

Cámara Federal de Casación Penal

REGISTRO N° 838.4

///la ciudad de Buenos Aires, a los 29 días del mes de mayo del año dos mil trece, se reúne la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por el doctor Juan Carlos Gemignani como Presidente y los doctores Mariano Hernán Borinsky y Gustavo M. Hornos como Vocales, asistidos por el Secretario actuante, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 21/45 de la presente causa Nro. 15.206 del registro de esta Sala, caratulada: "PARISI, Fernando s/recurso de casación"; de la que **RESULTA:**

I. Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 3 de la Capital Federal, en la causa Nro. 1249/10 de su registro, con fecha 7 de diciembre de 2011, resolvió rechazar la solicitud de suspensión del juicio a prueba formulada por Fernando Parisi (cfr. fs. 17/18 vta.).

II. Que contra dicha resolución interpusieron recurso de casación los doctores Mario Alberto Martínez Pass y Maximiliano Ruiz, asistentes técnicos de Fernando Parisi (fs. 21/45), el que fue concedido por el tribunal a quo a fs. 46/46 vta. y mantenido ante esta instancia a fs. 58.

III. Que la parte recurrente invocó en su presentación recursiva ambos supuestos de impugnación previstos en el art. 456 del C.P.P.N.

En este sentido, sostuvo que el pronunciamiento impugnado carece de fundamentación (art. 123 del C.P.P.N. a *contrario sensu*) y, en particular, prescinde de examinar la concurrencia de los requisitos legales del instituto de la suspensión del juicio a prueba.

Sobre la falta de fundamentación invocada, la defensa señaló que el tribunal anterior no expuso aquellas razones que lo llevaron a tener por fundada la oposición fiscal formulada en autos.

En breve, postuló que al no expresarse el juicio lógico jurídico que condujo a la conclusión cuestionada

(oposición fiscal fundada), la resolución recurre a afirmaciones genéricas y abstractas que impiden su reputación como acto jurisdiccional válido.

Conjuntamente, puso de relieve que, más allá de la opinión fiscal, el colegiado de *a quo* tiene el deber de examinar la concurrencia de los requisitos para la procedencia de la suspensión del juicio a prueba; evaluación que, reiteró, luce ausente en la encuesta.

En esta dirección, criticó el carácter vinculante de la oposición fiscal y, al respecto, afirmó que el fallo recurrido brinda una excesiva preeminencia a dicha negativa, desatendiendo las funciones propias de la jurisdicción y la finalidad perseguida por el instituto legal solicitado.

A partir de lo expuesto, alegó asimismo la existencia de una errónea interpretación del art. 76 bis, séptimo párrafo, del C.P.

Sobre el punto, aclaró que a su asistido no le fue imputado el carácter de funcionario público en ningún momento del proceso, razón por la cual, la presuposición sobre dicha cualidad efectuada por la fiscal de juicio y consentida por el *a quo* resulta violatoria del derecho de defensa, ya que tal razonamiento carece de la debida fundamentación y contralor judicial.

En esta inteligencia, adujo que la interpretación efectuada sobre la limitación legal en trato conculca el art. 4 del digesto sustantivo, toda vez que implica extender una excepción a una figura legal que no se encuentra alcanzada por el término "funcionario público".

Al respecto, recordó que su defendido se encuentra imputado por el delito de asociación ilícita (art. 210 del C.P.) en calidad de integrante, delito que no exige como requisito típico el carácter de funcionario público del autor. Por tal razón, entendió que no correspondía la aplicación de la cláusula establecida en el art. 76 bis, séptimo párrafo, del C.P.

En síntesis, postuló que en tanto la calidad de

Cámara Federal de Casación Penal

funcionario público no constituye una categoría autónoma de autor ni causal objetiva de imputabilidad que permita su aplicación genérica a cualquier tipo penal, cabe concluir que la cláusula normada en el art. 76 bis, séptimo párrafo, del C.P. sólo puede aplicarse cuando el delito exige dicha calidad subjetiva como elemento constitutivo del tipo penal.

