

RECURSO DE CASACIÓN – SUSPENSIÓN DEL JUICIO A PRUEBA – SUPUESTOS DE EXCLUSIÓN - FUNCIONARIOS PÚBLICOS – CONCEPTO - INTERPRETACIÓN NORMATIVA – PERSONAL POLICIAL – ALCANCE.

1. Funcionario público es todo aquel que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente (art. 77, 4to. párrafo del CP).

2. La exclusión de la suspensión a juicio respecto del funcionario público que hubiese participado en el delito (art. 76 bis, 7° párrafo del CP), se funda en razones de transparencia que se vinculan con la calidad y la oportunidad de comisión del delito, en el sentido que aunque éste no sea propiamente un delito de funcionarios debe haber sido cometido en el ejercicio de las funciones. Debe derivar de actos funcionales, pues no basta la mera calidad funcional. Un injusto en un ámbito totalmente alejado del desempeño funcional y sin conexión con éste -vgr. un accidente de tránsito en un vehículo particular con lesiones o muerte culposa- no excluye el beneficio por la sola calidad de funcionario. Por ello se explica la exclusión ya que hay un interés en la realización del juicio, a fin de obtener un pronunciamiento jurisdiccional que determine la inocencia o culpabilidad del funcionario.

3. La función asignada al personal policial no se limita a la ejecución de actividades propias en el horario de prestación de servicios, pues se consagra el deber de defender, contra las vías de hecho o riesgo inminente, la vida, libertad y propiedad, adoptando en cualquier lugar y momento el procedimiento policial conveniente para prevenir o interrumpir la ejecución de un delito o contravención, aun cuando se encontrare franco de servicio (Ley 9728, art. 14 inc. "d"); de ahí que, se puede afirmar que se trata de hechos cometidos en el ejercicio de su función de policía y no ajenos a la misma. Distinta sería la solución arribada, si el agente público hubiera cometido el delito sin vinculación alguna con el desempeño de su función, pues evidentemente quedaría excluido del párrafo 7° del art. 76 bis y a su respecto sería viable la aplicación de este instituto.

SENTENCIA NÚMERO: DOSCIENTOS TREINTA Y NUEVE En la Ciudad de Córdoba, a losveinticinco días del mes de julio de dos mil catorce, siendo las once horas, se constituyó en audiencia pública la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, presidida por la señora Vocal doctora Aída Tarditti, con asistencia de las señoras Vocales doctoras María de las Mercedes Blanc G. de Arabel y María Marta Cáceres de Bollati, a los fines de dictar sentencia en los autos "PEREYRA, Sergio Jeremías p.s.a. amenazas, etc. - Recurso de Casación-" (Expte. "P", 86/2012), con motivo del recurso de casación interpuesto por la Dra. Ana Ambrosino, defensora del imputado Sergio Jeremías Pereyra, en contra del Auto número noventa y seis, de fecha nueve de octubre de dos mil doce, dictado por la Cámara en Criminal de Séptima Nominación de esta ciudad.

Abierto el acto por la Sra. Presidente, se informa que las cuestiones a resolver son las siguientes:

1. ¿Ha sido erróneamente aplicado el artículo 76 bis del CP?

2. ¿Qué resolución corresponde dictarse?

Las señoras Vocales emitirán sus votos en el siguiente orden: Dras. Aída Tarditti, María de las Mercedes Blanc G. de Arabel y María Marta Cáceres de Bollati.

A LA PRIMERA CUESTIÓN:

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

l. Por Auto n° 96, de fecha 9 de octubre de 2012, la Cámara en lo Criminal de Séptima Nominación de esta ciudad, resolvió rechazar el pedido de suspensión del juicio a prueba formulado por el acusado Sergio Jeremías Pereyra (art. 76 bis, 7° párrafo del CP) (fs. 162/163).

