



## TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

**Nombre y Apellido:** Claudia Elena Ferreyra

**Título:** "PROBATION"

**Fecha:** Año 2010.-

**Carrera:** Abogacía



### **RESUMEN:**

Con la ley 24.316, se incorpora a nuestro Código Penal, los artículos 76 *bis*, 76 *ter*, y 76 *quater* que se encargan de regular el instituto de la suspensión del juicio a prueba, “PROBATION”. A partir de la sanción, la ausencia de rigorismo en la redacción ha generado un largo debate acerca de la aplicación del instituto: “sobre que delitos debía aplicarse”, esto es, si corresponde aplicar la probation a delitos de orden correccional o criminal. Esto ha ocasionado que diferentes Tribunales del país hayan fallado de manera distinta. Por tal razón, a efectos de unificar criterios, la Cámara Nacional de Casación Penal, con el **PLENARIO KOSUTA**, se pronuncia a favor de la **TESIS RESTRINGIDA**: Solo para delitos correccionales. Los Tribunales han puesto una gran resistencia a esta interpretación, razón por la cual, producto de un recurso de queja, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 23 de abril de 2008 resolvió en el **FALLO “ACOSTA”** extender el alcance del instituto aun para delitos criminales, o sea, se expide a favor de la **TESIS AMPLIA**. En función de lo expuesto en el punto precedente, el presente trabajo se ha enfocado en el desarrollo de temáticas tales como: delimitación del concepto del instituto, sus antecedentes y su naturaleza jurídica, las condiciones necesarias para disponer la oportunidad de la suspensión del proceso, la reparación del daño, su mantenimiento y su extinción; revocación del instituto y cuáles son sus consecuencias; entre otras, para poder luego, **Interpretar** lo resuelto por Cámara Nacional de Casación Penal (tesis restringida) y la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Tesis amplia); **Delimitar** la constitucionalidad o no de los fallos plenarios y **Establecer** si los fallos plenarios tienen fuerza vinculante; conforme lo dispuesto por los arts. 10 y 11 de la Ley 24.050. Fue nuestro deseo haber podido aportar, a partir del **análisis** en profundidad de todas estas cuestiones, un conocimiento acabado de la “Suspensión del Proceso a Prueba” a efectos de poder encontrarnos, al momento de dar nuestros primeros pasos como profesionales, capacitados, no solo para la aplicación correcta del instituto, sino para poder desarrollar una actitud reflexiva, crítica, entendiendo que el derecho ha de ser igual para todos.-

**Claudia Elena FERREYRA**



### **ABSTRACT:**

With the 24.316 law, the 76 *bis*, 76 *ter*, and 76 *quater* articles are included to our Penal Code, who regulate the institute of the suspension of the trial to proof, "PROBATION". Since the penalty, the absence of rigor in the drafting has generated a long debate about the application of the institute: "on which crimes should be applied", that means, if it correspond to apply the Probation to crimes in correctional or criminal order. This has led that various courts of the country have ruled differently.-

For that reason, in order to unify criteria, The National Chamber of Criminal Cassation, with the **KOSUTA PLENARY**, pronounces in favor of **RESTRICTED THESIS**: only for correctional crimes. The Courts had a great resistance to this interpretation, thats why, from a complaint appeal, the Supreme Court of Justice of the Nation, on April 23, 2008, determined in the "**ACOSTA**" **FAILURE** to extend the scope of the institute even for criminal crimes, that means, to issue in favor of the **WIDE THESIS**. According to the exposure of the previous paragraph, this work has been focused on the development of the following topics: delimitation of the concept of the institute, their background and legal nature, the necessary conditions to have the opportunity to suspend proceedings, the damage repair, maintenance and extinction; revocation of the institute and its consequences; between others, to consequently interpret the resolution of the National Chamber of Criminal Cassation (restricted thesis) and the Supreme Court of Justice of the Nation (wide thesis); **Delimitate** the constitutionality or not of failures plenary and to **Establish** if the failures plenary have binding force; in coherence with the provisions of the 10 and 11 articles of the 24.050 law. It was our desire to have contributed, from in-depth **analysis** of all these issues, a thorough knowledge of the "Suspension of the Process to Proof" to be trained in our first professional steps, not only for the proper implementation of the institute, but to develop a reflective attitude, criticism, understanding that the law must be equal for all.-

**Claudia Elena FERREYRA**



### **“PROBATION”**

Análisis e Interpretación de la aplicación de la Suspensión del proceso a Prueba.

¿Tesis restringida o Tesis amplia?

¿Plenario Kosuta vs. Fallo Acosta?



**INDICE:**

**INTRODUCCIÓN:**.....7/9

**CAPITULO I:**

1- Que es la "Probation".....10/12

2- Antecedentes Históricos.....12/13

3- Antecedentes Nacionales.....13/14

    3.1: Proyectos de Ley anteriores a la sanción de la Ley 24.316.....14/18

    3.2: Antecedentes Parlamentarios.....18/19

    3.3: Proyectos Posteriores a la sanción de la Ley 24.316.....19/21

4- Probation en el Derecho Comparado:.....21

    4.1: Países Europeos.....21/25

    4.2: América.....25/27

**Conclusión**.....28

**CAPITULO II:**

5- Naturaleza Jurídica.....29/30

6- Condiciones para disponer la Suspensión del Proceso a Prueba.....30

    6.1: Oportunidad.....30//35

    6.2: Petición del imputado.....35/36

    6.3: Ofrecimiento de la reparación del daño.....36/38

    6.4: Aplicación de la Probation a Funcionarios Públicos.....38/39

    6.5: Pena de inhabilitación.....39/42

    6.6: Pago de la multa mínima.....42

        6.6.1: Suspensión del proceso a prueba en delitos reprimidos únicamente con pena de multa.....42/43

        6.6.2: Suspensión del proceso a prueba en delitos reprimidos con pena de multa en forma alternativa o conjunta de la privativa de libertad.....43/44

**Conclusión**.....44/46

**CAPITULO III:**

7- Ejecución:.....47

    7.1: Condiciones para el mantenimiento de la Suspensión del Proceso a Prueba.....47/49



7.2: Extinción de la Pena.....	49/50
7.3: Revocación.....	50/51
<b>Conclusión.....</b>	<b>51/52</b>
<b><u>CAPITULO IV:</u></b>	
8- ¿Tesis amplia o Tesis restringida?.....	53
8.1: Análisis de los Plenarios “Kosuta” y “Acosta”.....	53/55
8.1.2: PLENARIO KOSUTA:.....	55/61
8.1.3: FALLO ACOSTA.....	61/66
9- Constitucionalidad y fuerza vinculante de Fallos Plenarios.....	66/69
10- Aplicabilidad de la Suspensión del Proceso a Prueba en diferentes grupos de delitos.....	69
10.1: Ley 23.737 (Ley de Estupefacientes) y Ley 24.769 (Ley Penal Tributaria).....	69/71
<b>Conclusión.....</b>	<b>72/73</b>
<b><u>CAPITULO V:</u></b>	
<b><u>CONCLUSIÓN:</u>.....</b>	<b>74/76</b>
<b><u>GLOSARIO</u>.....</b>	<b>77/78</b>
<b><u>BIBLIOGRAFIA:</u>.....</b>	<b>79/82</b>
<b><u>ANEXOS:</u></b>	
• Fallo Plenario de la Cámara Nacional de Casación Penal:”Kosuta”.....	83/119
• Fallo Plenario de la Cámara Nacional de Casación Penal:”Acosta”.....	119/124



## **INTRODUCCIÓN:**

Con la ley 24.316, se incorpora a nuestro Código Penal el Título XII que continuaba el artículo 76, adicionando los artículos 76 *bis*, 76 *ter*, y 76 *quater* que se encargan de regular el instituto de la suspensión del juicio a prueba conocido como *“Probation” del vocablo sajón definido como “A court-imposed criminal sentence that, subject to stated conditions, releases a convicted person into the community instead of sending the criminal to jail or prison (PA-Role)”*, el cual permite que una persona procesada por un delito de acción pública y que soporte amenaza de pena privativa de libertad, ante el cumplimiento de ciertos recaudos, logre la suspensión del proceso que pesa sobre ella, bajo la condición de reparar, en la medida de lo posible, el daño causado y someterse al cumplimiento de ciertas reglas de conductas.-

Esta suspensión se mantiene latente por un tiempo previamente determinado, tiempo en el que si no comete otro delito y se somete regularmente a las reglas indicadas, se extingue la acción penal.-

Es así que, con esta nueva ley, se ha buscado mitigar el efecto estigmatizante del pronunciamiento de la pena y la posibilidad de instrumentar un régimen de ayuda social al imputado, incorporando a la víctima al proceso. ¿Porque? Porque con el ofrecimiento efectuado por el imputado, el fin que se persigue es el de reparar el daño causado a la víctima, en la medida de sus posibilidades.-

Ahora bien, a partir de la sanción, la ausencia de rigorismo en la redacción ha generado un largo debate acerca de la aplicación del instituto: “sobre que delitos debía aplicarse”.-

Este debate sobre la aplicación del instituto, surge básicamente de la interpretación del art. 76 bis del C.P.. Conforme surge de su redacción, parecería admitir dos interpretaciones; por un lado de la lectura del 1er párrafo del artículo citado tenemos que *“...El imputado de un delito de acción pública reprimido con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no*



*exceda de tres años, podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba...*<sup>1</sup> queda claro que, contempla solo los casos con pena máxima de tres años de prisión. Delitos correccionales.-

Ahora bien, si seguimos leyendo el art. 76 bis, el 4to párrafo nos dice que *"...si las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable, y hubiese consentimiento del fiscal, el tribunal podrá suspender la realización del juicio..."*<sup>2</sup>. La interpretación que se puede realizar del mismo es que la probation "del cuarto párrafo" no esta limitada a un monto máximo de la escala penal y se habla de "tribunal" y no de "Juez" como en el resto del artículo, es decir, implícitamente permite inferir que un órgano colegiado sólo existirá en la etapa del plenario en los delitos criminales y no en los correccionales en que el órgano de juzgamiento en la etapa de debate es un órgano unipersonal.-

Esto ha ocasionado que diferentes Tribunales del país hayan fallado de manera distinta. Algunos lo han aplicando delitos correccionales, esto es, "cuya pena máxima no supere los 3 años", y otros han entendido que la aplicación corresponde a delitos criminales que, aun teniendo pena máxima superior a 3 años, podía entenderse que de ser condenado, la pena que se le impondría al imputado no superaría los 3 años de prisión.-

A estas dos posturas, se las denominó:

**"Tesis amplia o Tesis restringida"**

Es dable hacer mención que, en relación con esta problemática, dos de los más altos Tribunales de nuestro país, a través de sus pronunciamientos, han tratado de dar respuesta a esta situación.-

Por un lado, la Cámara Nacional de Casación Penal, a través del Plenario llamado "Kosuta" dictado en el año 1999<sup>3</sup>, se pronuncio a favor de la tesis restringida. Pero lamentablemente este plenario, que pretendió fijar una interpretación uniforme, no solo no fue acatado en forma mayoritaria por nuestros tribunales sino que también se ha cuestionado fuertemente la obligatoriedad de la jurisprudencia plenaria.-

---

<sup>1</sup> Código Penal de la Nación –con legislación complementaria- ED. La Ley- 2009-Pág. 14.-

