



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1  
CCC 50814/2013/TO1/CNC1

**Reg. n° 614/2016**

En la ciudad de Buenos Aires, a los 16 días del mes de agosto del año dos mil dieciséis, 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, Luis M. García y María Laura Garrigós de Rébora, asistidos por el secretario actuante, resuelve como sigue en relación con el recurso de casación interpuesto a fs. 157/163 vta., por la defensa técnica de M M ; en la presente causa n° 50.814/2013, caratulada “M , M s/recurso de casación”, de la que **RESULTA:**

**I.** Por decisión de fecha 20 de agosto de 2015, el Tribunal Oral en lo Criminal n° 25 de esta ciudad no hizo lugar al pedido de suspensión del proceso a prueba formulado por la defensa de M M;

Para así resolver, los miembros que conforman la mayoría de la *a quo* entendieron que se daba en el caso el impedimento previsto en el párrafo 7° del art 76 bis CP, en tanto la imputada, por desempeñarse como auxiliar de portería de la Escuela Infantil n° 2, Distrito Escolar n° 4 del GCBA, reviste la calidad de funcionaria pública, y el hecho reprochado habría sido cometido en ejercicio de sus funciones.

**II.** Contra esa sentencia interpuso recurso de casación la abogada Alicia Romero, del Departamento de Práctica Profesional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, quien ejerce la asistencia técnica de la imputada en este asunto.



La recurrente canalizó sus agravios por la vía de los dos supuestos contemplados en el art. 456, CPPN.

Por un lado, la crítica se dirige contra lo que la defensa considera una errónea interpretación de la ley sustantiva, tanto respecto del concepto de funcionario público enunciado en el art. 77 CP, como de la proposición “en ejercicio de sus funciones” del séptimo párrafo del art. 76 bis CP. En tal sentido, argumentó que no puede sostenerse que su asistida reúna la cualidad de funcionaria pública por el mero hecho de prestar servicios en favor del Estado, y que eventualmente, aún para el caso de que se considerase de esa manera, el ilícito que se le adjudica no pudo haber sido llevado a cabo “en ejercicio de sus funciones”, pues entiende que una correcta interpretación de esa disposición presupone el ejercicio abusivo de poder por parte del agente, que en el caso se encuentra ausente.

Por otra parte, señaló que se ha violado la garantía del debido proceso, el principio acusatorio y la garantía de imparcialidad del juzgador, en tanto el tribunal desoyó el dictamen favorable del Ministerio Público fiscal para que se conceda la *probation* a su defendida, excediendo de esta manera la pretensión punitiva del titular de la acción penal.

Por lo expuesto, solicitó que se anule el decisorio atacado y se conceda la suspensión del juicio a prueba solicitada.

**III.** El 12 de mayo próximo pasado se llevó a cabo la audiencia prevista en el art. 465 bis, en función del art. 454, CPPN, a la que concurrió la recurrente a expresar agravios.

Finalizada la audiencia y efectuada la deliberación pertinente, se arribó a la siguiente resolución.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1  
CCC 50814/2013/TO1/CNC1

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

**1.-** La defensa promueve la revocación del fallo en estudio con fundamento en los dos motivos de casación previstos en el ordenamiento ritual.

Por un lado, sostiene que el tribunal ha incurrido en errónea interpretación de la ley sustantiva (456 inc. 1°, CPPN) al considerar que la imputada reviste la condición de funcionaria pública, de acuerdo a la definición conceptual que brinda el art. 77 CP, y a su vez que la conducta ilícita que se le reprocha habría sido llevada a cabo en ejercicio de sus funciones, lo que tornaría operativo el impedimento previsto en el séptimo párrafo del art. 76 bis CP. Por el otro, considera que se han vulnerado las formas sustanciales del proceso (art. 456, inc. 2° CPPN), en tanto el pedido de suspensión del juicio a prueba ha sido resuelto sin que medie una controversia entre partes, porque la fiscalía opinó favorablemente a la procedencia del instituto en este caso.

