 11/20 por la defensora particular, doctora Liliana Patricia Laborda, con costas en la instancia (arts. 530 y 531 del C.P.P.N.).

II. TENER PRESENTE la reserva del caso federal efectuada. Regístrese, notifíquese y comuníquese (Acordada 15/13,-LEX 100-CSJN). Remítase al tribunal de origen, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

MARIANO HERNÁN BORINSKY      JUAN CARLOS GEMIGNANI      GUSTAVO M. HORNOS  
023324E