<sup>2</sup> Código Penal de la Nación –con legislación complementaria - Ed. La Ley- 2009-pág. 14.-

<sup>3</sup> Cámara Nacional de Casación Penal en autos: "Kosuta, Teresa R. s/ Recurso de casación", de fecha 17 de agosto de 1999, expedientes internos M5069/99; M5187/99 y el expediente F6990/99.-





Es así que, dado a una gran resistencia a esta interpretación, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 23 de abril de 2008, por otra parte, resolvió el recurso de hecho en “Acosta E. s/ Infracción art. 14 1ª párr. de la ley 23.737” haciendo lugar a la queja, y extendiendo el alcance del instituto aun para delitos criminales, o sea, se expide a favor de la tesis amplia.-

De aquí en mas, restaría preguntarse como resolverán los tribunales ante las diferentes solicitudes de Suspensión del Juicio a Prueba, toda vez que, si bien la Corte Suprema de Justicia se pronuncio al respecto, no menos cierto es, que el art. 10 de la Ley 24.050 otorga a los Plenarios dictados por la Cámara Nacional de Casación, fuerza obligatoria.-



## **CAPITULO I:**

### **1- Que es la “Probation”:**

La Doctora Eleonora Devoto, en su obra “Probation e Institutos análogos” nos ilustra al respecto, diciendo que el término “Probation” proviene del latín *provere* y en nuestro idioma refiere al régimen o sistema de prueba. Esto es, la suspensión de la aplicación de la pena más el tratamiento del imputado en libertad.<sup>4</sup>

La suspensión del proceso a prueba, que así es el modo que está regulada en el derecho argentino, es un supuesto de paralización temporal del ejercicio de la pretensión punitiva del Estado, que puede disponerse a pedido de la persona sometida a proceso penal, por el cual se impone a ésta última el deber de cumplir con ciertas condiciones durante un período de tiempo, de modo tal que si el imputado cumple satisfactoriamente con ellas se extingue la acción penal, mientras que el trámite procesal continúa su curso en caso de incurrir en injustificados y maliciosos incumplimientos reiterados de esas condiciones.-

El mentado instituto tiene como finalidad conceder al imputado la oportunidad de resarcir el daño causado, apelando al concepto de “paz social”, liberándolo así del estigma de la sanción penal, suspendiendo el ejercicio de la potestad punitiva estatal.-

Es una respuesta más humana en la justicia penal, ya que tiende no solo a evitar las consecuencias negativas del encarcelamiento, sino que se centra en la resocialización de los imputados, sin por ello dejar de lado la penalización.

Por otra parte, desde un punto de vista práctico impide que se llegue a la etapa de sentencia en procesos de menor trascendencia en política criminal, ahorrando recursos materiales y humanos, con la gran ventaja que se producen importantes reducciones de costos al Estado.-

La Probation está centrada en tratar de resarcir los daños causados, en especial hacia las víctimas, y en hacer una eficaz prevención de las futuras conductas delictivas. Es decir que, trata más de enmendar los efectos y de reeducar a los individuos.-

---

<sup>4</sup> “Probation” e institutos análogos – Autor Eleonora A. Devoto- Editorial hamurabi- 2ª.Ed. actualizada y ampliada-2005- Pág. 23/24.-



Esto no es olvidar el pasado, pero sí es poner mucho mayor énfasis en el futuro del imputado, vale decir es un sistema de prevención para evitar la reincidencia del mismo en otros actos delictivos.-

En opinión del Dr. Gustavo Vitale, "...Las características de este instituto y su aludida aplicación a cualquier imputado (y, por ello, también al desfavorecido sector social que el sistema penal selecciona habitualmente) hacen de él una útil herramienta destinada a la resolución de innumerables conflictos –interpersonales y sociales- del modo menos traumático posible, disminuyendo los perjuicios que para todos produce el sometimiento masivo de seres humanos a mecanismos como el proceso penal tradicional..."<sup>5</sup>

En apretada síntesis (toda vez que, este tema será desarrollado en profundidad en el Capítulo II) se puede decir que, este Instituto, es una salida alterna que permite suspender el proceso penal por un plazo no menor a un año y no mayor a tres, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- \* La pena prevista para el delito investigado no sea mayor a un plazo previsto.-
- \* Que el acusado no haya sido condenado previamente por delitos que haya cometido intencionalmente -dolosos-.
- \* Que no tenga o haya tenido otro proceso suspendido a prueba.-
- \* Que ni la víctima ni el ministerio público tengan una negativa fundada, es decir, que estén de acuerdo con esta salida alterna.-

El acusado tendrá que cumplir las condiciones que el juez indique para mantener la suspensión del proceso por el lapso estipulado, ejemplos de éstas pueden ser: pagar una indemnización a la víctima, someterse a un tratamiento médico, psicológico o de rehabilitación. En caso de no cumplir con las condiciones establecidas, se tendrá que reanudar con el proceso penal como si nunca hubiese sido suspendido.

Si durante la suspensión del proceso el acusado vuelve a cometer otro delito, se reanudará el proceso en suspensión y se le procesará por el nuevo delito.

---

<sup>5</sup> Vitale, Gustavo L. "Suspensión del Proceso Penal a Prueba" Editores del Puerto-2ª ed.-2004, Pág.30.-



Esta salida alterna permite que los primo-delincuentes se responsabilicen del delito que cometieron restaurando directamente el daño a la víctima y puedan rehabilitarse sin la necesidad de entrar a la cárcel, evitando así que el Estado gaste recursos en su sustento dentro de los reclusorios.-

## **2- Antecedentes Históricos:**

Los antecedentes de este instituto, por cierto son muchos, pero a modo de síntesis se pueden destacar básicamente dos tendencias, las cuales han sido calificadas por Julio de Olazábal<sup>6</sup> como, continental por un lado, y anglosajona por el otro.-

**La tendencia continental** propiciaba el pronunciamiento de culpabilidad y la consecuente condena para de inmediato, suspenderse la ejecución de ésta y someterse a prueba al condenado. Una vez cumplido el plazo de prueba o se extinguía el mismo pronunciamiento condenatorio o bien se extinguía tan sólo la ejecutabilidad de la pena.-

En cambio **la tendencia anglosajona**, producido el hecho con connotaciones delictivas, se difería o el enjuiciamiento o la declaración de culpabilidad o el pronunciamiento condenatorio. En todos los supuestos, sometido a prueba el imputado el proceso se cerraba.-

La modalidad de los sistemas anglosajones consiste en la paralización del proceso recién en el momento de su conclusión y en el instante previo al pronunciamiento de la sentencia, o bien, inmediatamente después de declarada la culpabilidad y antes de determinarse la pena a aplicar. En los casos en que se suspende el pronunciamiento de la sentencia, se evita el antecedente penal, ahora, si lo que se suspende es la determinación de la pena, se emite previamente un juicio de culpabilidad, pero, se evita de todas maneras, la inscripción registral del antecedente penal.-<sup>7</sup>

Restaría entonces determinar, que tendencia han adoptado nuestros legisladores al momento de incorporar el instituto al Código Penal.-

---

<sup>6</sup> DE OLAZÁBAL, Julio. "Suspensión del proceso a prueba", págs. 5 y ss; Ed. Astrea, año 1994.-

<sup>7</sup> Vitale, Gustavo L., ob.cit., pág. 44.-



Pues bien, la Probation - Ley 24.316- adopta dos modalidades, a saber:

Por un lado, como **medida autónoma**, donde se suspende el proceso penal sin dictarse sentencia, sometiéndose al imputado al régimen de prueba, sería el supuesto del art. 76 bis del C.P.-

Por el otro, como **medida complementaria**, esto es, se suspende la ejecución de la condena, quedando el condenado sujeto al sistema de vigilancia- art. 27 bis, incorporado por la ley 24.316.-

Visto de esta forma, podemos concluir entonces, que Nuestro Código Penal adopta los sistemas legislativos anglosajón y continental.<sup>8</sup>

### **3- Antecedentes Nacionales:**

Sabido es que el delito penal no puede ser enfocado únicamente como una mera ilicitud penal culpable y punible, sino que debe ser entendido también, como una manifestación de un conflicto, para el cual se debe buscar una solución.-

En países emergentes con el nuestro, las pésimas condiciones de habitabilidad de los lugares de detención, se sabe que no suelen ser ni sanos ni limpios como lo dispone el art. 18 de nuestra Constitución Nacional, que son sitios destinados al ocio, hacinamiento y a la promiscuidad, hacen que en este encierro los detenidos vayan perdiendo identidad, autoestima y que adquieran hábitos que no son compatibles con los de la vida libre.-

En este sentido, el Dr. Pedro Álvarez, reconoce que *"...no se puede educar y readaptar en un mundo hostilmente cerrado, donde la vida se automatiza, donde el ocio es reforzado, donde la sexualidad se enloda y pervierte, donde no hay posibilidades de pensar en algo beneficioso para él, la familia y la sociedad, donde, en fin, el ser se despersonaliza..."*<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> EDWARDS, Carlos, La Probation en el Código Penal Argentina-Ley 24316, Ed. Marcos Lerner –Editora Córdoba- 1994, pág. 34/35.-

<sup>9</sup> ÁLVAREZ, Pedro A. "Los motines carcelarios", en el "Tribuno", Salta, 3 de agosto de 1985.-



Ante esta realidad, se hace absolutamente necesario contar con mecanismos de resolución de nuestros conflictos humanos, en lugar de meros métodos de castigo al servicio de la reproducción de la violencia y del crimen.<sup>-10</sup>

El Estado argentino no ha estado ausente a esta problemática, y ha ido implementando diferentes mecanismos que tiendan a evitar la privación coactiva de la libertad personal.-

El Congreso de la Nación, a través de diferentes proyectos ha tratado de ir reemplazando la imposición y aplicación de penas carcelarias, por medidas que procuren impedir su indeseables efectos y permitan entonces, enfrentar el conflicto. Es así que a lo largo e los años, se ha llegado a este instituto de Suspensión del proceso a prueba para procesos penales en donde se investiguen delitos que no revistan extrema gravedad.-

### **3.1: Antecedentes Legislativos Nacionales. Proyectos Anteriores a la vigencia de la Ley 24.316:**

Antes de entrar en el análisis del instituto y los problemas interpretativos con los que nos topamos a diario, entiendo de sumo interés saber cuáles fueron las motivaciones o fundamentos político criminales del momento que hicieron que se tomara la decisión de introducirlo dentro del Código Penal.-

a) El proyecto de ley presentado por el diputado **Lorenzo CORTESE**, proyecto que en el año 1988 sanciono la Cámara de Diputados, que reforma el Título II del Libro I del Código Penal, introduciendo la fórmula “condena Condicional y tratamiento a prueba”, por la entonces condenación condicional.-

“...Las modificaciones más importantes que se introducen son las siguientes:

1- Disminución del termino máximo para imponer la remisión condicional del cumplimiento de la pena, de tres a dos años.-

2- Introducción de una serie de reglas que acompañarán la suspensión de la pena y que son las comunes que se presentan en proyectos y que se insertan en la ley actual,

---

<sup>10</sup> VITALE, Gustavo L, “Suspensión del Proceso Penal a Prueba” Editores del Puerto-2ª ed.-2004, pág. 15.-



incluida la presentación de trabajo no retribuido a favor del Estado o de Instituciones de bien público, fuera de los horarios habituales de trabajo...”<sup>11</sup>