II. Contra la citada resolución, la Dra. Ana Ambrosino defensora del imputado Sergio Jeremías Pereyra, interpuso recurso de casación invocando del motivo sustancial (art. 468, inc. 1° del CPP), por considerar que el Tribunal *a quo* aplicó erróneamente los párrafos cuarto y séptimo del art. 76 bis del CP, al haber considerado vinculante un dictamen fiscal denegatorio del beneficio que, a su entender, resulta infundado.

Luego de hacer referencia a los requisitos de admisibilidad del recurso y a los fundamentos bajo los cuales el *iudex* consideró fundado y vinculante el dictamen fiscal denegatorio, motivo por el cual le denegó a su defendido la solicitud de *probation*, denuncia que el argumento relativo a que ***“fue en el ejercicio de la función policial que le es propia, que desplegó las conductas delictivas que le fueron imputadas”***, resulta infundado y aparente.

Bajo esa tesitura señala que el impedimento establecido en el art. 76 bis, 7° párrafo del CP, resulta operativo exclusivamente en los casos de delitos cometidos en el ***ejercicio de la función pública***, y no con relación a aquellos ocurridos durante la función; lo relevante, indica, no es el estatus funcional del imputado al tiempo de sucederse el hecho delictivo sino la relación entre el acontecimiento ilícito y la actividad que el agente despliega desde su ámbito de competencia y en representación del poder público estatal.

Es por ello que, no advierte de que manera su defendido habría cometido los hechos en representación de la voluntad del Estado, puesto que aquél cumplía servicios desde las 22hs. del día 09/11 hasta las 09hs. del día jueves 10/11 y el hecho delictivo ocurrió a las 11hs. del día 10/11, de ello, sostiene, claramente se desprende que los hechos que se le imputan son hechos particulares e independientes del ejercicio de la función policial, ya que, insiste, en ese preciso momento su defendido estaba de franco pasivo.

Reitera, al respecto, que la operatividad del obstáculo legal (art. 76 bis, 7° párrafo del CP), sólo se encuentra justificada cuando se acredita un nexo entre la función que le fue confiada al imputado en representación del Estado y el ilícito que se sospecha cometido, supuesto que, reafirma, no se da en autos ya que no se advierte que Pereyra haya cometido los hechos endilgados en ejercicio de sus funciones.

Por último, expone que la denegatoria del otorgamiento de la suspensión del juicio a prueba viola el principio de igualdad ante la ley, ya que pone en evidencia de manera notoria la disimilitud de trato entre los funcionarios públicos y el resto de los ciudadanos, razón por la cual solicita se haga lugar a la solicitud de *probation* de su asistido (fs. 171/174).

III. 1. El Tribunal fundó su rechazo a la concesión de la *probation* en el carácter vinculante del dictamen Fiscal por considerarlo debidamente fundado (fs. 162/163).

2. Por otra parte y ciñéndonos al objeto del presente agravio, cabe reseñar los argumentos del dictamen fiscal adverso. Ellos se centraron en lo dispuesto por el art. 76 bis, 7° párrafo del CP, conforme el cual no corresponde hacer lugar a lo solicitado por existir un obstáculo legal insalvable para la procedencia de la *probation*, cual es la calidad de funcionario público del imputado, quien en el ejercicio de la función policial que le es propia, desplegó las conductas delictivas que le fueron imputadas. En tal sentido cita doctrina de esta Sala Penal, en relación a los fundamentos y alcances de la citada norma (art. 160/161).

IV. De la atenta lectura del presente agravio, surge claramente que la recurrente pretende negar el carácter vinculante al dictamen fiscal denegatorio del beneficio aquí solicitado, por entender que el mismo se asienta en una interpretación irrazonable de la norma aplicable (art. 76 bis, 7° párrafo del CP), en cuanto excluye la aplicación de la suspensión del juicio a prueba de su defendido, por considerarlo funcionario público que en ejercicio de sus funciones, como miembro integrante de la policía, participó en los hechos delictivos que se le atribuyen.