Corresponde ingresar en el tratamiento de estas cuestiones de acuerdo al orden en que fueron planteadas en el recurso, abocándonos en primer término a analizar si la imputada, por prestar funciones como Auxiliar de Portería en la Escuela Infantil n° 2, Distrito Escolar n° 4 del GCBA, es una funcionaria pública en los términos y con los alcances acordados por el art. 76 bis, CP.

**2.-** La discusión gira en torno al siempre problemático concepto de “funcionario público” enunciado en el art. 77 CP, por la presunta equiparación cualitativa que de allí parece derivar con la noción de “empleado público” al que la misma norma hace referencia. A diferencia de lo que puede ocurrir en esta materia, que en este caso se rige por un concepto eminentemente normativo, en el derecho administrativo gran parte de la doctrina reconoce diferencias conceptuales entre unos y otros agentes. Por lo demás, el uso vulgar y



habitual que se le suele dar a ambos términos da lugar a argumentos, en principio intuitivos, acerca de la incorrección de una definición tan amplia y abarcativa como la que contiene la norma penal de referencia, que de su simple lectura pareciera no hacer distinciones entre funcionarios y empleados públicos.

Dice el art. 77 CP, en lo que aquí interesa, que: “Para la inteligencia del texto de este código se tendrán presente las siguientes reglas: 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”.

En un conocido artículo de doctrina vinculado al tema que nos ocupa, Nuñez argumenta que es un error considerar que el art. 77 CP equiparó los conceptos de funcionario y empleado público, y explica que en realidad, la norma utilizó ambos términos como sinónimos para referirse exclusivamente a una misma clase de personas, esto es, aquellas que cumplen *funciones públicas*, lo que a su criterio excluye la idea del empleado público en el sentido administrativo.

En línea con lo que podríamos denominar la “posición dual” del derecho administrativo, en el sentido de que reconoce dos clases de agentes distintos, el autor nos dice que: “En lo que al derecho penal atañe, lo que da la idea de lo que es un ‘funcionario o empleado público’ –que es, repito, la misma cosa-, es la *participación en el ejercicio de funciones públicas*. Esta participación existe cuando el Estado ha delegado en la persona, de manera exclusiva o en colaboración con otras, la facultad de formar o ejecutar la voluntad estatal para realizar un fin público”<sup>1</sup>.

Si se sigue esta interpretación, a mi juicio correcta, el foco de la discusión que campea en torno a esta materia se debe desplazar hacia

---

<sup>1</sup> Nuñez, Ricardo C. “El significado del concepto ‘funcionario público’ en el Código Penal”, publicado en JA, Doctrina, 1970, pág. 544.





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1  
CCC 50814/2013/TO1/CNC1

la delimitación acerca de que es lo que debe entenderse por *función pública*. No se trata, pues, de realizar esfuerzos tendientes a desentrañar nociones sustancialmente diferentes entre los términos funcionario y empleado público utilizados en el art. 77 CP sino que, asumiendo su utilización normativa como términos equivalentes, lo determinante será decidir en qué casos nos encontramos frente al ejercicio de la función pública, en tanto es ésta la nota distintiva que caracteriza a los agentes a los que hace referencia el art. 77 CP y que, compartiendo lo dicho por el citado autor, “excluye la idea del empleado público en el sentido administrativo”.

3.- La Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública (ley 25.188) ofrece en su art. 1º una definición de este concepto. Allí, 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*”. Su homónima local (ley 4895/13) la define en términos similares.

A mi criterio, la amplitud conceptual de éste precepto no reconoce las diferencias elementales que sí han sido reconocidas desde un sector de la doctrina del derecho administrativo entre el funcionario y el empleado público y que, siguiendo la posición de Nuñez, también comparto. En tal sentido, existe a mi juicio un ámbito restrictivo y propio de la función pública, esencialmente determinado por la naturaleza de cierto tipo de actividades específicas que son llevadas a cabo dentro de la Administración Pública por una determinada clase de agentes, y que naturalmente excluye a aquellos otros que, aunque insertos en la estructura orgánica del Estado, desarrollan otro tipo de funciones que no pueden ser consideradas *funciones públicas* en el sentido estricto de las palabras.