Como se puede advertir, este proyecto prevé dos modalidades de suspensión, una, la aplicable a los supuestos de presunta imposición de condena de hasta dos años de prisión previo dictamen fiscal y sin pronunciamiento de culpabilidad, y la otra, la suspensión en los casos cuya pena legal no exceda de dos años de prisión y sin pronunciamiento acerca de culpabilidad.-

b) El proyecto presentado por el diputado **José J. MANNY**, que incorpora la “probation” en el sentido de suspensión del pronunciamiento de la sentencia.-

Este proyecto preveía una reforma, entre otras, a través de la inclusión del art. 28 bis, ter y Quatre.-

El art. 28 bis, disponía, en su primer parte “...*El imputado de un delito de acción pública, reprimido con pena de prisión, cuyo máximo no exceda de cuatro años, que haya confesado lisa y llanamente su participación en el mismo, podrá solicitar al juez o al tribunal correspondiente la suspensión del proceso a prueba...*”

En relación con las reglas de conducta de imposición obligatoria se prevén cinco de ellas, siendo la mas notable por ser distinta, la obligación “de reparar íntegramente los daños y perjuicios que el delito hubiere causado o garantizar de manera suficiente su total reparación futura.-

c) Otro proyecto de incorporación del instituto, fue el presentado por el **Poder Ejecutivo**, que se inserta en una formal integral al Código Penal.-

Este proyecto fija, solamente tres condiciones para acceder al beneficio, tales como, que el procesado hubiera solicitado el beneficio; que no registrase condena por delito y que no hubiese estado sometido a prueba en los cinco años anteriores.-

---

<sup>11</sup> “Probation” e institutos análogos – Autor Eleonora A. Devoto- Editorial hamurabi- 2ª.Ed. actualizada y ampliada-2005- Pág. 67.-



Además, incorpora otros supuestos que permiten suspender el proceso, por ejemplo si el hecho hubiese sido cometido entre cónyuges, parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o el segundo de afinidad o entre personas que conviven y la suspensión resulte conveniente para la víctima o para la prevención de otros conflictos.-

Reemplaza toda pena de prisión que supere los tres años por el compromiso de abandonar de inmediato el territorio nacional y no reingresar al mismo en los cinco años siguientes, siempre y cuando este reemplazo no perjudique seriamente los intereses de la víctima o cuando posibilite el incumplimiento de deberes familiares.-

Asimismo, este proyecto contempla la posibilidad de la suspensión de la aplicación de las penas cuando surgieren fundadas razones de salud o cuando se tratare de una mujer embarazada, por un plazo que no excederá de un año.-

d) La aplicación de “Métodos alternativos” de resolución de conflictos, es otra de las formas aplicables en un enorme variedad de casos. Así lo analiza el **Dr. Julio B.J.Maier**, quien “...en un “intento directo...por dismantelar un derecho penal autoritario, tal como el que nosotros conocemos culturalmente”, propone la incorporación al derecho penal de “soluciones conciliatorias o reparatorias, incluso terapéuticas, entre autor y víctima, y procedimientos tendientes a que esas soluciones se realicen prácticamente, en una medida considerable”. Estas “representan hoy soluciones posibles, para desplazar a la coacción penal o para suavizarla...”<sup>12</sup>

e) Es dable hacer mención también, que la “Probation” tiene como antecedente, en nuestra legislación nacional, a la suspensión del proceso a prueba que limitadamente admite el art. 18 de la Ley 23.737 (Estupefacientes) y se da cuando se trata de tenencia de estupefacientes para consumo personal y que el imputado dependa física y psíquicamente de los mismos.-

f) No se puede dejar de mencionar la influencia que ejercieron las recomendaciones realizadas por el “VII Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito

---

<sup>12</sup> Maier, Julio B.J.: “La víctima y el sistema penal”, en AA.VV., De los Delitos y las Víctimas, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, pag.245/246.-





y Tratamiento del Delincuente (Milán 1985) a los Estados miembros, de dirigir sus políticas criminales hacia la disminución del encierro y sus consecuencias, así como a ser creativos a la hora de organizar sistemas alternativos.-

**g)** Del mismo modo contribuyó lo dispuesto por la Organización de las Naciones Unidas, en el año 1.990, cuando con las denominadas “Reglas de Tokio”, invitó a los Estados miembros ha introducir medidas no privativas de la libertad en sus respectivos ordenamientos jurídicos, para de esa forma proporcionar otras opciones que tiendan a reducir la aplicación de penas cortas de prisión y racionalizar las políticas de justicia penal, teniendo en cuenta el respeto de los derechos humanos, las exigencias de la justicia social y las necesidades de rehabilitación del delincuente. Así lo expresa en su art. 1.5, “... *Los Estados Miembros introducirán medidas no privativas de la libertad en sus respectivos ordenamientos jurídicos para proporcionar otras opciones, y de esa manera reducir la aplicación de las penas de prisión, y racionalizar las políticas de justicia penal, teniendo en cuenta el respeto de los derechos humanos, las exigencias de la justicia social y las necesidades de rehabilitación del delincuente...*” por otra parte, en su art. 2.3, propugna “... *A fin de asegurar una mayor flexibilidad, compatible con el tipo y la gravedad del delito, la personalidad y los antecedentes del delincuente y la protección de la sociedad, y evitar la aplicación innecesaria de la pena de prisión, el sistema de justicia penal establecerá una amplia serie de medidas no privativas de la libertad, desde la fase anterior al juicio hasta la fase posterior a la sentencia. El número y el tipo de las medidas no privativas de la libertad disponibles deben estar determinados de manera tal que sea posible fijar de manera coherente las penas...*”<sup>13</sup>.

Los proyectos y propuestas de nuestros juristas, el Derecho Internacional analizados precedentemente, en realidad son algunos de los tantos antecedentes que dieron como resultado la incorporación de este instituto a nuestro Código Penal.-

Pues bien, de lo expuesto hasta ahora y en apretada síntesis, se puede deducir, que los motivos que dieron nacimiento a la Probation o suspensión del juicio a prueba (incorporada a nuestro Código Penal -arts. 76 bis, ter y quáter- en el año 1994, mediante la Ley 24.316), básicamente fueron:

---

<sup>13</sup> [http://www.mjus.gba.gov.ar/legislacion/todos/normas\\_internacionales/reglas\\_de\\_tokio.pdf](http://www.mjus.gba.gov.ar/legislacion/todos/normas_internacionales/reglas_de_tokio.pdf)



- a.- Evitar el efecto negativo de las penas cortas de prisión.-
- b.- Descongestionar a la administración de justicia.

### **3.2: Antecedentes Parlamentarios:**

Conforme surge de los antecedentes parlamentarios, la Probation que se propició, tuvo como premisa reformar sustancialmente el funcionamiento real de los sistemas judiciales en materia penal en la República Argentina.-

Es entonces que, el día 12 de Agosto de 1992, el Dr. Carlos Saúl MENEM y León ARSLANIAN, elevan al Honorable Congreso de la Nación a través del Mensaje N° 1440 del Poder Ejecutivo, los instrumentos jurídicos indispensables que se deberán tener en cuenta para que el pleno respeto de la garantía del “debido proceso” no impida al Estado adjudicar una respuesta penal adecuada a todos los delitos perpetrados.-

Resulta interesante analizar cual fue el espíritu de la propuesta elevada. Cuales fueron esos instrumentos jurídicos que resultaban indispensables a tener en cuenta.

Pues bien, con la presentación de la propuesta de incorporación del instituto al Código Penal, lo que se intentó fue reforzar la función judicial de prevención especial respecto de quien participó en un hecho delictivo.-

No apartarse del “**principio de legalidad**” ya que el instituto previsto se encuentra estrictamente condicionado a la observancia de situaciones objetivas, fijadas por la ley, para su procedencia. Por otra parte, las reglas de observación. Impuestas por el juez al beneficiario, en ningún momento tiene el carácter de “pena”, sin que tan solo revisten el carácter de exigencias procesales especiales cuyo cumplimiento posibilitaría la extinción de la acción penal en beneficio de quien ha sido sometido a un proceso.-

Garantizar el derecho de defensa en juicio (Art. 18 de la C. N.) así como, el derecho a la jurisdicción (Art. 14 de la C.N.), toda vez que, si bien es facultad del juez aplicar este procedimiento, dicha alternativa sólo procede si el beneficiario lo solicita en forma libre y voluntaria, luego de emitir su declaración en la causa.-



Que la suspensión del proceso a prueba, sea una excepción al principio de oportunidad (Art. 71 del C.P.) en ejercicio de las acciones penales, atento a su carácter irrefragable, más no del principio de legalidad (Art. 18 y 19 de la C.N.).-

Que no altere de la garantía del Art. 18 de la C.N. cuando establece que: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso...” desde que el instituto se encuentra estrictamente regulado por la ley en todo lo que hace a las condiciones de procedibilidad, no quedando éstas sujetas a discrecionalidad de funcionario alguno, que facilite desigualdades arbitrarias.-

Que el instituto de suspensión a prueba se encuentre respaldado por fundamentales razones de orden práctico, toda vez que, permitirá descongestionar los puntos críticos de toda organización judicial, permitiendo así, obtener un rendimiento mejor.-

No pretende abarcar todas las causas pendientes que año a año se acumulan en los distintos tribunales, sino los de menor gravedad, que comprendan hechos delictivos que dañan intereses individuales y sociales que actualmente se encuentran sin respuesta estatal.-

Reducir la posibilidad de la suspensión de la condena por segunda vez a los supuestos en los cuales el nuevo delito es culposo y ha sido cometido después de haber transcurrido ocho (8) años a partir de la fecha de la condena firme. El instituto debe beneficiar a los delincuentes primarios.<sup>14</sup>

### **3.3: Antecedentes Legislativos Nacionales. Proyectos Posteriores a la vigencia de la Ley 24.316:**

Una vez incorporada la Suspensión del Proceso a Prueba a nuestro Código Penal a través de la Ley 24.316, lo cierto es que, la redacción de la misma, pronto comenzó a presentar algunos interrogantes.-

---

<sup>14</sup> EDWARDS, Carlos “La Probation en el Código Penal Argentino” Ley 24.316- Ed. Marcos Erner-Editora Córdoba- 1994, pág. 189/207.-



Es así que, se han presentado en el Congreso de la Nación una serie de proyectos de reforma que tuvieron como objetivo fundamental clarificar la normativa vigente en nuestro sistema de justicia penal, entre los cuales tenemos los proyectos elaborados y presentados por el diputado Osvaldo PELLIN (Neuquén) a la Cámara de Diputados de la Nación el 17 de Octubre de 1995 (Expte. 4494-D-95) y el del Proyecto de ley sobre persecución penal eficaz presentado por el diputado José I. CAFFERATA NORES (Expte. Cámara de Diputados 6419-D-96) en los cuales se plantea la idea de ampliar el ámbito de aplicación del instituto.-

En relación con los proyectos presentados por Oscar L. Fappiano (Septiembre de 1998); Senador Jorge A. Agúndez. (Abril de 1995) y Proyecto del Poder Ejecutivo Nacional (Abril de 1995), entre otros, en general fueron elaborados con el objeto de consagrar un régimen concordante con la interpretación amplia.<sup>15</sup>