1. A los fines de dar respuesta al agravio traído por el impugnante caber reiterar que el consentimiento del Fiscal resulta insoslayable para habilitar la suspensión del juicio a prueba del art. 76 bis, 4to. párrafo C.P. (T.S.J., Sala Penal, "Oliva", S. n° 23, 18/4/2002; "Gómez", S. n° 160, 7/11/2006; "Smit", S. n° 35, del 14/3/2008;

"Romero", S. n° 377, 16/12/2011, entre otros). Ello es así, pues el enunciado normativo que proclama el referido requisito, contiene una regla semánticamente autosuficiente, exenta de vaguedades o ambigüedades que lleven a confusión. De consiguiente, la gramaticalidad de la norma *perjudica insanablemente* una interpretación distinta y se erige en un vallado insalvable que impide la apelación a todo otro canon de interpretación en procura de arribar a una tésis diferente.

Ahora bien, en caso que el dictamen fiscal, debido a su **palmaria irrazonabilidad** o a su **falta total de fundamentación**, consolide el ejercicio arbitrario de una función que le es propia al acusador -la requirente-; el tribunal puede prescindir, en forma excepcional, de la verificación del requisito legal y conceder la **probation** aun cuando el representante del Ministerio Público se haya expedido en sentido contrario (TSJ, Sala Penal, "Romero", S. n° 377, 16/12/2011). Es que, la ley procesal penal de la provincia -n° 8123-, en su artículo 154, se ocupa de la forma de actuación de los representantes del Ministerio Público, estableciendo, en lo que aquí interesa, que los mismos **formularán motivadamente sus conclusiones, bajo pena de nulidad**.

En ese contexto, se ha dicho que el referido dictamen del Ministerio Público Fiscal puede versar sobre si se trata de un caso excluido del beneficio -[v.gr.](#), por el monto y clase de pena, o por que en el delito hubiese participado un funcionario público-, o si por las condiciones del imputado y del hecho acusado, no sería procedente la condena condicional (TSJ, Sala Penal, "Romero", S. n° 377, 16/12/2011, entre muchos otros).

No resulta ocioso recordar aquí que, las razones que puede alegar el Fiscal al pronunciarse sobre la procedencia de la **probation** no deben apartarse de la doctrina sentada por el Tribunal de Casación, sin desarrollar argumentos que, por su carácter novedoso, no hayan sido considerados aún por este último Cuerpo y revistan potencial idoneidad para modificar la concepción sostenida por tal Tribunal Superior (T.S.J., Sala Penal, "Etienne", S. n° 103, 17/10/2003; "Rodríguez", S. n° 46, 31/05/2004; "Brunelli", S. n° 143, 16/12/2005; "Melchior", S. n° 2, 10/2/2006; "Romero", S. n° 377, 16/12/2011, entre otros) .

En síntesis, cumplidos tales requisitos de fundamentación y verificados por el Tribunal los extremos invocados por el Fiscal, el dictamen se erige en vinculante para el órgano jurisdiccional (TSJ, Sala Penal, "Fumero", S. n° 96, 28/05/2007).

2. En el caso concreto y examinados los fundamentos del dictamen fiscal, se advierte que su conclusión contraria a la procedencia de la suspensión del juicio a prueba, en modo alguno carece de fundamentación, extremo que la tornaría arbitraria y consiguientemente, no vinculante para el Tribunal al momento de decidir sobre la concesión del mentado beneficio.

Tal como se adelantó, el Sr. Fiscal de Cámara dio argumentos vinculados al supuesto de exclusión previsto el art. 76 bis, 7° párrafo del CP, el cual fue correctamente aplicado, en cuanto excluye al acusado del beneficio de la suspensión del juicio a prueba, por considerarlo funcionario público que en ejercicio de sus funciones, habría participado en los hechos de la acusación.