Sin perjuicio de lo expuesto, ante el supuesto en que se aplique la categoría de funcionario público al presente caso, consideró que la interpretación sobre el significado de dicho concepto debe ser restrictiva y sujeta a las constancias de la causa; ello, según adujo, no tuvo lugar en la especie, pues la asignación del carácter de funcionario público a Fernando Parisi tuvo lugar a partir de una remisión a normas genéricas y abstractas, con prescindencia de las circunstancias concretas del caso.

Sobre esta base, tras citar profusa doctrina, indicó que para que exista el carácter de funcionario público imputado deben concurrir una serie de elementos, a saber, una persona que por su carácter jurídico funcional, su jerarquía y su relación jurídica con el estado concorra o exprese la voluntad de aquel para lograr una función pública.

Dichos requisitos, dijo, no se advierten en el *sub examine*, razón por la cual, su pupilo fue erróneamente tratado como funcionario público.

Al respecto, puso de relieve que Fernando Parisi es gerente de una sucursal del Banco de la Nación Argentina y que dicho cargo reviste la menor jerarquía dentro del cuadro gerencial de dicha entidad bancaria; que en virtud de dicha jerarquía, el nombrado carece del ejercicio de facultades propias; que a su vez, su defendido se encuentra vinculado al referido banco por medio de un contrato de derecho privado que se encuentra alcanzado por la ley 20.744 y el convenio colectivo de trabajo 18/75, ajeno a la vinculación propia de un funcionario público; que en razón del puesto menor que ocupa, dada la escasa jerarquía, carece de potestades para expresar o concurrir a ejecutar la voluntad del estado, sin cumplir con fines públicos en la institución, sino meras

funciones administrativas.

Añadió que su asistido es un mero ejecutor de normas impuestas por el Banco de la Nación Argentina, enmarcadas dentro de aquellas fijadas por el Banco Central de la República Argentina; por tales razones, afirmó que el nombrado no sólo carece de facultades de disposición, sino de administración, sujetándose a las normas internas de la entidad bancaria en que se desempeña.

A efectos de aclarar lo recién sostenido, refirió que más allá de la naturaleza autárquica que reviste el Banco de la Nación Argentina, dicho ente no cumple en forma directa una función pública, sino que su actuación se enmarca en las políticas económicas que establece el gobierno nacional, pero sin que ello implique la creación o ejecución de tales políticas.

A mayor abundamiento, consideró que en tanto el banco en cuestión se encuentra excluido de la aplicación de las normas de organización y funcionamiento de la administración pública nacional, mal podría ser aplicable la ley 25.188.

De igual modo, alegó que la ley 22.140 impide que su asistido sea concebido como funcionario público, pues según su art. 2, inc. "g", están excluidos del régimen allí regulado "el personal comprendido en convenciones colectivas de trabajo", resultando aplicable a su caso el convenio colectivo Nro. 18/75, art. 7.

Por lo demás, indicó que la sucursal en que su pupilo ejerció funciones es la de menor jerarquía dentro del esquema organizativo del Banco de la Nación Argentina, lo que implica que la misma y, por ende, su gerente, carecen de autonomía y detentan una competencia funcional limitada, requiriendo siempre de la actuación de la gerencia zonal respectiva.

En virtud de todo lo expuesto, entendió que en razón del carácter y función que resultan propios del Banco de la Nación Argentina, el acotado margen de acción que dicha

Cámara Federal de Casación Penal

entidad bancaria asigna a un gerente y atenta la escasa relevancia jerárquica que reviste la sucursal dentro del esquema organizativo aludido, Fernando Parisi no ejecutó o contribuyó a ejecutar o crear la voluntad del estado o incluso una función pública, en tanto el despliegue de su actividad revistió una naturaleza administrativa y no importó actividad pública alguna.

Para finalizar, solicitó a esta Alzada que se revoque la resolución atacada y que se otorgue la suspensión del juicio a prueba a su ahijado procesal.

Hizo reserva de caso federal.

IV. Que en la oportunidad prevista en los arts. 465, cuarto párrafo, y 466 del C.P.P.N., las partes no efectuaron presentaciones.