En esta línea de pensamiento se inscribe Bielsa<sup>2</sup>, quien afirma que *“comúnmente se habla de función pública comprendiéndose en ella al empleo público; pero evidentemente no es lo mismo funcionario público que empleado público...Al decir que el funcionario ejerce funciones administrativas (públicas) se limitan dos conceptos: el de función y el de servicio, pues uno y otro difieren por su contenido. De ahí que emplear indistintamente los términos ‘funcionario’ y ‘empleado’ sea una de las tantas sinonimias defectuosas de la terminología legal”*.

Tras ello, y aquí lo relevante para decidir el caso, sostiene que *“el servicio concurre a formar la función pública; aún más, es su contenido esencial; pero para que exista función pública es necesario, además del servicio, el ‘encargo’ o una delegatio que se instituye por la ley, y se atribuye por un órgano o un funcionario superior en el orden jerárquico, en ejercicio de sus facultades legales”*. Luego, y en razón de estas consideraciones, concluye que *“en concepto nuestro es funcionario público el que, en virtud de designación especial y legal, y de manera continua, bajo formas y condiciones determinadas en una delimitada esfera de competencia, constituye o concurre a ‘constituir’ y a ‘expresar o ejecutar’ la voluntad del Estado, cuando esa voluntad se dirige a la realización de un fin público...”* (sin resaltar en el original).

De lo expuesto es dable concluir entonces que el ejercicio de *funciones públicas* es un ámbito privativo de aquellos agentes que, en virtud de una delegación especial y legal, constituyen o concurren a constituir, expresan o ejecutan la voluntad estatal, cuando ésta se dirige a la realización de un fin público.

4.- De acuerdo a lo que se viene argumentando, el análisis de las circunstancias del caso concreto me llevan a concluir que la

---

<sup>2</sup> Bielsa, Rafael. “Derecho Administrativo”, T.III, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1964, págs. 2 y sgtes.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1  
CCC 50814/2013/TO1/CNC1

imputada M . como auxiliar de portería de la Escuela Infantil n° 2, Distrito Escolar n° 4 del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, no reviste la calidad de funcionaria pública en los términos y con los alcances establecidos en el art. 77 CP.

Es que, en efecto, sin desconocer que presta una actividad permanente y remunerada al servicio del Estado, considero que sus específicas funciones dentro del establecimiento educativo en el que se desempeña no contienen una incidencia directa sobre el fin público que allí se pretende llevar a cabo -la educación primaria obligatoria y gratuita-, sino que simplemente colabora con otras tareas accesorias que no pueden ser entendidas como la manifestación, formación o ejecución de la voluntad estatal en sentido estricto.

Y ello resulta así, en la medida en que es posible afirmar que sus funciones como auxiliar de portería de un instituto de educación pública en nada distan de aquellas que podría prestar, en condiciones equivalentes, un portero de un instituto de educación privada; en términos cualitativos, ambos llevan a cabo la misma función, que en el caso de la imputada en autos, insisto, no puede ser entendida como una contribución directa al servicio de enseñanza pública que allí se brinda por el mero hecho de prestarla en favor de esa dependencia estatal.

En razón de lo expuesto, entiendo que M no reviste la condición de funcionaria pública en los términos en los que la ley acuerda tal caracterización, y que en consecuencia nada obsta a la procedencia de la suspensión del juicio a prueba en este caso.

**5.-** Por lo demás, considero que lo expuesto va en línea con una exégesis razonable del art. 76 bis CP. En tal sentido, a pesar de la definición amplia contenida en el art. 77 CP, creo necesario establecer un criterio diferenciador entre funcionarios y empleados públicos como el que expuse a lo largo de este desarrollo, por los motivos que habré de esgrimir a continuación.



En primer lugar, porque si el instituto de la suspensión del juicio a prueba es un método alternativo de resolución de conflictos, y el objetivo del legislador al incorporarlo en nuestro ordenamiento a través del dictado de la ley n° 24.316 fue, por un lado, el de evitar la estigmatización que representa una primera condena en ciertos casos de menor entidad, y, con ello, a su vez, el de descomprimir a la justicia penal de casos, no parece razonable realizar una interpretación de la exclusión legal del séptimo párrafo del art. 76 bis CP de acuerdo al criterio amplio que esboza el art. 77 CP puesto que de esa manera, de adverso a la intención legislativa, se amplía el poder punitivo del Estado, restringiendo el ámbito de aplicación del instituto.