A. En cuanto a qué se entiende por funcionario público, este Tribunal tuvo oportunidad de expedirse en los autos "Araoz" y "Quinteros" (S. n° 15, 1/4/2003 y S. n° 269, 29/09/2008), por lo que las consideraciones que allí efectuamos resultan de toda utilidad para el

caso que nos ocupa. Conforme explicamos en los precedentes mencionados, el **“funcionario público”**, de conformidad a su interpretación auténtica, es todo aquel que **“participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente”** (art. 77, 4to. párrafo del CP). La regla en análisis exige que el agente cometa el delito **“en ejercicio de sus funciones”**, esto es, que debe derivar de actos funcionales, pues no basta la mera calidad funcional (de la Rúa, Jorge, “Código Penal Argentino”, Parte General, 2da. Ed., Depalma, 1997, art. 76 bis, nota 9, pág. 1169, Sayago, Marcelo, “Suspensión del Juicio a Prueba”, 2da. Ed., Lerner, 1999, pag. 63). Es que la disposición en cuestión, no atrapa sólo a hechos delictivos funcionales - delitos especiales- vale decir, a aquellos atentados contra la administración pública que exijan la calidad funcional del autor, sino a todos aquellos que se cometan en el desempeño de las funciones que le son propias (Cfr. Sayago, ob. cit. pág. 64; Bobino, Alberto, “La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código Penal Argentino”, ed. del Puerto S.R.L., pág. 85/87).

En tales casos, aparece el efectivo interés del Estado en la realización del juicio, a fin de obtener un pronunciamiento jurisdiccional que determine la existencia del hecho, la participación del imputado y, en su caso, la pena correspondiente. Entonces, **la exclusión de la suspensión a juicio respecto del funcionario público que hubiese participado en el delito (art. 76 bis, 7° párrafo del CP), se funda en razones de transparencia que se vinculan con la calidad y la oportunidad de comisión del delito, en el sentido que aunque éste no sea propiamente un “delito de funcionarios” debe haber sido cometido en el ejercicio de las funciones. Un injusto en un ámbito totalmente alejado del desempeño funcional y sin conexión con éste -vgr. un accidente de tránsito en un vehículo particular con lesiones o muerte culposa- no excluye el beneficio por la sola calidad de funcionario. Por ello se explica la exclusión ya que hay un interés en la realización del juicio, a fin de obtener un pronunciamiento jurisdiccional que determine la inocencia o culpabilidad del funcionario (T.S.J. Sala Penal, "Aráoz", S. n° 15, 01/04/2003; "Peña", S. n° 57, 21/06/2005; "Bravo", S. n° 81, 16/08/2006; "Beas", S. n° 75, 20/04/2009; "Sala", A. n° 279, 12/09/2011, entre otros).**

Así las cosas, al tomarse a la función como pauta diferenciadora, no procederá el beneficio cuando el hecho haya sido cometido en el ejercicio de la específica actividad asignada al funcionario, aún cuando sean realizadas fuera del horario de servicio.

B. Conforme la pieza acusatoria, que es la que debe tenerse en cuenta a los fines de analizar la procedencia o no de la *probation* (TSJ, Sala Penal, “Aldeco”, S. n° 101, 30/05/2007; “Bengio” S. n° 66, 18/04/2011, entre otras), al imputado Sergio Jeremías Pereyra se le atribuyen los delitos de robo y amenazas, en