V. Que en la etapa prevista en los arts. 465, último párrafo y 468 del C.P.P.N., los doctores Mario Alberto Martínez Pass y Maximiliano Ruiz, asistentes técnicos de Fernando Parisi acompañaron breves notas (fs. 112/118). Que superada dicha etapa procesal, de lo que se dejó constancia a fs. 119, 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 Mariano Hernán Borinsky, Gustavo M. Hornos y Juan Carlos Gemignani.

El **señor juez doctor Mariano Hernán Borinsky** dijo:

I. La cuestión a resolver radica en dilucidar si la denegación del pedido de suspensión de juicio a prueba obrante a fs. 17/18 vta. luce, o no, ajustada a derecho.

Como cuestión previa, cabe recordar que, en el marco de la audiencia de rito celebrada ante la instancia previa (art. 293 del C.P.P.N.), la señora fiscal de juicio *"...si bien estimó que, en caso de recaer condena en las presentes actuaciones respecto de Parisi, ésta sería de ejecución condicional, se opuso a la petición realizada por la defensa, en virtud de lo dispuesto en el art. 76 bis, 7º párrafo, del Código Penal, que estipula que no procede la suspensión del juicio a prueba cuando un funcionario público*

en el ejercicio de sus funciones, hubiera participado en la comisión del delito imputado. En este sentido, 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. Al respecto, señaló que Parisi era gerente del Banco de la Nación Argentina, que es una institución del Estado, y en ejercicio de ese cargo habría cometido el delito que se le enrostra." (cfr. acta de fs. 13/14).

A su turno, el tribunal a quo sostuvo -en lo sustancial- "...Que, al haberse expedido negativamente la señora fiscal, mediante una opinión fundada y, por ende, exenta de arbitrariedad, corresponde desestimar la solicitud formulada por Fernando Parisi, en tanto el consentimiento de aquella constituye una condición necesaria para la procedencia de la suspensión del juicio a prueba." (fs. 18 vta.).

II. En primer término, cabe señalar que la redacción del art. 76 bis del C.P. y del art. 5 del C.P.P.N. establece que la opinión del fiscal resulta, en principio, vinculante, sujeta al control jurisdiccional de logicidad y fundamentación (art. 69 del C.P.P.N.), en base a las facultades que posee el mismo en su carácter de titular del ejercicio de la acción pública.

Consecuentemente, ante la existencia de oposición fiscal en la especie, corresponde analizar si la misma cumple con los requisitos de logicidad y fundamentación exigidos por el art. 69 del C.P.P.N., puesto que, en caso contrario, no resultará vinculante para la jurisdicción.

De la lectura de la reseña efectuada en el acápite I se advierte que la representante de la acusación pública ante la instancia anterior se opuso a la concesión del instituto legal solicitado por considerar que resulta aplicable al presente caso la cláusula obstativa normada en el art. 76 bis -séptimo párrafo- del C.P. que prescribe "no

Cámara Federal de Casación Penal

procederá la suspensión del juicio a prueba cuando un funcionario público en ejercicio de sus funciones, hubiese participado del delito".

Al respecto, vale recordar que el art. 77 del digesto sustantivo 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, la ley 25.188 -Ley de Ética en el ejercicio de la función pública- (B.O.: 01/11/99) señala en su art. 1º que "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".

El examen armónico de las disposiciones legales recién transcriptas permite advertir que la limitación prevista en el art. 76 bis, séptimo párrafo, del C.P. requiere, para su operatividad, la concurrencia de una calidad en el sujeto que participa en la comisión del delito investigado, a saber, el carácter de funcionario público; elemento normativo definido por el art. 77 del C.P., de cuya redacción se desprende que la circunstancia dirimente para atribuir dicha calidad al agente finca en la participación en el ejercicio de funciones públicas, conforme la definición establecida en el art. 1º de la ley 25.188.