Estas iniciativas de reformas no han cesado, así como tampoco, la disparidad de criterios en cuanto a su aplicación. Tal es así, que en el año 2001, el legislador PICHETTO, presentó un proyecto de ley en el cual se pretende ceñir la aplicación de la “probation” al criterio restringido a efectos de evitar “inaceptables interpretaciones” a efectos de impedir que algunos tribunales apliquen el régimen para la comisión de delitos graves.-

Por otra parte, también se han presentado proyectos de reformas sobre diversos puntos, por ejemplo, en relación con el control que se ejerce sobre los cumplimientos de la probation, los resultados de los trabajos comunitarios encomendados, entre otros, los cuales estaban emparentados con temas atinentes a la puesta en marcha. Entre ellos, podemos mencionar el proyecto de la Diputada Norma GODOY (agosto de 2001, Expte. 5117-D-01). En esa oportunidad, la diputada GODOY, enfatiza los graves problemas que traen aparejados para la sociedad y para el penado la reclusión en institutos penitenciarios, que no ofrecen ningún tipo de respuesta satisfactoria para su futura reintegración en la comunidad y cumplen únicamente la función de aislamientos del recluso.<sup>16</sup>

Otros temas analizados fueron en relación con reformas técnicas, tales como la necesidad de incorporar activamente a la víctima en el proceso en tanto el imputado necesitaría de la aceptación de esta parte para obtener la suspensión del proceso, sustituir la

---

<sup>15</sup> Vitale, Gustavo, ob.cit., pág. 102/103.-

<sup>16</sup> Devoto, Eleonora, ob. cit., pág.287/288.-



designación del título “suspensión de juicio a prueba” pro “suspensión del proceso”, el término de “imputado por el de “procesado”, que incluya su aplicación a delitos culposos cometidos por funcionario públicos y en aquellos que prevean pena de inhabilitación, así como, la problemática recurrente, esto es, la aplicación del instituto en el caso que pueda corresponder condena de ejecución condicional (tesis amplia).-<sup>17</sup>

Lamentablemente, los proyectos y propuestas de nuestros juristas mencionados precedentemente, no han recibido tratamiento alguno, por lo que, atento a haber superado ya el año, han caducado. Decimos “lamentablemente”, pues entendemos necesario el tratamiento de todas esas cuestiones.-

#### **4- Probation en el Derecho Comparado:**

Entendemos enriquecedor poder investigar que sucede en el Derecho comparado, tanto en los países Europeos como en América, toda vez que, de esta manera, se podrá alcanzar un panorama global del funcionamiento de esta medida alternativa.-

##### **4.1: Países Europeos:**

Sir. Graham Smith quien se desempeñó como Jefe de Inspectores de Probation del Gobierno Británico desde el año 1992 a 2001, habiéndose desempeñado anteriormente como Jefe de Probation de la Oficina de Londres desde 1980 a 1992; en agosto de 2000 visitó la Argentina para disertar en el Iº Seminario Internacional sobre Probation.-

En calidad de disertante, nos ha ilustrado acerca de la historia y situación actual de los Servicios de Probation en Europa.-

“...Dinamarca es quien fundó el Servicio de Probation en 1820... Desde entonces hasta hoy se ha hecho un largo recorrido en este tema. Actualmente en Europa hay una tendencia bastante fuerte de establecer la Probation y los sistemas de libertad condicional en aquellos países que nunca lo han tenido...”.-

---

<sup>17</sup> Proyecto N° 1442-D-02, presentado por el legislador Héctor POLINO, con fecha 5/04/2002 y Proyecto N° 7501-D-02, presentado por los diputados Pascual CAPELLERI Y Horacio VIVO, con fecha 25/11/02.-



Por otra parte, hizo mención de los problemas reales que están apareciendo en Europa, que afectan los Servicios de Probation, tales como:

- La ruptura de los países que forman el bloque comunista y los cambios extraordinarios legales, sociales, económicos y políticos que han ocurrido, han creado nuevas tipos y niveles de crimen y nuevas oportunidades criminales.-

- El crecimiento del crimen en Europa ha sido completado por el desorden de personas que se desplazaron de este a oeste, algunos de ellos inmigrantes, otros refugiados, y otros por contratos laborales.-

- El aumento de imputados o procesados extranjeros es un hecho en nuestras prisiones. La apertura de las fronteras ha significado que el Este contamine al Oeste con nuevas rutas de drogas, que se ven potenciadas por la prostitución y además por el crimen organizado.-

- La mafia rusa está a salvo de la policía a través de toda Europa, y son los más brutales y letales que jamás se haya visto. El Oeste, sin embargo, también ha infectado al Este con nuevos diseñadores de drogas, anfetaminas y éxtasis; robamos autos y los vendemos en el este; enviamos nuestros residuos peligrosos al este y esperamos destruirlos baratamente, esto también es ilegal; también el crimen de piratería o informático es un nuevo hecho en el este.-

El resultado de todo esto fueron nuevas leyes, nuevas penas, cambios en las reglas de la prueba y la evidencia, gran énfasis en los derechos humanos, en las víctimas y en su perspectiva, y una mayor tendencia a introducir un más amplio rango de penas de todos los tipos en los distintos tribunales.-

Aunque muchos Servicios de Probation no ofrecen todos los servicios, los más modernos, por ejemplo los del noroeste de Europa, ofrecen cuatro actividades diferentes.

1. La provisión de información a los tribunales, a través del mecanismo de informe previo a la sentencia; llamada para algunos “sentencia previa”, otros le dan diferentes nombres. Este informe es independiente de la causa y de los abogados defensores, ayuda a los jueces a realizar un acuerdo apropiado que resguarde protección del público y hace sugerencias para reducir la reincidencia. El Oficial de Probation escribe un reporte a la corte, el Juez lo recibe y puede o no actuar en consecuencia de esas recomendaciones. El servicio de la Probation en el Reino Unido, por ejemplo, prepara 250 mil informes anuales para los tribunales, desde la Corte Suprema hasta los tribunales inferiores, y es considerado como un sistema enorme de publicidad y



ventana para el Servicio de la Probation. Entonces, eso es la provisión de información que ayuda a la sentencia.

2. La supervisión y apoyo por Oficiales de Probation a las personas que permanecen en custodia sin ser condenadas; ofrecen información y facilidades de apoyo, evitando que los tribunales, en un número que está aumentando, mantengan personas en custodia, quizás por años, mientras que esperan que se les realice el juicio. La investigación ha demostrado que se mantiene a esas personas de una manera más segura, se evita la superpoblación en las cárceles, y es inmensamente valuable el aporte que se hace a los tribunales.

3. La provisión de un amplio espectro de dispositivos de la comunidad que se ofrece a las Cortes, con supervisión y cuidado de los Oficiales de Probation, según un conjunto de normas nacionales que deben tener y seguir. Las Cortes sentencian a un ofensor a realizar a un número predesignado de horas de trabajo de servicio a la comunidad, en horarios convenientes, en fines de semana y por las tardes.-

Está siendo ofrecido a muy serios ofensores en la mayoría de los tribunales del noroeste europeo que tienen la facilidad y la disposición; algunos de ellos lo usan como una parte de la suspensión de la sentencia de prisión; por ejemplo, los alemanes dan una larga condena a prisión y la suspenden por servicios a la comunidad que sean operados por los Servicios de Probation, y si se completan las horas, la sentencia es olvidada.

4. Hay Servicios de Probation y libertad bajo palabra que permiten que ofensores que se encuentran en prisión sean liberados antes de lo que corresponde bajo ciertas condiciones y con aprobación del tribunal. En función de toda la evidencia investigada, las personas con libertad bajo palabra lo hacen mejor que otras categorías que están liberadas de la prisión, eso es debido a que tienen alguien que está cuidando, mirando, supervisando, y ofreciendo ayuda.<sup>18</sup>

El objetivo de recurrir a la pena detentiva breve sólo como extremo ratio y la búsqueda de adecuadas medidas sustitutivas o alternativas ha constituido el propósito más característico de todo el pensamiento reformista penal europeo.-

---

<sup>18</sup> <http://www.kennedy.edu.ar/probation/pdf/GrahamSmith.pdf>



Como datos interesantes respecto de algunos países de Europa, podemos mencionar los siguientes:

- En **Alemania**, la probation es llamada “genuina”, solo existe y con carácter de excepción en el Derecho de la Juventud. En cambio si aparece la forma tradicional europea de sursis, de remisión del cumplimiento de la pena que se pronuncia y su sentido consiste en la evitación del cumplimiento de la sanción con objetivos de prevención especial.-

- En **España**, no prevé un verdadero sistema de “probation”, en el sentido de supervisión, contempla la remisión condicional del cumplimiento de la pena como alternativa de prisión.-

Por otra parte, resulta interesante la amplia facultad que se otorga a los jueces de sustituir las penas de prisión que no excedan de un año “...previa audiencia de las partes, en la misma sentencia, o posteriormente en auto motivado, antes de dar inicio a su ejecución, respecto de las penas de prisión que no excedan de un año por arresto de fin de semana o multa, aunque la ley no prevea estas penas para el delito de que se trate, cuando las circunstancias personales...” Art. 88 del Código Penal Español.-

Creemos interesante poner de manifiesto, y al solo efecto de poder mostrar la diversidad de motivaciones por las que cabe suplir el encarcelamiento en España, la regulación con la que cuenta el derecho español en relación con los extranjeros. En este sentido, los jueces se encuentran autorizados a sustituir las penas de hasta seis años de prisión por la expulsión del país.-

- En **Francia**, por ejemplo, coexisten la “*sursis simple*”, suspensión de la ejecución de la pena, que incluye un período de prueba de cinco años y la suspensión como “*probation*” fundamentada en la inadecuación de la simple cancelación del cumplimiento que deja probado “libre” durante los cinco años de prueba. En esta sursis el período de prueba es mas flexible y varía teniendo en cuenta los intereses de la sociedad y del ofensor, sometiendo al probado, durante ese término, a un tratamiento individualizado, que puede ser





modificado por el juez y aún abolido cuando el autor impresiona como rehabilitado y ha observado las reglas del comportamiento fijadas.-<sup>19</sup>

Podríamos extendernos aún más en el desarrollo de la aplicación del instituto en otros países europeos. Pero, consideramos que a grandes rasgos hemos podido dar un panorama general del funcionamiento del mismo en Europa.-

Restaría entonces analizar lo que sucede en los países de América con la “probation”, y así, culminaremos con el desarrollo del presente capítulo.-

#### **4.2: América:**

La probation es una institución muy antigua que existió, en de diferentes maneras, desde el siglo XIV. Es, indudablemente, una institución de raigambre angloamericana.-

Puede tenerse en cuenta un lejano antecedente en Inglaterra con erecognizance (garantía de buena conducta), prevista en el Estatuto de Enrique III, 1361). Pasó siglos después a América y fue aplicada por primera vez por un juez de Boston (Tacher). Su influencia se extendió al Estado de Masachussets donde se aplica la recognizance en 1836; en 1876 se dictó un ley sobre probation en el estado mencionado, por lo que los tribunales debieron nombrar funcionarios encargados de la aplicación del sistema de prueba, que alcanzó rápida difusión.-

Aún así, como bien nos ilustra la Dra. Devoto, la “probation” en sentido estricto no esta profusamente prevista en los sistemas penales de América Hispanohablante aunque sí existe como modalidad de condena de ejecución condicional, similar a la “*sursis*”.-<sup>20</sup>