concurso real, sucesos fácticos consistentes en: *Primer hecho: con fecha diez de noviembre de dos mil once, siendo las 11:00 hs., Florencia Celeste Torres junto a su hermano Lautaro Nahuel Torres, se encontraban en la Galería Norte de esta ciudad, sita en calle La Rioja N° 33, con el fin de vender un celular... Lautaro Nahuel Torres... fue abordado por el imputado Marcos José Arana, quien apareció por detrás diciendo "policía" y por Sergio Jeremías Pereyra, ambos policías de la Provincia de Córdoba. Seguidamente y agarrándolo de los hombros, lo condujeron a la vuelta de la galería, donde le exigieron que les entregara el celular que vendía, luego de ello Pereyra dirigiéndose a Torres le dijo, "¿ves esta mano?, si no te das vuelta en cinco segundos y te vas, te voy a agarrar, te voy a pegar un cachetadón y te subo al móvil que está a la vuelta", ante lo cual Torres le pidió el celular, respondiendo el imputado Arana "que preferís, el celular o la libertad", retirándose el menor del lugar. Segundo hecho: con fecha diez de noviembre de dos mil once, siendo las 12:45 hs, la agente Yanina Soledad Rodríguez, se hizo presente en la Galería Norte, sita en calle La Rioja N° 33 de esta ciudad, junto a Florencia Celeste Torres, quien solicitó su ayuda porque unos policías le habían sacado su teléfono celular. Al ingresar al interior de la Galería, se cruzó con el imputado Sergio Jeremías Pereyra, quien vestía uniforme policial, y al verlo le solicitó su colaboración pero Pereyra se negó y en tono intimidante le dijo "vos tené cuidado dónde te metés".*

Sobre la citada plataforma fáctica contenida en el requerimiento fiscal, no cabe la menor duda que el imputado reviste la calidad de funcionario público (policía) y los hechos delictivos que se le atribuyen fueron cometidos en el ejercicio de sus funciones. En efecto, el acusado no sólo vestía su uniforme policial sino que, invocó su calidad de tal para desapoderar a Torres de su teléfono celular y luego amenazar a la uniformada Rodríguez y es más, luego de ello se presentó ante la Comisaría con el celular sustraído y argumentó que venía a entregar un procedimiento que había realizado junto con Rodríguez, a quien había previamente amenazado (fs. 114). En otras palabras, no nos encontramos ante un injusto cometido en un escenario ajeno o alejado de su desempeño como agente de la Policía de la Provincia de Córdoba y sin conexión con éste.

Aún cuando Pereyra se haya encontrado, al momento del hecho ilícito, fuera de su horario de servicio como esgrime la defensa; esta soslaya que la función asignada al personal policial no se limita a la ejecución de actividades propias en el horario de prestación de servicios, pues se consagra el deber de "Defender, contra las vías de hecho o riesgo inminente, la vida, libertad y propiedad, adoptando en cualquier lugar y momento el procedimiento policial conveniente para prevenir o interrumpir la ejecución de un delito o contravención, aun cuando se encontrare franco de servicio" (Ley 9728, art. 14 inc. "d"); de ahí que, insisto, se puede afirmar que se trata de hechos cometidos en el ejercicio de su función de policía y no ajenos a la misma. Distinta sería la solución arribada, si el agente público hubiera cometido el delito sin vinculación alguna con el desempeño de su función, pues evidentemente quedaría excluido del párrafo 7° del art. 76 bis y a su respecto sería viable la aplicación de este instituto.

En síntesis, las conductas atribuida por la acusación a Sergio Jeremías Pereyra fueron ejecutadas en ejercicio de su función como integrante de la fuerza policial.