Sin embargo, la aplicación de la exclusión legal bajo examen no se vincula con la mera concurrencia de dicha calidad como condición personal del sujeto -sin perjuicio de

requerirla- sino con un elemento material: que el delito haya sido cometido en el ejercicio de funciones públicas; elemento que debe ser interpretado en vinculación con el desempeño de funciones legalmente atribuidas y desplegadas en nombre o al servicio del estado.

A su vez, el supuesto previsto en el art. 76 bis, séptimo párrafo, del C.P. no efectúa ninguna distinción respecto del universo de tipos penales sobre los que resulta aplicable.

Sobre la base de este marco interpretativo, cabe recordar la imputación dirigida contra Fernando Parisi en el requerimiento fiscal de elevación a juicio.

Puntualmente, el acusador público de intervención - en lo que aquí resulta relevante- tuvo por acreditado que **"...Miguel Angel perla, Héctor Hugo Simón, Carlos Guido Sabán, Roberto Osvaldo Velázquez Rodríguez, Fernando Parisi, Alberto Enrique Morales y Stella Maris Biec** conformaron una organización junto con otras personas, poseyendo todos [ellos] un acuerdo para confeccionar y/u obtener tanto documentos públicos (documentos nacionales de identidad, cédulas de identidad y pasaporte) como privados (tales como recibos de sueldo, facturas y declaraciones juradas) todos ellos espurios, los cuales posteriormente eran utilizados ante diferentes entidades, fueran públicas o privadas, con la finalidad de cometer defraudaciones y/o gestionar a su vez, distinta documentación.

Esta organización contaba con una estructura jerarquizada y poseía una multiplicidad de designios criminales, habiendo brindado cada uno de sus integrantes un aporte personal al momento de ejecución de las maniobras, siempre de modo coordinado entre sí, y valiéndose de la permanencia y convergencia intencional que caracterizaba el desplegar ilícito.

(...) ...concretamente en el marco de la estructura jerarquizada que poseía la asociación ilícita descrita, se le atribuye a **Miguel Angel Perla** haber sido quien impartiera las

Cámara Federal de Casación Penal

órdenes y directivas tendientes a dinamizar los planes criminales; en tal sentido se encargaba principalmente de procurar la obtención de clientes y documentación espuria, coordinando el despliegue de todo el proceder ilícito. En ese orden de cosas, en lo atinente al despliegue de la actividad vinculada a la confección de dicha documentación falsa, intervenía preponderantemente **Héctor Hugo Simón** quien poseía los instrumentos y las materias primas mediante los cuales se confeccionaba la misma, colaborando de ese modo a la coordinación del despliegue de la organización.

(...) Por otro lado, y concretamente en relación a las solicitudes de obtención fraudulenta de créditos bancarios, el mencionado **Perla** se valía de contactos que había logrado establecer en el interior del 'Banco de la Nación Argentina' y del 'Banco Francés'. De ese modo, se comunicaba con **Carlos Guido Sabán** y **Fernando Parisi** por un lado, y **Roberto Osvaldo Velázquez Rodríguez** por otro; tras lo cual éstos le indicaban en que sucursales de las entidades bancarias referidas podían tener mayores posibilidades de éxito la consumación de los fraudes planificados, arbitrando éstos tres integrantes, en algunos casos, los medios necesarios para que así fuera" (crf. copia del requerimiento fiscal de elevación a juicio obrante a fs. 65/106, el destacado obra en el original).

A su vez, las acciones imputadas a Fernando Parisi fueron encuadradas bajo la figura normada en el art. 210, primer párrafo, del C.P.

En este orden de cosas, conforme reseñó la fiscal general durante la audiencia del art. 293 del C.P.P.N. a los fines de fundar su oposición a la suspensión del juicio a prueba, Fernando Parisi desempeñaba funciones al servicio o nombre de una entidad estatal (Banco de la Nación Argentina), conforme la letra de los arts. 77 del C.P. y 1º de la ley 25.188 y, en el ejercicio de su desempeño funcional, habría participado en la comisión del delito objeto de juzgamiento. Consecuentemente, resulta de aplicación al caso la exclusión prevista en el art. 76 bis -séptimo párrafo- del C.P.