Como interesante de destacar, es el sistema de suspensión de Guatemala, pues es un sistema análogo al nuestro.-

El Código Penal y Procesal Penal de **Guatemala** regulan distintos aspectos del régimen de la llamada suspensión condicional de la persecución penal, que es

---

<sup>19</sup> DEVOTO, Eleonora, ob. cit., pág. 39/47.-

<sup>20</sup> DEVOTO, Eleonora, ob. cit., pág.37.-



aplicable a cualquier caso que permita la condena de ejecución condicional. Se suspende el trámite del proceso desde su inicio – una vez recibida declaración indagatoria-, pudiendo el juez imponer al imputado, durante el período de prueba, el deber de cumplir con ciertas reglas de conductas. En este caso, si la persona sometida a proceso cumple con las condiciones impuestas, el proceso penal tradicional ya no deberá llevarse a cabo.-<sup>21</sup>

En tanto, en **Brasil**, se contemplan dos formas de suspensión, una simple o mediante régimen de prueba, aplicables respectivamente a los condenados de ninguna o escasa peligrosidad, y la otra, para procedimientos rápidos para el tratamiento de los supuestos de criminalidad leve o mediana. En este último supuesto, combina la incorporación de la víctima y la conciliación que inclusive, puede estar a cargo de mediadores.-

En ambos casos, se ordena la compensación de los daños causados a la víctima y también la imposición de limitaciones, similares a las previstas en nuestro art. 27 bis del C.Penal.-

Que sucede pues, con **Bolivia**. La legislación boliviana establece como condición para la suspensión que, la conducta anterior al delito del imputado y su comportamiento posterior hayan sido “**notoriamente buenos**”, de ser así, podrá imponer, cuando su personalidad, la naturaleza y modalidad del hecho y el deseo manifestado de reparar en lo posible las consecuencias del mismo, le den al juez la convicción de que el condenado acreedor de este beneficio, se conducirá correctamente sin necesidad de ejecutar la pena.-

En tanto en **Colombia**, solo se contempla la condena de ejecución Condicional. Ella la aplican a delitos cuya pena sea de arresto o no exceda de tres años de prisión, al igual que nuestro derecho; para lo cual se impone, que para la aplicación de la suspensión de la pena, el Tribunal debe tener la convicción de que el individuo que va a gozar de este beneficio no es peligroso para la sociedad y de que no volverá a delinquir.-

Por último haremos mención, someramente, de la legislación peruana en materia de penas, pues, se destaca por su modernidad, toda vez que, básicamente, contempla una

---

<sup>21</sup> BARRIENTOS PALLECER, César, “La desjudicialización en el nuevo proceso penal guatemalteco”, en Justicia Penal y Sociedad” Revista Guatemalteca de Ciencias Penales, año III, N° 5, agosto 1994, pag.68/71.-



amplia gama de posibilidades de reacciones penales a fin de que puedan ser racionalmente escogidas por el juzgador, a saber:

\*Se prevén la prestación de servicios a la comunidad, la limitación de días libres y la inhabilitación.(Arts. 31 a 40 del C.P.)

\*Se incluyen las llamadas conversiones: Cuando se encuentren excluidos de la aplicación de la condena condicional o la reserva del fallo condenatorio, la posibilidad de convertir la pena privativa de libertad no mayor a un año , en otra de multa, prestación de servicios comunitarios o limitación de días libres, a razón de un día d privación de la libertad por un día-multa, por una jornada de prestación de servicios a la comunidad o por una jornada de limitación de días libres (Art. 52 C.P.)

\*En texto separado del Código, se prevé:

**-La suspensión de la pena** , cuando la condena se refiera a pena no mayor a cuatro años y la naturaleza, modalidad del hecho punible y la personalidad del agente hiciera prever que esta medida impedirá cometer nuevo delito (art. 57) y,

**-La reserva del fallo condenatorio**, esto es, la abstención de dictar la parte resolutive de la sentencia, sin perjuicio de fijar las responsabilidades civiles que procedan, siempre que el delito este sancionado con pena privativa de libertad no mayor a tres años o con multa, o cuando la pena no supere los noventa días libres o la pena no exceda de los dos años de inhabilitación. En este caso, claro está, se impondrán las reglas de conducta muy similares a las previstas en la suspensión de la ejecución de la pena.-

Creemos oportuno aclarar, toda vez que para nuestro derecho es algo novedoso, que significa **“Limitación de los días libres”**. Pues bien, el derecho peruano ha incorporado esta modalidad de suspensión, entendiendo por tal limitación, en la obligación de permanecer fines de semana y feriados en un establecimiento con fines educativos, donde el condenado recibirá orientaciones tendientes a su rehabilitación.-



### **Conclusión:**

Hemos concluido con el primer capítulo de del trabajo. Nuestro objetivo ha sido aportar un marco referencial en relación con el Instituto de Suspensión del Juicio a Prueba.-

Entendemos de suma importancia, a efectos de adentrarnos al instituto mismo, poder comprender la importancia de la probation, cuales han sido sus antecedentes tanto en nuestro derecho, como en el derecho comparado.-

En cuanto a la aplicación de las medidas alternativas en el derecho comparado, entendemos ha quedado claro, que es en Europa donde, en relación con las sanciones penales, mayores cambios se han producido en los últimos tiempos, pues se sigue insistiendo en la negatividad de las penas de corta duración.-

En nuestro Derecho, como hemos podido apreciar, muchos han sido los análisis que se han efectuado antes de poner en funcionamiento el mismo.-

Por cierto, ha habido grandes diferencias en relación a cual sería su aplicación antes de su puesta en marcha. Lamentablemente, aún hoy, esas diferencias continúan, cuestiones que serán analizadas en profundidad en el Capítulo IV, toda vez que entendemos necesario conocer previamente como ha sido incorporado a nuestro Código Penal la “Suspensión del Juicio a Prueba”.-

Cabe hacer la aclaración que, en los capítulos II y III no nos extenderemos en demasía, toda vez que, el objetivo será, poder plasmar cual es el funcionamiento del instituto y como se encuentra normado, pues a partir de ello, podremos luego adentrarnos en la problemática concreta del presente trabajo, esto es, el Análisis e Interpretación de la aplicación de la Suspensión del proceso a Prueba.-



## CAPITULO II:

### 5: Naturaleza jurídica:

A partir de lo expuesto hasta ahora, en apretada síntesis, se puede deducir, que los motivos que dieron nacimiento a la Probation o suspensión del juicio a prueba (incorporada a nuestro Código Penal -arts. 76 bis, ter y quáter- en el año 1994, mediante la Ley 24.316), básicamente fueron: Evitar el efecto negativo de las penas cortas de prisión y descongestionar a la administración de justicia.-

En efecto, una de las motivaciones que dieron origen a la normativa contemplada en los artículos 76 bis, 76 ter y 76 quáter del Código Penal fue una cuestión netamente práctica, la necesidad de que existan institutos que impidan la llegada a sentencia de muchos procesos y con la presencia de un cierto ingrediente, un atenuado **principio de oportunidad** en el ejercicio de las acciones. Además, junto con las cuestiones apuntadas se debe sumar la intención de evitar el abarrotamiento de cárceles superpobladas y la ineficacia de las penas privativas de la libertad por períodos breves que lejos de cumplir con la ficticia finalidad resocializadora, les confieren aún más a los delincuentes una incorporación de nuevos conocimientos de utilidad para su perfeccionamiento en la carrera delictiva.-

Se podría caracterizar entonces a la suspensión del proceso a prueba, como una manifestación del principio de oportunidad procesal (reglado por la ley y sujeto a un control judicial)<sup>22</sup>

El art. 120 de nuestra carta magna, dispone que la función de promover la actuación judicial deberá ser llevada a cabo en defensa de los “intereses generales de la sociedad”; abriendo de esta manera, a la oportunidad procesal y a su consiguiente reglamentación. La tutela de tales intereses demanda precisamente, la planificación racional de la actuación de la justicia, por tal razón, el esclarecimiento de los ilícitos más graves deberá intentarse aún a costa de la no persecución de otros.-

Para finalizar, entendemos resulta interesante el sentido que le ha dado De Olazábal a la suspensión del proceso a prueba, el cual ha manifestado que el mismo es un instituto

---

<sup>22</sup> Baigún, David, “Código Penal y Normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial. Parte General (arts. 35/78), T.II, Editorial Hammurabi, 2002, pág. 806.-



*bifronte*, pues por una parte, tiene capacidad extintiva de la acción penal, y para otra, se manifiesta claramente como instaurador de un principio de oportunidad en el ejercicio de las acciones.<sup>23</sup>

## **6- Condiciones para disponer la Suspensión del Proceso a Prueba:**

La Ley 24.316 exige algunas condiciones o requisitos tanto como para la admisibilidad de la Suspensión del Juicio a Prueba, así como, para mantenerla una vez dispuesta y para declarar la extinción de la acción penal.-

Pues bien, dentro de estas condiciones tenemos las siguientes:

### **6.1: Oportunidad:**

En cuanto a la oportunidad nos estamos refiriendo al *“momento en que puede el imputado solicitar la suspensión del juicio a prueba”*; el estadio procesal en el cual puede ser solicitada la suspensión del proceso a prueba; y en su caso, cuándo se torna perentoria la petición, es decir, hasta qué momento procesal hay posibilidades de hacer valer el derecho del imputado.-

Entendemos resulta de fundamental importancia que sea dilucidado a ciencia cierta desde cuándo y hasta cuándo se puede utilizar como medio de defensa o como un verdadero principio de oportunidad, pues esto nos permitirá lograr tener un mayor manejo de las herramientas con las que contamos a la hora de desempeñarnos como profesionales del derecho.-

Sobre este tema, también se han presentado algunas interpretaciones contrarias, dado que la letra de la ley nada dice en concreto en cuanto a cual es el tiempo procesal de tal solicitud, en consecuencia, es imprescindible que busquemos el sentido y finalidad que tiene la norma a través de una interpretación racional, tomando como base la naturaleza del instituto a efectos de poder brindar así, respuestas concretas.-

Así pues, resulta imprescindible analizar el texto de la ley, dado que, como se explicara en la introducción del presente trabajo, parecería ser que sus diferentes párrafos aluden a situaciones distintas.-

---

<sup>23</sup> De Olazábal, J., ob.cit., pág.22.-



Creemos oportuno entonces, transcribir el texto de la ley, para su posterior análisis.-

“...Título 12: “De la suspensión del juicio a prueba”.-

**Artículo 76 bis:** *El imputado de un delito de acción pública reprimido con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años, podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba.- En los casos de concurso de delitos, el imputado también podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba si el máximo de la pena de reclusión o prisión aplicable no excediese de tres años. Al presentar la solicitud, el imputado deberá ofrecer hacerse cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible, sin que ello implique confesión ni reconocimiento de la responsabilidad civil correspondiente. El juez decidirá sobre la razonabilidad del ofrecimiento en resolución fundada. La parte damnificada podrá aceptar o no la reparación ofrecida, y en este último caso, si la realización del juicio se suspendiere, tendrá habilitada la acción civil correspondiente.*

*Si las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable, y hubiese consentimiento del fiscal, el tribunal podrá suspender la realización del juicio.*