Por otro lado, porque la *ratio legis* de la prohibición del séptimo párrafo radica en el legítimo interés del Estado por esclarecer la responsabilidad de aquellos agentes que, bajo la representación que se les ha delegado, violan los deberes funcionales a su cargo. Del mismo modo, incumbe a los particulares que integran una comunidad la estricta vigilancia del funcionamiento regular de las instituciones bajo las cuales se encuentran organizados. Dicho funcionamiento sólo puede materializarse a través de aquellas personas físicas designadas para esa específica función, y es justamente en virtud de la confianza depositada en aquellos para la administración y el manejo de *la cosa pública* que guardan una responsabilidad mayor para con aquellos otros que se erigen como sus mandantes. Ese doble control al que se hace referencia, el del Estado y el de los particulares, sólo puede materializarse a través de la realización del juicio oral y público.

No obstante, se puede considerar razonablemente que ese mecanismo de control que se materializa a través del juicio oral y público, sólo debe circunscribirse a la actuación de aquellos agentes estatales que, funcionalmente, tienen la potestad de formar o de contribuir a formar, ejecutar o plasmar la voluntad estatal: en otras palabras, aquellos en cuyo cargo se encuentra el ejercicio de la







Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1  
CCC 50814/2013/TO1/CNC1

función pública, lo que, como ha quedado expuesto a lo largo de esta argumentación, no se da en el caso de la imputada M

**6.-** Sin perjuicio de que lo hasta aquí expuesto es suficiente para resolver el caso que nos convoca, estimo pertinente efectuar una aclaración en torno al segundo motivo de agravio invocado por la defensa, vinculado a la presunta afectación al principio acusatorio y la violación a la garantía de imparcialidad del juzgador.

Llevo dicho que el dictamen fiscal es determinante para la procedencia de la suspensión del juicio a prueba, tanto si se opone como si presta consentimiento, pero que la jurisdicción debe llevar a cabo, en uno y otro caso, el necesario control de legalidad para establecer si la postura del órgano acusador es derivación razonada de los hechos de la causa o del derecho de aplicación al caso<sup>3</sup>.

En este caso, el dictamen favorable del fiscal Abraldes se basa en la aplicación de un criterio plausible fundado en razones de política criminal, pues pese a haber sostenido en la audiencia que, en términos legales, la imputada M reúne la calidad de funcionaria pública, y que el delito habría sido cometido en ejercicio de sus funciones, argumentó también que no se trataba de un supuesto de los contemplados en la res. 37/09 de la PGN, en razón de que la mera presentación de un certificado médico apócrifo para cobrar un salario no justificaba la necesidad de ir a un juicio oral a fin de garantizar la publicidad y transparencia de la actividad llevada a cabo por la imputada. La instrucción general a la que alude, es aquella que se refiere a los delitos de corrupción en los que se ven involucrados funcionarios públicos.

El tribunal, por su parte, se apartó de sus conclusiones en virtud de la interpretación propia que ha realizado del impedimento reglado en el séptimo párrafo del art. 76 bis CP. En este sentido, he sostenido en anteriores oportunidades que la interpretación de la ley es una

<sup>3</sup> CNCCC, Sala II, causa n° 29.065/14 “Gomez Vera”, rta. 10/4/15, Reg. 12/2015.



facultad privativa de los jueces, y que por ende un dictamen fiscal que se aparte o prescinda de aquella sobre la base de una interpretación diversa no puede vincular al tribunal, pues la ley no es disponible para las partes<sup>4</sup>. Por este motivo, entiendo que en el caso bajo examen no se ha producido la alegada afectación constitucional que reclama la recurrente, dado que la discrepancia de criterios apuntada radica, en esencia, en torno a la configuración de uno de los presupuestos legales contenido en la norma que rige y que el a quo, según su propia interpretación legal, ha estimado aplicable al caso.