Dicha conclusión, efectuada en el marco del objeto incidental sometido a estudio, no encuentra mella en los cuestionamientos efectuados por la parte recurrente en orden a la menor relevancia jerárquica que -según manifestó la defensa- revestía el cargo del imputado dentro del cuadro generencial del Banco de la Nación Argentina, ni aquella correspondiente a la sucursal en que desempeñó funciones dentro del esquema organizativo de la entidad de referencia, como así tampoco el tipo de vínculo laboral que habría mantenido con la misma, pues -como fuera señalado- la aplicación de la cláusula obstativa en trato requiere que el agente imputado, en el despliegue de funciones legalmente conferidas, haya tenido alguna participación en la comisión de un delito, sin perjuicio de lo que en definitiva surja del debate.

Como consecuencia 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 Fernando Parisi encontró sustento en un obstáculo legal que, en las particulares circunstancias del caso, concurre en la especie y que permite reputarla como un acto procesal válido, de conformidad con lo normado por el precitado art. 69 del C.P.P.N. Por ello, corresponde asignar a dicha oposición fiscal carácter vinculante para el tribunal. Correlativamente, la ausencia de consentimiento fiscal en el caso en estudio torna improcedente la solicitud de suspensión de juicio a prueba formulada por la defensa del antes nombrado.

III. Por las consideraciones que anteceden, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 21/45 por los doctores Mario Alberto Martínez Pass y Maximiliano Ruiz, asistentes técnicos de Fernando Parisi, con costas en la instancia (arts. 530 y 531 del C.P.P.N.). Tener presente la reserva de caso federal.

El **señor juez Gustavo M. Hornos** dijo:

I. Inicialmente, corresponde señalar que el recurso

Cámara Federal de Casación Penal

de casación interpuesto oportunamente (conf. art. 463 del C.P.P.N.) por quien está legitimado para ello de conformidad con el art. 459 del C.P.P.N. 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°).

Por lo demás, estando reunidos los restantes requisitos de admisibilidad previsto por el digesto ritual, habré de abocarme al estudio de cuanto fuera materia de agravio por parte del recurrente.

II. Ahora bien, si bien he sostenido en numerosos pronunciamientos que el dictamen fiscal sobre el pedido de suspensión del juicio a prueba no resulta de carácter vinculante (cfr. causa Nro. 10.858, "SOTO GARCÍA, José María y otros s/recurso de casación", rta. el 12/08/09, Reg. Nro. 12.100), pues 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 ccdtes. del C.P.P.N., lo cierto es que en el *sub judice* el tribunal de la instancia anterior enmarcó su actuación dentro

de los parámetros referidos, efectuando un adecuado control de legalidad del dictamen fiscal.

En efecto, si bien el a quo otorgó erróneamente carácter vinculante a la posición denegatoria del Ministerio Público Fiscal, la decisión estuvo fundada, en lo sustancial, en el hecho de que existe un obstáculo legal para la suspensión de juicio a prueba que resulta del art. 76 bis, séptimo del C.P.P.N., en cuanto impide que le sea concedida la probation al imputado que revista el carácter de funcionario público.

Así, en definitiva, la cuestión a dilucidar en la presente controversia consiste en determinar si Fernando Parisi 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, impide la suspensión del juicio seguido contra funcionarios públicos.

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

Cámara Federal de Casación Penal

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 por el gerente del Banco de la Nación Argentina constituye un "ejercicio de función pública" en los términos del 7º 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.

Por lo demás, dada la imputación que surge del

requerimiento de elevación a juicio obrante a fs. 65/106 en cuanto señala que "**...Fernando Parisi** utilizaba su cargo de Gerente en el ámbito del "Banco de la Nación Argentina" para facilitar el desarrollo de los fraudes que de modo indeterminado planificaba la organización que integraba, valiéndose principalmente de los contactos que mantenía con **Perla y Simón**, jefe y organizador de la misma" (cfr. fs. 97 vta.), no puede alcanzarse conclusión diversa que la que indica que el ilícito endilgado habría sido cometido en el ejercicio de la función pública.