3. Por último, el planteo de la defensa en relación a que la citada norma vulnera el principio de igualdad ante la ley, desconoce repetida jurisprudencia de esta Sala, que por distintas vías, ha explicado y destacado la razonabilidad en la exclusión de los funcionarios públicos como beneficiarios del instituto de la “*probation*” cuando han cometido algún hecho presuntamente delictivo en el ejercicio de sus funciones, sin que ello implique una discriminación ilegítima lesionadora del principio de igualdad (art. 16 CN), afirmando que: *el principio de igualdad no puede ser invocado en forma ilimitada o genérica, sino que requiere, para verificar su respeto, tener presente un parámetro comparativo, que no es otro que quien denuncia su violación se encuentre en igualdad de condiciones para con aquél o aquéllos que han recibido un tratamiento diferente a su favor. Esta regla en cuestión, no atrapa sólo a hechos delictivos funcionales - delitos especiales- vale decir, a aquellos atentados contra la administración pública que exijan la calidad funcional del autor, sino a todos aquellos que se cometan en el desempeño de las funciones que le son propias. El legislador ha efectuado dicha exclusión, fundándose en razones de transparencia funcional que se vinculan con la calidad de funcionario y la oportunidad de comisión del delito, aún cuando éste no sea propiamente un “delito de funcionarios”. De ello se sigue que cuando en el desempeño del cargo un funcionario comete cualquier delito [abuso de armas y daño], el legislador no ha optado por el camino que implica la suspensión del juicio a prueba. Ahora bien, quien desempeña una función pública se encuentra en una situación diferente a la de quien no la ejerce y, el ejercicio de ella les confiere un poder con el que no cuenta el habitante común, y esta distinción de escenarios legitima un trato diferencial y resulta razonable que el Estado pretenda garantizar el cumplimiento de sus funciones propias a través de la creación de deberes jurídico - penales más fuertes para quienes ejercen tales funciones. Por ello el Estado detenta una justificación objetiva y razonable para definir una discriminación que resulta legítima. Entonces, la pretendida equiparación a cualquier particular, respecto de quien no se encuentra en igualdad de condiciones, necesariamente conlleva a la ausencia de uno de los presupuestos ineludibles para la operatividad de la garantía que se invoca, cual es que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de los que se concede a otros en iguales circunstancias. Es, en cambio, en relación a otros funcionarios públicos, que debe efectuarse la comparación, puesto que son tales quienes son en verdad “iguales” a los imputados. Desde esta óptica, apreciamos que la función pública constituye un elemento relevante*

respecto de quien revistiéndola, comete un delito. Y ello no ocurre, únicamente, en relación al instituto de la probation, es una concepción que se irradia en todo el ordenamiento penal” (T.S.J. Sala Penal, "Aráoz", S. n° 15, 01/04/2003; "Peña", S. n° 57, 21/06/2005; "Bravo", S. n° 81, 16/08/2006; "Beas", S. n° 75, 20/04/2009, entre otros).

Vale señalar que el agravio sigue haciendo base en que los funcionarios públicos reciben un trato injustificado o irrazonable respecto del resto del común denominador de las personas, lo cual ya fue rebatido en la jurisprudencia citada. Y es que, la norma en cuestión trata al mismo grupo de hechos y personas (funcionarios públicos que cometen un delito en ejercicio de sus funciones) de igual manera: excluyéndolos de la suspensión del juicio a prueba.

De consiguiente, conforme las razones precedentemente brindadas, la resolución en crisis resulta ajustada a derecho, pues la denegatoria objetada cuenta con sustento legal en el art. 76 bis, párrafo 7° del CP.

Voto pues negativamente.

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo:

La señora Vocal preopinante da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

La señora Vocal doctora María Marta Cáceres de Bollati, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal Dra. Aída Tarditti, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN:

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

Atento el resultado de la votación precedente, corresponde rechazar el recurso de casación intentado por la Dra. Ana Ambrosino, defensora del imputado Sergio Jeremías Pereyra. Con costas (art. 550/551 del CPP).

Así voto.

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo:

La señora Vocal preopinante da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

La señora Vocal doctora María Marta Cáceres de Bollati, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal Dra. Aída Tarditti, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

En este estado el Tribunal Superior de Justicia, por intermedio de la Sala Penal; **RESUELVE:** Rechazar el recurso de casación interpuesto por la Dra. Ana Ambrosino, defensora del imputado Sergio Jeremías Pereyra. Con costas (art. 550/551 del CPP).

Con lo que terminó el acto que, previa lectura y ratificación que se dio por la señora Presidente en la Sala de Audiencias, firman ésta y las señoras Vocales de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, todo por ante mi, el Secretario, de lo que doy fe.

Dra. Aída TARDITTI Presidenta de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia

Dra. María de las Mercedes BLANC G. de ARABEL

Dra. María Marta CACERES de BOLLATI

Vocal del Tribunal Superior de Justicia

Vocal del Tribunal Superior de Justicia

Dr. Luis María SOSA LANZA CASTELLI Secretario Penal del Tribunal Superior de Justicia