No obstante ello, por los fundamentos expuestos en párrafos anteriores, entiendo que en este caso el tribunal ha incurrido en una errónea interpretación del 76 bis CP al hacer extensiva la exclusión legal prevista en el séptimo párrafo al caso de autos, puesto que a mi criterio, por lo dicho anteriormente, la imputada M , como auxiliar de portería de una escuela pública de la CABA, no reviste la condición de funcionaria pública.

En consecuencia, propongo al acuerdo que se haga lugar al recurso de la defensa, se case la decisión en estudio y se disponga el reenvío a la instancia de origen a efectos de que se dicte un nuevo fallo acorde a los lineamientos aquí señalados, sin costas.

Tal es mi voto.

El juez **Luis M. García** dijo:

1. A pesar de que el recurso no se dirige contra una de las decisiones enumeradas en el art. 457 CPPN, debe considerarse a la recurrida, por sus efectos, comprendida en esa enumeración, en cuanto la denegación sella definitivamente la suerte de la pretensión y puede ser objeto de revisión inmediata en los términos en que lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir de Fallos: 320:2451 (“*Padula, Osvaldo Rafael y otros*”).

---

<sup>4</sup> CNCCC, Sala I, causa n° 30.398/11 “Benítez”, rta. 30/12/15, Reg. 833/2015.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1  
CCC 50814/2013/TO1/CNC1

El recurso satisface las exigencias de interposición (art. 463 CPPN) y de admisibilidad (art. 444 CPPN).

2. El caso fue elevado a juicio contra M M , a quien se le dirigió la siguiente imputación: haber presentado el 30 de agosto de 2012, ante la Dirección General de Administración de Medicina del Trabajo, dos certificados apócrifos -sin descartar su participación en la falsificación- (fechados el 24 y el 27 de agosto de 2012) suscriptos por la Dra. Analía G. Monchetti (MP 11272) con el objeto de justificar sus inasistencias por enfermedad a partir del 24 de agosto de ese año, y por el término de 6 días, y de ese modo inducir a error a la Administración Pública y lograr la liberación de haberes sin la correspondiente contraprestación de servicios, generando el consecuente perjuicio patrimonial.

El representante del Ministerio Público Fiscal, al solicitar la elevación a juicio de la presente causa (fs. 119/123), calificó los hechos como constitutivos del delito de fraude a la administración pública mediante el uso de instrumento privado falsificado, en grado de tentativa, y lo atribuyó a M M a título de autora.

3. Según consta en el acta de la audiencia celebrada a tenor del art. 293 CPPN la defensa solicitó la concesión de la suspensión del juicio a prueba sobre la base de la calificación legal del hecho atribuido, las condiciones personales de su asistida y la inexistencia de antecedentes condenatorios. En ese acto se ofreció la realización de tareas comunitarias en el comedor “El Cacerolazo”, y se afirmó que la imputada no se encontraba en condiciones de afrontar una compensación económica.

Por su parte, quien se presentó en representación del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires rechazó la oferta económica realizada por la acusada informando que, por disposición de su superior, se



encontraba impedida de aceptar cualquier monto inferior a los quinientos pesos.

A su turno, el Sr. Fiscal Sandro Abraldes señaló que la imputada revestía el carácter de funcionaria pública, relevando que prestaba funciones en el ámbito estatal desde el punto de vista dogmático, y subrayó que según la ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública no cabía diferenciar entre empleado y funcionario público.

Asimismo señaló que, si bien la condición de funcionaria pública de la imputada se constituía como óbice legal para la concesión del beneficio, debía tenerse en cuenta que la imputación dirigida contra M exponía una tautología, puesto que ésta habría presentado un certificado apócrifo para ausentarse de su trabajo y, de este modo, no desempeñarse en la función pública; por lo que debía optarse por la solución más favorable para la imputada. Afirmó al respecto que no resultaba aplicable la res. n° 37/09 de la PGN, puesto que el hecho atribuido no ponía en juego el control de los actos de gobierno, ni se advertía la necesidad de llevar a cabo un juicio oral para garantizar la publicidad y la transparencia de la actividad pública, sino que únicamente se habría llevado a cabo con el fin de cobrar un salario por los días no trabajados.

No obstante el consentimiento prestado por el representante del Ministerio Público, el Tribunal Oral denegó la suspensión, por mayoría, declarando que, sin perjuicio de la conformidad fiscal expresada en el marco de la audiencia del art. 293 CPPN, era necesario verificar si correspondía asignarle a la imputada el carácter de funcionaria pública; así como determinar si su situación encuadraba dentro de las previsiones del art. 76 *bis*, séptimo párrafo, del CP.

A continuación declaró que según el art. 77 del CP (que estimó estaba en consonancia con el art. 1°, inc. b, de la ley 25.188), M





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1  
CCC 50814/2013/TO1/CNC1

M revestía el carácter de funcionaria pública, puesto que desempeñaba funciones al servicio del Estado como auxiliar de portería de la Escuela Infantil n° 2, Distrito Escolar 4 del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. A partir de ello concluyó que la suspensión del juicio a prueba en este caso no resultaba era posible, dado que el texto legal del art. 76 bis, séptimo párrafo, CP, expresamente vedaba su concesión cuando “un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, hubiese participado en el delito”.

4. He dicho antes de ahora que *“Así como en los casos de falta de consentimiento de la Fiscalía el tribunal no puede por sí decidir la suspensión del ejercicio de la acción penal, ejercicio que no tiene a su cargo, cuando el fiscal otorga ese consentimiento dentro del marco legal del art. 76 bis CP, el tribunal no podría imponerle, como regla, la manutención del ejercicio de la acción penal, salvo en el caso en que el consentimiento se expresa respecto de delitos respecto de los cuales la ley excluye cualquier posibilidad de suspensión del trámite del proceso [...]. Este control de legalidad que tiene el juez o tribunal deriva del principio republicano que sujeta a los fiscales a la ley (arts. 1 y 120 CN), y encuentra base legal en el art. 5 CPPN, que declara que la acción penal pública se ejercerá por el ministerio fiscal, el que deberá iniciarla de oficio, siempre que no dependa de instancia privada y que su ejercicio no podrá suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar, excepto en los casos expresamente previstos por la ley”* (confr., p. ej., mi voto como juez subrogante en la Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, causa n° 11.190 “Agüero Pérez, Fortunato s/recurso de casación”, rta. 06/10/2009, reg. n° 15.283, y recientemente como juez de esta Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, en la Sala I, causa n° 6103/14, “Rivera Fuertes, Leonardo José s/recurso de casación”, sent. de 18/08/2015, reg. n° 344/2015).



De modo que, constatado que el representante del Ministerio Público había dado su consentimiento a la suspensión del proceso a prueba, corresponde examinar si las razones por las que el Tribunal Oral se apartó de ese consentimiento y rechazó la suspensión, remiten a la constatación de un defecto legal en la posición de la fiscalía. En el caso, ha de examinarse si el *a quo* asignó un alcance erróneo al art. 76 *bis*, séptimo párrafo, del CP, en el que sustentó el rechazo del pedido de suspensión.

No está disputado que la imputada era empleada estatal, asignada al servicio de una escuela pública del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como auxiliar de portería. El empleo la califica como funcionaria pública en el sentido autónomo del art. 77 CP.

No basta, sin embargo, con establecer la calidad de funcionario público para precluir la posibilidad de suspensión del proceso a prueba porque la ley impide la suspensión cuando se trata de un hecho cometido “en el ejercicio de sus funciones”. Las funciones de auxiliar de portería de un establecimiento de enseñanza pública -aunque materialmente no sean diferenciables de los de un portero o encargado de edificio de un establecimiento privado de enseñanza- son públicas en la medida en que han sido asignadas no por contrato privado, sino por designación de una autoridad pública competente, en el interés del servicio de enseñanza pública en un establecimiento de igual naturaleza. A este respecto no ha de minimizarse la importancia que tiene para el mejor servicio público de enseñanza primaria obligatoria prestado en una escuela infantil, que existan controles de ingreso y egreso de adultos y niños. No se trata de algo meramente accidental, en un contexto en el que el Estado recibe a niños para impartir enseñanza pública, y es garante de su bienestar y seguridad mientras están en el establecimiento.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1  
CCC 50814/2013/TO1/CNC1

Sentado ello, se observa que se atribuye a la imputada la presentación de certificados médicos que se dicen falsos o adulterados, a fin de dar cuenta de su ausencia laboral, lo que constituye *prima facie* un hecho calificable como falsedad documental, que aparece cometido “en el ejercicio de una función pública”, en el sentido del antepenúltimo párrafo del art. 76 *bis* CP, pues con ellos ha tratado de justificar el incumplimiento de sus funciones.

Sobre este último punto, discrepando con el Fiscal, el Tribunal Oral estableció el alcance de la ley sobre la cual la fiscalía no tiene soberanía, pues ésta no podría constreñir al juez o tribunal a suspender un proceso en un caso en el que la ley no lo permite. En rigor, el tribunal de la causa abordó un control de legalidad del consentimiento de la fiscalía, y encontrando que la ley en el caso excluía la suspensión, estaba habilitado para imponerle al acusador público la manutención del ejercicio de la acción penal. Pues su discrepancia no se ha apoyado en apreciaciones de hecho sobre necesidades político-criminales de persecución del proceso, sino en la salvaguarda del principio legal según el cual el ejercicio de la acción sólo se puede suspender en los casos previstos en la ley (art. 5 CPPN).

Por lo expuesto, concluyo que al rechazar el pedido de suspensión de juicio a prueba presentado por la defensa, no obstante el consentimiento fiscal, sobre la base de la errónea interpretación del texto legal aplicable al caso, el *a quo* ha aplicado correctamente el art. 76 *bis*, párrafo séptimo, CP.

En consecuencia voto por rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa oficial de M M .

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

Al momento de emitir mi voto aclaro que comparto los argumentos que llevan al juez Bruzzone a casar la decisión adoptada por el *a quo*, así como con la solución que propugna.



En este sentido, también concuerdo con lo expuesto, en lo sustancial, por el juez Goerner quien sostuvo la postura minoritaria de la decisión recurrida.

Dicho esto, y dado que el acuerdo al que se arriba, decide la cuestión sometida a estudio, quiero hacer notar que hay otra razón, fundamental desde mi punto de vista, para no convalidar la decisión del *a quo*.

Es que de la lectura del acta de la audiencia que prevé el art. 293 C.P.P.N., surge que el tribunal, escucho la opinión del fiscal Abraldes, proclive a la concesión del beneficio, y sin tratar siquiera si se trata de una postura vinculante de su decisión, o atender a la razonabilidad y legalidad de la postura fiscal, decidió dejarla de lado, para resolver en el sentido adverso.

No es, desde mi punto de vista un tema soslayable, ya que reiteradamente he sostenido que, la opción fiscal por la suspensión del ejercicio de la acción no puede ser desatendida por el tribunal, que no cuenta con la posibilidad de continuar con el ejercicio de la acción sin el aporte del acusador, público o eventualmente privado. De resultas de ello, considero que para resolver en el sentido en que se pronunciaron, los jueces que conformaron la mayoría debieron haber sostenido que el dictamen del fiscal Abraldes no era admisible, y en su caso dar cuenta de las razones que los llevaban a esa conclusión, para que esa fundamentación fuera pasible de cotejo a cargo de las partes del juicio.

Hecha esta aclaración voto concordando con el juez Bruzzone.

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







Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1  
CCC 50814/2013/TO1/CNC1

**HACER LUGAR** al recurso de casación deducido por la defensa, **CASAR** la resolución impugnada y **DISPONER** el reenvío de las actuaciones al tribunal de procedencia para que dicte un nuevo fallo acorde a los lineamientos aquí señalados, sin costas, (art. 76 bis, CP; 456 inc.1, 470, 530 y 531, CPPN).

Se deja constancia que el juez Bruzzone participó de la deliberación y emitió su voto, pero que no suscribe la presente por hallarse en uso de licencia (art. 399, 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.-

MARÍA LAURA GARRIGÓS DE RÉBORI

LUIS M. GARCÍA  
-en disidencia-

Ante mí:

SANTIAGO ALBERTO LÓPEZ  
SECRETARIO DE CÁMARA