IV. En virtud de lo expuesto, adhiero a la solución que viene propuesta.

El **señor juez Juan Carlos Gemignani** dijo:

Doy por reproducidos los sucesos del caso.

En primer lugar cabe recordar que, en materia de probation, la opinión del Ministerio Público Fiscal en principio resulta vinculante para el otorgamiento de la suspensión del juicio a prueba, no obstante ello, aquella se encuentra siempre sujeta al control de logicidad y fundamentación por parte del órgano jurisdiccional, atento al deber que les compete de motivar las conclusiones con sus dictámenes (art. 69 y 76 bis del ordenamiento ritual).

Entonces, para que la opinión del Fiscal resulte vinculante, ésta debe encontrarse debidamente fundada siendo que, de lo contrario, el Tribunal perfectamente podría apartarse de aquella explicando las razones y defectos existentes en el razonamiento brindado por el Ministerio Público.

Por su parte, y 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".

En este punto, coincido en lo sustancial con lo expresado por el colega que lidera la voz en este acuerdo, toda vez que se ha dicho que: "*El concepto de función pública*

Cámara Federal de Casación Penal

cuya participación determina la calidad de funcionario o empleado público a los términos del art. 77 no es uniforme... pero es prevaleciente el criterio del encargo o 'delegatio' estatal para declarar o ejecutar la voluntad del Estado - Carrera- o 'facultad de formar o ejecutar la voluntad estatal para realizar un fin público -Núñez-" (ambos citados por Jorge de la Rúa, "Código Penal Argentino", Parte General, 2da. edición, Ed. Depalma, Bs. As., 1997, pág. 1186); "... la cuestión... (se refiere a la distinción de los conceptos de funcionario y empleado público) carece de base lógica y real, sino que tampoco se ajusta al derecho positivo; ello se advierte claramente tanto en el Código Civil, como en el Código Penal, como en el Régimen Jurídico Básico de la Función Pública....

En suma, el derecho positivo argentino no hace diferenciación entre funcionarios y empleados públicos, y por el contrario establece que todos los agentes de la administración tienen la misma calificación jurídica..." (confr. Agustín Gordillo, "Tratado de Derecho Administrativo, Parte General", 3ra. Edición, Ed. Macchi, 1995, Tomo 1, Cap. XIII, págs. 3/12).

Por su parte, el titular de la Procuración General del Tesoro, el 5 de marzo de 2001 (nota 2401), ante la consulta de la Oficina Anticorrupción del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos conceptualizó que: "importante legislación contiene apreciaciones sobre los caracteres que debe revestir un funcionario público para ser tenido como tal. Por su especial relevancia me referiré a continuación a lo que al respecto establecen la Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública N° 25.188... y la Convención Interamericana Contra la Corrupción aprobada por la Ley N° 24.759..."

"El artículo 1 de la Ley 28.188 contiene, acerca del tema que nos ocupa, las siguientes precisiones:

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 Artículo I del Anexo I de la Convención Interamericana Contra la Corrupción... 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 GUBERNAMENTAL' 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”.

Sentado cuanto precede, y por compartir las demás consideraciones desarrolladas en el sufragio del doctor Borinsky, adhiero a la solución allí propuesta.

Así lo voto.

Por ello, en mérito del acuerdo que antecede, el Tribunal, **RESUELVE:**

I. RECHAZAR el recurso de casación interpuesto a fs. 21/45 por los doctores Mario Alberto Martínez Pass y Maximiliano Ruiz, asistentes técnicos de Fernando Parisi, con costas en la instancia (arts. 530 y 531 del C.P.P.N.).

II. TENER PRESENTE la reserva de caso federal.

Regístrese, notifíquese y, oportunamente, remítase la presente al tribunal de origen, sirviendo ésta de muy

Cámara Federal de Casación Penal

atenta nota de envío.

JUAN CARLOS GEMIGNANI

MARIANO HERNÁN BORINSKY

GUSTAVO M. HORNOS

Ante mí:

