

*Causa n° 10.840; Monroy, Oscar Alberto y Cornell, Sergio s/ falsedad ideológica de instrumento público.*

///la ciudad de Mar del Plata, a los 26 días del mes de septiembre del año dos mil seis, se reúne la Sala I de la Excma. Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal en acuerdo ordinario, con el objeto de dictar sentencia en los autos **“MONROY, OSCAR ALBERTO. CORNELL, SERGIO. FALSEDAD IDEOLOGICA DE INSTRUMENTO PUBLICO”**, y habiéndose practicado oportunamente el sorteo de ley, del mismo resultó que la votación debía efectuarse en el orden siguiente: señores Jueces Doctores Ricardo Silvio Favarotto. Daniel Mario Laborde y Marcelo Alfredo Riquert.

El Tribunal resuelve plantear y votar la siguiente

**CUESTION :**

¿Son constitucionalmente inválidas las prescripciones del art. 76 bis, 7º y 8º párrafo del CP, como lo auspicia la apelante? En cualquier caso, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?

**A LA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DOCTOR FAVAROTTO DIJO:**

1. Que la Dra. María Verónica Fuster, actuando como defensora particular del causante Sergio Fabián Cornell, introdujo una formal solicitud de inconstitucionalidad del art. 76 bis, 7º y 8º párrafo del Código Penal, al considerarlos violatorios de derechos y garantías fundamentales, en especial, del principio de igualdad ante la ley (CN., 16), del debido proceso legal (CN., 18), y de los estándares de racionalidad que son dables exigir a las normas jurídicas (CN., 28 y 33), conforme resulta del escueto texto de fs. 358, punto IV. Al mismo planteo se plegó el Dr. Héctor Leonardo Lucotti, defensor privado del co-procesado Oscar Antonio Monroy (fs. 361 vta./2, pto. V).

Al conferirse traslado al Ministerio Público Fiscal, el Dr. Eduardo Amavet expuso las razones que, a su criterio, des-

aconsejaban la recepción del pedido de mentas, con cita abundante de doctrina y jurisprudencia en sentido contrario a la pretensión de los defensores (fs. 384/9 vta.).

El titular del Juzgado en lo Correccional n° 4, Dr. Pedro C. Federico Hooft, en definitiva, resolvió desestimar las propuestas de invalidez constitucional "sub examine", en razón de que la veda legal para acordar la suspensión del juicio a prueba a los funcionarios públicos, por los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, no vulnera principios, garantías, ni derechos fundamentales consagrados en la Carta Magna (fs. 390/2 vta.).

Ese decisorio fue recurrido y fundamentado por la Dra. Fuster, a fs. 398/400, donde completando la breve argumentación originaria, se explayó acerca de los motivos de agravio irreversible que a su comitente le generan las susodichas disposiciones del ordenamiento sustantivo.

El recurso fue correctamente concedido por el "a quo", a fs. 413.

Una vez radicadas las actuaciones en esta sede (fs. 414), el Fiscal General Adjunto, Dr. Oscar Alberto Deniro, replicó esas alegaciones, postulando el rechazo de la apelación traída (fs. 417/20 vta.).

En suma, estos autos se hallan en condiciones de ser falladas.

**2.** En ocasión de resolver un cuestionamiento análogo (causa n° 9.509, caratulada "*Fernández, Juan Domingo s/ lesiones leves*", sent. del 14/02/2006, Reg. n° 12-R), relativo a la inconstitucionalidad del séptimo párrafo del artículo 76 bis del Código Penal (ley 24.316; publ. en BON del 19/05/1994), esta Cámara -por su Sala III, aunque con idéntica integración a la actual- sostuvo:

*"...Si bien un tanto tardíamente, el señor defensor introdujo un planteo relativo al eventual conflicto*

que existiría entre la norma referida en el acápite y el art. 16 de la Constitución Nacional, que consagra el principio de igualdad, por impedirle 'a un funcionario público el derecho constitucional a obtener la suspensión del juicio a prueba'...

En realidad no hay tal. Como enseñara Germán J. Bidart Campos, 'igualdad no significa igualitarismo', precisando su concepción con los principios emanados de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia al respecto: 'a) la igualdad exige que se trate del mismo modo a quienes se encuentran en iguales situaciones; b) ..., implica el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias; c) la regla de igualdad no es absoluta, ni obliga al legislador a cerrar los ojos ante la diversidad de circunstancias, condiciones o diferencias que puedan presentarse a su consideración; lo que aquella regla estatuye es la obligación de igualar a todas las personas afectadas por una medida, dentro de la categoría, grupo o clasificación que les corresponda, evitando distinciones arbitrarias u hostiles; d) la razonabilidad es la pauta para ponderar la medida de la igualdad, con lo que queda entendido que el legislador puede crear categorías, grupos o clasificaciones que irroguen trato diferente entre los habitantes, a condición de que el criterio empleado para discriminar sea 'razonable'; e) las únicas desigualdades inconstitucionales son las arbitrarias, y por arbitrarias han de estimarse las que carecen de toda razonabilidad, las persecutorias, las hostiles, las que deparan indebidos favores o privilegios, etcétera' (cfr. 'Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino', tomo 1-b, nueva edición ampliada y actualizada, Bs. As. 2001, p.76 y ss; en el mismo sentido y con singular claridad, ver el desarrollo que efectúa María Angélica Gelli en su 'Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada', La Ley, Bs. As., 2º edición, 1º reimpr., 2004, p.135 y ss).

Así enmarcado el aludido principio, puede sostenerse que la norma de referencia encuentra fundamento en la mayor responsabilidad que por su conducta es dable exigir a estos ciudadanos en razón del vínculo que los une con la comunidad, y que 'tiene su contracara en el poder que habitualmente despliegan' (cfr. Devoto, Eleonora A., 'Probation e institutos análogos', Bs. As., 1995, p.131;...).

Por ende, el cuestionado precepto pasa satisfactoriamente el test de constitucionalidad..."

**3.** Por mi parte, ratifico ese criterio y los fundamentos que lo apuntalan, desde que las razones de política criminal que in-

forman la normativa exclusión del régimen de la suspensión del juicio a prueba que pesa sobre los funcionarios públicos, por los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, no sólo no viola el invocado principio de igualdad ante la ley (CN, 16), toda vez que no trata desigual a los iguales, ni igual a los desiguales, parafraseando la inveterada doctrina sobre el rubro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos: 151-367; 184-398; 238-60; 312-826, e/o), sino que, además, se asienta en sólidos pilares republicanos, pues la responsabilidad de los funcionarios oficiales es una de las características esenciales de nuestra forma republicana de gobierno (CN, 1º).

En efecto, las mayores obligaciones jurídicas y políticas de los funcionarios públicos, respecto del resto de los habitantes y ciudadanos, constituye un aspecto cardinal para legitimar la confianza que la sociedad deposita tanto en las instituciones, cuanto en sus gobernantes y dirigentes.

Ergo, resulta existencial para la plena vigencia de los valores supremos de nuestro orden jurídico, y de su sistema democrático, el asegurar la probidad, idoneidad y aptitud de sus funcionarios públicos, comprometidos en impulsar el bien común y no el beneficio propio, individual o sectorial.

Es más; como sostuviera -con todo acierto, para mí- Jorge Reinaldo Vanossi, aquella regla "*...no quedaría completa si omitiéramos el agregado que corresponde a la última instancia del iter o proceso gubernamental: la etapa de las responsabilidades... en general, para todos los gobernantes, puede aplicarse en materia de responsabilidad el criterio resultante de una norma del Código Civil argentino, según la cual: cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos (art. 902). Este criterio, mutatis mutandi, vale para las distintas facetas de la responsabilidad, toda vez que tiene sustancia constitucional y que la situación*

*del gobernante constituye un status de agravamiento o dilatación de las responsabilidades, en razón de la transferencia de confianza que la sociedad opera a favor de los representantes y demás agentes del Estado con miras a la atención de los intereses generales de la comunidad... Responsabilidad equivale, institucionalmente hablando, a la prohibición de cualquier bill de indemnidad..." (cfr. "El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social", 3º edic., edit. Eudeba, Bs. As., 2000).*

Decisivas resultan, a mi parecer, las afirmaciones de Gustavo Luis Vitale al explicar que en el mentado art. 76 bis, 7º párr., *"...la ley penal, en este caso, hace recaer sobre los funcionarios públicos –durante el ejercicio de sus funciones– deberes legales más fuertes que en relación a quienes no lo son, como un intento de resguardar a los individuos frente al poder público estatal. Se trata, en suma, de una decisión político-criminal del estado de someter a quienes ejercen la función pública a un trato penal más riguroso que a los demás..." (cfr. "Suspensión del proceso penal a prueba", edit. Del Puerto, Bs. As. 1996, pág. 130).*

En el mismo sentido inscribese la calificada opinión de Alberto Bovino quien, al aseverar que la salvedad contenida en el penúltimo párrafo del art. 76 bis del CP -ley 24.316- no infracciona el principio de igualdad ante la ley, tiene escrito que *"...existen razones suficientes para justificar la validez de la excepción con el alcance que le otorgamos... De todos modos, aun si coincidiéramos con la opinión citada -Bovino se refiere al trabajo de Federico Guillermo Figueroa y Oscar Rabinovich, titulado "Probation (Exclusión de los funcionarios públicos por delitos cometidos en ejercicio de sus funciones)", publ. en La Ley, t. 1994-D, págs. 997/1.001-, ello no implica que la distinción que el art. 76 bis, párrafo VII, CP, realiza en cuanto a funcionarios públicos resulte, en sí misma, contraria al principio de igualdad ante la ley. Diversas razones justifican, regularmente, el tratamiento diferenciado de*

*los agentes del Estado, e impiden que se pueda afirmar la existencia de la discriminación arbitraria prohibida por la Constitución. De allí, por ejemplo, el régimen especial de la prescripción de la acción previsto para ciertos delitos de funcionarios... Este tratamiento diferenciado del régimen de la prescripción previsto para ciertos delitos respecto de los funcionarios públicos que intervienen como partícipes se justifica, entre otras razones, por la particular situación en la que se encuentra el funcionario mientras continúa desempeñando su cargo. Esa particular situación, en este sentido, contribuye a impedir u obstaculizar la detección o la persecución del ilícito. Por este motivo, se justifica que, mientras permanezca en su cargo, no corra para él el plazo de prescripción aplicable a las demás personas que no gozan de su posición..." (cfr. "La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código Penal argentino", edit. Del Puerto, Bs. As. 2001, págs. 88/9; aclaro, eso sí, que el entreguonado me pertenece).*

**4.** Lo hasta aquí expuesto no sólo sella la suerte adversa del primero de los planteos inconstitucionalizadores traídos por la impugnante, sino que, asimismo, torna cuestión abstracta el abordaje del segundo, cuando la incontrovertida condición de funcionarios policiales de los dos causantes, a quienes se les atribuye un ilícito que habría sido cometido en el ejercicio de esas funciones públicas, configuran una interdicción normativa infranqueable que les impide acceder al instituto reglado por el art. 76 bis del Código Penal.

Con otras palabras, más allá de compartir y hacer propios los términos vertidos por el representante del Ministerio Público Fiscal a fs. 420, punto 2.3., respecto de la validez del art. 76 bis "in fine" del CP, la sentencia recurrida de fs. 390/2 vta. deberá ser confirmada en todas sus partes (CPP, 439 y ccdts.).

Tal es mi voto.

Los señores Jueces Doctores Laborde y Riquert votaron en igual sentido por aducir los mismos fundamentos.

Con lo que finalizó el acuerdo, en mérito de cuyos fundamentos, el Tribunal, por unanimidad, **resuelve:** confirmar la recurrida sentencia de fs. 390/392vta. que rechaza el planteo de inconstitucionalidad del art. 76 bis, 7mo. y 8vo. párrafo del CP., en cuanto regula la imposibilidad de la suspensión de juicio a prueba para los delitos cometidos por funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones (art. 439 y cctes. del CPP.).

Regístrese, notifíquese, devuélvase.

Fdo. Dres. Ricardo S. Favarotto, Daniel Mario Laborde y Marcelo Alfredo Riquert. Ante mí: Dr. Carlos D. Nocetti, Secretario.