*Si el delito o alguno de los delitos que integran el concurso estuviera reprimido con pena de multa aplicable en forma conjunta o alternativa con la de prisión, será condición, además, que se pague el mínimo de la multa correspondiente.*

*El imputado deberá abandonar a favor del Estado, los bienes que presumiblemente resultarían decomisados en caso que recayera condena.*

*No procederá la suspensión del juicio a prueba cuando un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, hubiese participado en el delito.*

*Tampoco procederá la suspensión del juicio a prueba respecto de los delitos reprimidos con pena de inhabilitación.*

**Artículo 76 ter:** *El tiempo de la suspensión del juicio será fijado por el tribunal entre uno y tres años, según la gravedad del delito. El tribunal establecerá las reglas de conducta que deberá cumplir el imputado, conforme las previsiones del artículo 27 bis.*

*Durante ese tiempo se suspenderá la prescripción de la acción penal.*



*La suspensión del juicio será dejada sin efecto si con posterioridad se conocieran circunstancias que modifiquen el máximo de la pena aplicable o estimación acerca de la condicionalidad de la ejecución de la posible condena.*

*Si durante el tiempo fijado por **el tribunal** el imputado no comete un delito, repara los daños en la medida ofrecida y cumple con las reglas de conducta establecidas, se extinguirá la acción penal. En caso contrario, se llevará a cabo el juicio y si el imputado fuere absuelto se le devolverán los bienes abandonados en favor del Estado y la multa pagada, pero no podrá pretender el reintegro de las reparaciones cumplidas.*

*Cuando la realización del juicio fuese determinada por la comisión de un nuevo delito, la pena que se imponga no podrá ser dejada en suspenso.*

*La suspensión de un juicio a prueba podrá ser concedida por segunda vez si el nuevo delito ha sido cometido después de haber transcurrido ocho años a partir de la fecha de expiración del plazo por el cual hubiera sido suspendido el juicio en el proceso anterior.*

*No se admitirá una nueva suspensión de juicio respecto de quien hubiese incumplido las reglas impuestas en una suspensión anterior.*

**Artículo 76 quater:** *La suspensión del juicio a prueba hará inaplicables al caso las reglas de prejudicialidad de los artículos 1101 y 1102 del Código Civil, y no obstará a la aplicación de las sanciones contravencionales, disciplinarias o administrativas que pudieran corresponder.*

Como se habrá advertido, hemos remarcado las palabras imputado, juez y Tribunal, pues este es el punto que determinará la oportunidad, por las siguientes consideraciones:

Algunos autores como sostienen que la oportunidad para solicitar la suspensión del proceso a prueba sería con la iniciación del juicio, es decir, con el primer proveído configurativo de la apertura del juicio o etapa del plenario, toda vez que, de la redacción del art. 76bis, párr.. 2° y 3° se puede inferir que para ello es necesario el dictado de la resolución que ordene tal proceder apuntado.<sup>24</sup>

---

<sup>24</sup> DE OLAZÁBAL, Julio ob. cit., págs. 67 y ss.-





Con la interpretación del 4° párrafo del mismo artículo, ocurriría lo mismo cuando hace referencia a dejar en suspenso la condena, pues aquí se menciona que sería “**el Tribunal**” quien podría suspender la realización del juicio. Esta claro que, esto demuestra la vieja discusión en los proyectos de ley que se presentaron oportunamente cuando se planteó una dicotomía de si había que interpretar “estricto sensu” el significado de Tribunal; pues si debía hacerse de esa manera, indudablemente se estaba hablando de una etapa de debate o plenario que se plasma en el juicio oral.-

Y respecto del momento cúlmene en el que podría introducirse el pedido de suspensión, sostiene DE OLAZABAL, que debería ser en cualquier momento del juicio y hasta tanto no exista el pronunciamiento de una sentencia definitiva.-

Ahora bien, resulta interesante hacer mención de la opinión del Dr. Alberto Bovino, toda vez que, si bien coincide con De Olazábal acerca del momento tópico del pedido de suspensión, va más allá, pues plantea, respecto del momento de poder hacer el pedido, la posibilidad de que sería viable tal solicitud aún antes del debate, en la misma etapa de instrucción luego de que se dicta el auto de procesamiento del sujeto.-

Esto porque, no sólo permitiría que el sistema jurisdiccional se ahorre un dispendio innecesario de trabajo, sino que además, le daría al imputado una mayor oportunidad para ejercer su derecho a solicitar la suspensión del proceso en su contra o para obtener la clausura definitiva del caso por sobreseimiento.<sup>25</sup>

El jurista Carlos OCHOA es de opinión que se podría presentar la solicitud de la suspensión del proceso a prueba antes de la etapa de juicio, esto es, en la instrucción; una vez que el imputado fue indagado y siempre que los elementos de convicción reunidos permitan al menos con cierto grado de probabilidad inferir la relación entre la existencia del hecho y la responsabilidad penal del imputado.<sup>26</sup>

Coincidimos con tal opinión, pues si analizamos el art. 24 del Código Procesal Penal de la Nación, la Cámara de Apelaciones conoce de los recursos interpuestos

---

<sup>25</sup> BOVINO, Alberto ob. cit., pág. 1088 y ss.-

<sup>26</sup> OCHOA, Carlos ob. cit., pág. 1279.-



contra las resoluciones de los jueces “de ejecución, cuando corresponda, en los casos de suspensión del proceso a prueba”, extremo que evidencia que ésta puede otorgarse durante la instrucción, y el art. 293 del ritual corrobora, por su ubicación sistemática en el libro II del Código Procesal Penal dicha conclusión.

En igual sentido, sostuvo la doctrina que los grupos de casos a los que se aplica la suspensión del proceso a prueba no se distinguen por la oportunidad de su planteo sino que por el contrario, cualquiera de ellos puede ser dispuesto desde la etapa de instrucción<sup>27</sup>, y que la suspensión del procedimiento a prueba puede pedirse en cualquier momento del proceso a partir de haberse formalizado la imputación en el acto de indagatoria.<sup>28</sup>

Para culminar, entendemos oportuno hacer mención de la postura planteada y adoptada casi en forma pacífica de los Dres. Breglia Arias y Gauna, la cual entienden que el momento para petitionar el beneficio de la suspensión del proceso es el de luego de tomada la declaración indagatoria, pero la instancia última y definitiva se concretaría a partir de que se ordena el período de debate.<sup>29</sup>

En tal sentido se expidió Cámara Nacional de Casación Penal, en la que sostuvo que “...*Procede el pedido de suspensión del proceso hasta el mismo día señalado para la realización de la audiencia, mientras no se haya abierto el debate.*”. (Dres. González Palazzo, Díez Ojeda y Hornos).<sup>30</sup>

A partir de los criterios que hemos mencionado, creemos que nos encontramos en condiciones de concluir en que:

a) Es posible petitionar la suspensión del proceso a prueba en la etapa instructoria y siempre que se haya llamado a declaración indagatoria.-

---

<sup>27</sup> VITALE, Gustavo L., ob.cit., pág. 311.-

<sup>28</sup> D’ALBORA, Francisco J., “Código Procesal Penal de la Nación”, Ed. Abeledo Perrot, 8° edición, Bs. As., 2009, pág. 497.-

<sup>29</sup> BREGLIA ARIAS, Omar, Código Penal y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado, en coautoría con Omar R. GAUNA, 3° ed., Ed. Astrea, Buenos Aires, 1994, pág. 622 y ss.-

<sup>30</sup> Figueroa, Enrique s/recurso de casación. 3/11/08 Causa n°: 9739.-  
Cámara Nacional de Casación Penal. Sala : IV. Registro n° 10989.4.-  
<http://jurisprudencia.pjn.gov.ar/documentos/jurisp/verdoc.jsp?db=B650&td=7&qn=1.->



b) De presentarse la hipótesis de la denegación de la concesión en la etapa instructoria o en su caso, la no solicitud del instituto en dicha etapa, el imputado tendría la posibilidad de hacerlo en la etapa del debate, siempre antes del pronunciamiento del Tribunal, ya que esa debe ser la instancia tópica, porque de lo contrario el instituto prácticamente pierde su razón de ser tanto en lo que hace a reeducación del beneficiario como en el ahorro de la carga laboral del poder judicial.-

### **6.2: Petición del imputado:**

Para que resulte procedente la aplicación del instituto, uno de los requisitos que marca taxativamente la ley es que, la Suspensión del proceso a prueba, solo será admisible y por lo tanto dispuesta si es solicitada por “el imputado”. Así lo establece el **Artículo 76 bis: El imputado de un delito de acción pública reprimido con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años, podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba.**

*En los casos de concurso de delitos, el imputado también podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba si el máximo de la pena de reclusión o prisión aplicable no excediese de tres años.*

¿Porque se ha previsto en la ley este requisito?, pues bien, porque por un lado, todo individuo sometido a un proceso tiene derecho a que tal situación sea dirimida a través de una sentencia definitiva que declare su inocencia o su culpabilidad.-

Esto es así, toda vez que, la suspensión del proceso a prueba encuentra base legal en una serie de normas que en Argentina tienen jerarquía constitucional, esto es, superiores a la ley penal, y que reconocen no solo el **derecho a que una sentencia definitiva declare su inocencia o su culpabilidad** (Art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional) sino también, que **“todo imputado tiene derecho al proceso regular”,** -Art. XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá 1948); tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, **a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra él en materia penal** – Art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (UN,París,1948), **a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada**



**contra él**-Art. 14, inc, 1°, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU, Nueva York, 1966).-

Porque hacemos mención a estos tratados internacionales?, porque la Suspensión del proceso a prueba, como bien lo indica su denominación, por sí misma **no extingue la acción penal** toda vez que, de no cumplir satisfactoriamente las condiciones impuestas al momento de otorgarse, la prosecución del proceso penal continuaría, con el consiguiente riesgo de condena y de eventual cumplimiento efectivo de una pena carcelaria, por lo tanto resulta absolutamente necesario que sea el imputado quien tome la decisión de acogerse al instituto.-

### **6.3: Ofrecimiento de la reparación del daño:**

El Art. 76 bis, en su 3° párr., dispone:

*“...Al presentar la solicitud, el imputado **deberá ofrecer hacerse cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible**, sin que ello implique confesión ni reconocimiento de la responsabilidad civil correspondiente. **El juez** decidirá sobre la razonabilidad del ofrecimiento en resolución fundada. La parte damnificada podrá aceptar o no la reparación ofrecida, y en este último caso, si la realización del juicio se suspendiere, tendrá habilitada la acción civil correspondiente...”*

¿Cuál es la finalidad de este requisito? Por un lado pretender la internalización en el imputado de la existencia de una posible víctima del hecho que se le atribuye; por otro lado, brindarle a la victima la posibilidad de una reparación por el daño sufrido, teniendo en cuenta que, de otra forma, quizás, en la mayoría del los casos así sucede, dicha reparación no se pueda hacer efectiva pues los imputados que habitualmente son perseguidos por el sistema penal no tienen en general solvencia alguna para garantizar a la víctima en caso de que la misma triunfara en una acción civil.-

En cambio, al estar previsto esta reparación como una **“condición”** de la suspensión a prueba de su propio proceso, buscará el imputado la forma de brindarle, ya sea ofreciendo dinero al contado o en cuotas, o por medio de un trabajo, o prestación de un servicio a favor de la víctima, la restitución o reparación del bien dañado. Recordemos que “reparar” puede consistir en un **dar**, en un **hacer** o en un **tolerar algo**.-



Ahora bien, tal reparación, como así lo expresa la ley, siempre deberá ser **“en la medida de lo posible”**. Sobre este aspecto conviene aclarar que esta reparación no debe hacerse con un estricto criterio civilista de reparación integral de los daños causado, sino que su función es, como dijimos precedentemente, un afán de solucionar esos daños. Por lo tanto, el juez debe merituar cada situación de un modo flexible, pudiendo incluso, de acuerdo a las circunstancias, entender que una disculpa expresa del peticionante y aceptada por la víctima resulta ser una reparación razonable.-

¿Que sucedería entonces si la víctima no acepta la reparación porque la considera insuficiente?

Compartimos el criterio del Dr. Vitale, quien entiende que, podrá disponerse igualmente si el órgano judicial la entiende razonable. Por el contrario, el Juez o Tribunal podrá rechazarla si, luego de considerar fundadamente **irrazonable** tal ofrecimiento, y después de habérselo hecho saber al imputado, éste no mejora la oferta.-

Por otra parte, puede suceder también, que la víctima no acepte el ofrecimiento de reparación del daño por carecer de interés. Ante esta situación, esta exigencia legal, dejará de tener sentido, por lo tanto, dejara también de ser una condición de admisibilidad del instituto.-

Es importante hacer mención, que en cualquiera supuesto de aceptación, el damnificado puede hacer el reclamo correspondiente en el fuero civil conforme lo dispone el art. 76 bis. 3° párr., del C.P.-<sup>31</sup>

Restaría por último analizar qué efectos produciría este tipo de reparación, pues podría interpretarse que, si el imputado debe reparar el daño causado, habría entonces una confesión o reconocimiento de responsabilidad civil por parte del mismo.-

En este sentido, la ley resulta clara cuando dispone en su parte pertinente que **“...sin que ello implique confesión ni reconocimiento de la responsabilidad civil correspondiente...”** ¿Que es lo que se procuró con la incorporación de este párrafo? que el

---

<sup>31</sup> VITALE, Gustavo L., ob.cit., pág.167 y ss.



imputado no sea tratado como culpable, toda vez que de ser así, se estarían vulnerando dos de las consagradas garantías constitucionales: **“presunción de inocencia”** y **“que de ningún modo se puede obligar al imputado a declarar contra sí mismo”**. (Art. 18 de la C.N.)-

#### **6.4: Aplicación de la Probation a Funcionarios Públicos:**

Como se podrá apreciar de la simple lectura de la normativa analizada en este trabajo, este régimen legal no se aplica a las personas que revisten carácter de funcionario público, siempre y cuando, sean imputadas como autores o partícipes en la ejecución, durante el ejercicio de sus funciones, de un delito que exija esa calidad de autor.-

Ahora bien, creemos que surgen aquí nuevamente algunos criterios contradictorios, toda vez que, algunos autores, han cuestionado que con la exclusión de los funcionarios públicos en el régimen se ha vulnerado uno de los principios constitucionales, como lo es el de **“igualdad”**.-

En este sentido han sentado su criterio Federico Guillermo Figueroa y Oscar Rabinovic<sup>32</sup>, en el cual sostienen que es inconstitucional e injusto, que los funcionarios públicos no puedan solicitar la suspensión del proceso a prueba. Afirman que es atentatorio al principio de igualdad ante la ley, pues tal exclusión equivaldría a una discriminación arbitraria basada en la nacionalidad, la raza, la extranjería, la religión, el sexo, idioma, etc.

Este criterio no ha sido compartido por el Dr. Vitale, quien considera que no es correcto porque “...quien desempeña una función pública se encuentra (al menos en ciertos casos) en una situación diferente a la de quien no la ejerce. El ejercicio de ella no sólo demanda el contante uso de viene públicos, sino que, a su vez, confiere un poder del que no cuenta el habitante común. La distinción de situaciones legitima un trato diferencial, pues la igualdad ante la ley no exige solamente el *mismo* trato en iguales circunstancias, sino también, *distinto* trato en situaciones desiguales...”<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> FIGUEROA, Federico G “Probation”. Exclusión de los funcionarios públicos por delitos cometidos en ejercicio de sus funciones. En coautoría con y RABINOVICH, Oscar, , En La Ley, Sección Doctrina, t. 1994-D, Buenos Aires. Pág. 1000.-

<sup>33</sup> VITALE, G., ob. cit., pág. 176.-



Queda entonces aclarar, cuales son las situaciones en la que se excluyen a los funcionarios públicos. En este sentido compartimos lo expuesto por el Dr. Vitale cuando enumera tres requisitos ineludibles, que deben presentarse juntos en cada caso, esto son:

**1) La calidad de funcionarios públicos.** Esto significa que, no quedan excluidos aquellos que, no siendo funcionarios, resulten imputados de intervenir de cualquier modo en la conducta que se atribuye al funcionario.-

**2) La circunstancia de encontrarse, al momento de la comisión del delito que se le adjudica, *ejerciendo efectivamente la función pública que es propia de sus funciones.*** Queda claro que, esto no incluye cualquier otro delito cometido por los mismos, en la actividad privada.-

**3) Que la imputación debe ser de alguno de los delitos que exigen la *calidad de funcionario público del autor*, delitos que requieren esa calidad personal como fundamento de la prohibición penal o de la agravación de la pena, tales como en los casos de cohecho (art. 256 del C.P.); admisión de dádivas (art. 259 del C.P.); exacciones ilegales (art. 266 del C.P.) o enriquecimiento ilícito por utilización de informaciones reservadas (art. 268, 1, del C.P.).-**

Entendemos que, con esta imposibilidad o exclusión de los funcionarios públicos, lo que se ha querido combatir con mayor severidad el delito que proviene de los miembros que conforman los órganos representantes del Estado; más aún si se tiene en consideración la investidura con la que cuentan. Por ello creemos que el legislador, atinadamente, lo que se ha propuesto evitar es que se sigan desprestigiando a las instituciones, recayéndole sobre quienes mayor responsabilidad moral deben tener, las más severas penas.-

#### **6.5: Penas de inhabilitación:**

De la lectura del texto legal, se desprende que no es posible la aplicación del instituto en los supuestos en que exista la pena de inhabilitación de cualquier forma, es decir, como pena principal o alternativa.



Sin embargo, dicha disposición ha sido interpretada por la doctrina y la jurisprudencia, desde la óptica de dos teorías bien diferenciadas consideradas como restringida una y la otra amplia.-

Aquellos que son partidarios la **tesis restringida**<sup>34</sup> sostienen que no corresponde suspender el proceso a prueba en ninguno de los delitos que tengan prevista pena de inhabilitación, ya sea como principal, o conjunta con la pena de prisión<sup>35</sup>. Entienden que la pena privativa de la libertad debe ser considerada en abstracto del tipo penal imputado.-

Por su parte, la doctrina fundamenta la exclusión de los delitos que conllevan inhabilitación, manifestando que, en estos casos, no sólo existe un interés del estado de esclarecer la responsabilidad del imputado sino que, la sanción penal de inhabilitación tiene efectos y consecuencias jurídicas diferentes, que de ningún modo deberían dejarse aplicar.-

Si se considera que la inhabilitación es una limitación de la actividad de un sujeto en el terreno o esfera en el que cometió algún delito, parecería lógico que no debiera admitirse la suspensión del proceso a prueba en los supuestos en que la pena a aplicar fuera únicamente inhabilitación, ya que eso implicaría que el procesado podría continuar desarrollando la actividad que resulta cuestionada. En este sentido, resulta conveniente para toda la sociedad que el inhabilitado cumpla realmente su pena.-

Por su parte, es dable hacer mención la opinión del Senador Alasino, quien sostuvo que: "... tampoco procede en el caso de que el delito tenga pena excluyente o secundaria de inhabilitación. Esto también resulta atendible porque, indudablemente, todas estas penas están vinculadas con una actitud profesional o una cualidad de la gente que eventualmente debía tener para cometerlo..."<sup>36</sup>

Ahora bien, los que sostienen **la tesis amplia** se apartan del tenor literal de la norma y entienden que a los efectos de la procedencia del instituto la pena privativa de libertad debe ser considerada en concreto.<sup>37 38</sup>

---

<sup>34</sup> Así la CNCasación Penal, Sala I, in re "Asenjo, Claudio Martín, res. 17/10/95, también la CNApel.Crim y Correc., Sala IV, in re 2Bessone, Ricardo, res. 29/8/94 y Sala VI, en causa "Palacio, M, res.3/11/94.

<sup>35</sup> S.T.J.Sgo.Estero, Sent.20872, agosto 5-1999 en Taboada José Antonio y otros s/ S.D. Lesiones Culposas E.P. Santillán Isabel-Recurso de queja por Casación denegada.

<sup>36</sup> Diario de Sesiones-Cámara de Senadores

<sup>37</sup> Bruzzone, Gustavo , Nota a fallo,"Probation : El Plenario "Kosuta" de la Cámara Nacional de Casación Penal o triunfo de la tesis restrictiva (de la libertad) "LL" 17/9/99,p19-43





En nuestro Código Penal existen varios tipos delictivos que disponen la aplicación conjunta de prisión e inhabilitación y que, además, son susceptibles de que la pena de prisión eventualmente a dictarse lo sea en suspenso, delitos tales como: Homicidio Culposo (art. 84 C.P.), Aborto (art. 86 C.P.), Lesiones culposas (art. 94 C.P.), Quiebra Fraudulenta (art. 176 y 177 C.P.), Falso Testimonio (art. 275 C.P.), por mencionar algunos.-

Así lo han entendido, por ejemplo, siete de los doce Tribunales Correccionales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que se encuentran funcionando, que han interpretado la factibilidad del instituto en las situaciones mencionadas. El Juzgado Correccional N° 12 a cargo del Dr. Luis Alberto Schelgel, en la causa 10.989 del registro de la Secretaría n° 71, por ejemplo, concedió la suspensión de juicio a prueba, por un delito previsto en el art. 94 del C.P.-

En el mismo sentido se pronunció el Juzgado Correccional N° 7, a cargo de la Dra. María Laura Garrigos de Réboli en la causa 243 del registro de la Secretaría N°56.<sup>39</sup>

¿Cuales son los fundamentos esgrimidos por los Tribunales al respecto?, pues bien, sostienen que si se consiente, sin más, la posición de no suspender los procesos a prueba por estos ilícitos, se incurriría en una situación de clara desigualdad jurídica, ya que existen muchas figuras delictuales que siendo aún más graves que las mencionadas, permiten acceder a ese instituto.-

Tal disparidad se presenta aún más manifiesta cuando nos encontramos ante la presencia de delitos que fueron cometidos con culpa.-

En dichos ilícitos, donde el imputado no ha actuado con ninguna intencionalidad de su parte, deberá sufrir el proceso y la eventual condena de una pena de prisión, todo ello por la existencia de una pena conjunta de inhabilitación.-

Es ilógico que quien causa una lesión leve, o incluso grave (según el criterio que admite la suspensión del proceso en delitos en los que pueda aplicarse una pena en

---

<sup>38</sup> CNApel. Crim. Y Correc., Sala 05, octubre 19-1998, Mamani Calisaya, Gerardo s/ Suspensión del Proceso a prueba, Interlocutorio, 9.848.

<sup>39</sup> Alagia, Alejandro, "Probation y pena de inhabilitación" "Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal", p.855, año III N°7, Buenos Aires, 1997.



suspense) con plena intencionalidad de su parte, pueda lograr suspender el proceso a prueba mientras que aquel que solo actuó con imprudencia o negligencia, no pueda hacerlo.-

En base a esto, ¿no podría darse el absurdo jurídico de que el imputado por lesiones culposas, admitiera que actuó dolosamente, para así poder acceder al beneficio del art. 76 bis del Código Penal?, o que, ¿una persona que librara un cheque sin fondos, admitiera que su intención era cometer una estafa?.-

Planteada así la cuestión, resulta evidente la necesidad de una inmediata reforma legislativa que incluya la posibilidad de suspender el proceso a prueba aún en los casos en que pudiera aplicarse una pena de inhabilitación, buscando compatibilizar el interés del imputado con el interés general, el que supuestamente fuera defendido por los legisladores.-

Pero hasta que ello ocurra,-y si es que ocurre-, entendemos que no puede ignorarse que continuarán vulnerándose los derechos de aquellos que resultan imputados de algunos de los delitos enumerados “ut-supra”. Resultaría injusto y violatorio del principio de igualdad consagrado en el Art. 16 de nuestra Constitución Nacional, que regula la igualdad de las personas y obliga a una igualdad de tratamiento para igualdad de circunstancia.-

Será pues, tarea de la doctrina y, fundamentalmente de los jueces, la de buscar las soluciones que atemperen dicha situación.-

#### **6.6: Pago de la multa mínima:**

En relación con la multa, entendemos nos encontramos ante dos situaciones posibles.-

##### **6.6.1: Suspensión del proceso a prueba en delitos reprimidos únicamente con pena de multa:**

La Ley penal no contempla expresamente el supuesto de imputación de delito reprimido con multa como “única” pena.-



No hay norma jurídica que prohíba la suspensión del proceso a prueba respecto de delitos reprimidos exclusivamente con pena de multa, por lo que, en ese caso, resultaría procedente.-

Claro esta, que dicha aplicación, sería para el supuesto que el imputado de un delito reprimido solo con multa optara por no extinguir la pretensión punitiva estatal a través del pago de la misma, pues de ser así, no tendría sentido alguno la suspensión del proceso a prueba.-

Entendemos que, en este caso, se trata de la posibilidad de que el imputado pueda acceder a la Suspensión del proceso, cuando no tuviera la capacidad económica para extinguir la pretensión punitiva estatal. ¿Porque? Pues bien, por imposición constitucional de igualdad de trato – Art. 16 de la C.N.-

Nos atrevemos a transcribir un ejemplo claro de ello, expuesto por el Dr. Vitale<sup>40</sup> en su obra, el que en su parte pertinente dice: *“...Piénsese aquí, por ejemplo, en el caso del imputado que, habiéndose iniciado el juicio oral en su contra es acusado por el fiscal (en los alegatos) sólo por un delito reprimido exclusivamente con pena de multa y pese a ello, por falta de medios no tiene posibilidad de pagar el máximo de esa multa requerido legalmente para extinguir la acción penal (Art. 64 del C.P.). La suspensión será, allí, mas que procedente, resultando de la exigencia legal violatoria del principio de igualdad de trato ante la ley....”*

#### **6.6.2: Suspensión del proceso a prueba en delitos reprimidos con pena de multa en forma alternativa o conjunta de la privativa de libertad:**

En estos supuestos, la ley sí contempla esta posibilidad, en forma expresa, con lo cual no amerita un análisis profundo del tema.-

La ley dispone que, para que proceda la Suspensión del proceso a prueba **en delitos reprimidos con pena de multa en forma alternativa o conjunta de la privativa de libertad**, será condición que el imputado pague el **mínimo** de la multa correspondiente.-

---

<sup>40</sup> VITALE, G., ob. cit., pág. 224.-



Pero, surge entonces un interrogante, ¿que sucedería si esta exigencia del pago mínimo como **condición para acceder al beneficio**, no puede ser efectivizada en razón de no contar el imputado con recursos económicos para afrontar la misma?

Sobre este interrogante, compartimos el criterio sustentado por el Dr. Vitale, *“...no puede fundarse legítimamente la exclusión o restricción de un derecho en la falta de medios económicos de una persona, pues además de resultar ello contrario a la citada garantía de igualdad ante la ley, violentaría el contenido de la prohibición de todo tipo de prisión por deudas (consagrado, entre otras normas de jerarquía constitucional, en el art. 7, punto 7, de la Convención Americana de Derechos Humanos). Esta es una exigencia que no se extrae del texto de la ley penal, sino de la Constitución...es el texto constitucional el que, en definitiva, debe dirimir cualquier cuestión interpretativa de una ley de menor jerarquía...la Constitución es el filtro por el cual debe pasar necesariamente toda interpretación legal, resultando imperativa su aplicación por parte de los jueces, quienes no pueden en ningún caso apartarse del principio de supremacía de la Constitución (Art. 31, C.N.)...”*<sup>41</sup> Con lo cual entendemos que, en casos como estos, la suspensión del proceso tendrá lugar igualmente en los casos en que el imputado no tenga posibilidad de afrontar el pago del mínimo de la multa exigido.-

Claro está que, cuando el imputado se encuentre en condiciones de afrontar el pago mínimo legal de la multa prevista, para el esquema legal será ese pago una condición ineludible de admisibilidad de la suspensión del proceso a prueba.-

#### **Conclusión:**

Estamos en condiciones entonces de concluir con el presente capítulo, entendiendo que:

**a)** La suspensión del proceso a prueba, es un instituto *bifronte*, pues por una parte, tiene capacidad extintiva de la acción penal, y por otra, se manifiesta claramente como instaurador de un principio de oportunidad en el ejercicio de las acciones.<sup>42</sup>

**b)** Es posible petitionar la suspensión del proceso a prueba en la etapa instructoria y siempre que se haya llamado a declaración indagatoria.-

---

<sup>41</sup> VITALE, G., ob. cit., pág. 226.-

<sup>42</sup> De Olazábal, J., ob.cit., pág.22.-



De presentarse la hipótesis de la denegación de la concesión en la etapa instructoria o en su caso, la no solicitud del instituto en dicha etapa, el imputado tendría la posibilidad de hacerlo en la etapa del debate, siempre antes del pronunciamiento del Tribunal, ya que esa debe ser la instancia tópica, porque de lo contrario el instituto prácticamente pierde su razón de ser tanto en lo que hace a reeducación del beneficiario como en el ahorro de la carga laboral del poder judicial.-

c) Para que resulte procedente la aplicación del instituto, uno de los requisitos que marca taxativamente la ley es que, la Suspensión del proceso a prueba, solo será admisible y por lo tanto dispuesta si es solicitada por “el imputado”.-

d) El imputado **deberá ofrecer hacerse cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible**, reparación que no debe hacerse con un estricto criterio civilista de reparación integral de los daños causados, toda vez que su función es, un afán de solucionar esos daños, “...sin que ello implique confesión ni reconocimiento de la responsabilidad civil correspondiente...” ¿Que es lo que se procuró con la incorporación de este párrafo? que el imputado no sea tratado como culpable, toda vez que de ser así, se estarían vulnerando dos de las consagradas garantías constitucionales: “**presunción de inocencia**” y “**que de ningún modo se puede obligar al imputado a declarar contra sí mismo**”. (Art. 18 de la C.N.)-

e) Este régimen legal no se aplica a las personas que revisten carácter de funcionario público, siempre y cuando, sean imputadas como autores o partícipes en la ejecución, durante el ejercicio de sus funciones, de un delito que exija esa calidad de autor.-

f) En cuanto a la Pena de inhabilitación, partidarios la **tesis restringida**<sup>43</sup> sostienen que no corresponde suspender el proceso a prueba en ninguno de los delitos que tengan prevista pena de inhabilitación, ya sea como principal, o conjunta con la pena de prisión<sup>44</sup>. Entienden que la pena privativa de la libertad debe ser considerada en abstracto del tipo penal imputado.-

---

<sup>43</sup> Así la CNCasación Penal, Sala I, in re “Asenjo, Claudio Martín, res. 17/10/95, también la CNApel.Crim y Correc., Sala IV, in re 2Bessone, Ricardo, res. 29/8/94 y Sala VI, en causa “Palacio, M, res.3/11/94.

<sup>44</sup> S.T.J.Sgo.Estero, Sent.20872, agosto 5-1999 en Taboada José Antonio y otros s/ S.D. Lesiones Culposas E.P. Santillán Isabel-Recurso de queja por Casación denegada.



Los que sostienen **la tesis amplia** se apartan del tenor literal de la norma y entienden que a los efectos de la procedencia del instituto la pena privativa de libertad debe ser considerada en concreto.<sup>45 46</sup>

Hoy mayoritariamente, la jurisprudencia esta a favor de la tesis amplia, toda vez que nuestros jueces sostienen que si se consiente, sin más, la posición de no suspender los procesos a prueba por estos ilícitos, se incurriría en una situación de clara desigualdad jurídica, ya que existen muchas figuras delictuales que siendo aún más graves que las mencionadas, permiten acceder a ese instituto.-

**g)** En cuanto a la multa, no hay norma jurídica que prohíba la suspensión del proceso a prueba respecto de delitos reprimidos exclusivamente con pena de multa, por lo que, en ese caso, resultaría procedente.-

Ahora bien, **en delitos reprimidos con pena de multa en forma alternativa o conjunta de la privativa de libertad**, será condición que el imputado pague el **mínimo** de la multa correspondiente; entendiéndose que, si el imputado no tiene posibilidad de afrontar el pago del mínimo de la multa exigido, la suspensión del proceso tendría lugar igualmente.-

---

<sup>45</sup> Bruzzone, Gustavo , Nota a fallo, "Probation : El Plenario "Kosuta" de la Cámara Nacional de Casación Penal o triunfo de la tesis restrictiva (de la libertad) "LL" 17/9/99,p19-43

<sup>46</sup> CNApel. Crim. Y Correc., Sala 05, octubre 19-1998, Mamani Calisaya, Gerardo s/ Suspensión del Proceso a prueba, Interlocutorio, 9.848.



### CAPITULO III:

#### 7- Ejecución:

##### 7.1: Condiciones para el mantenimiento de la Suspensión del Proceso

#### a Prueba:

Una vez dispuesta la suspensión del proceso a prueba, su mantenimiento se encuentra supeditado al cumplimiento de las condiciones impuestas al momento de su disposición.-

Estas son:

**a) *El cumplimiento satisfactorio de la obligación de reparar el daño a la víctima, en la medida de lo posible y siempre que el ofrecimiento haya sido aceptado por ella:***

Esta *condición* para el mantenimiento de la suspensión acordada, solo lo será en el caso en que el imputado manifieste **“antes del vencimiento”** del periodo de prueba, su voluntad **“inmodificable e irrevocable”** de no cumplir con el compromiso asumido.-

Esto es así, pues el cumplimiento satisfactorio de la reparación del daño es una condición para la declaración judicial de extinción de la acción penal, por lo tanto, esta deberá constatarse a esos fines, recién una vez que haya transcurrido totalmente el período de prueba fijado por el órgano judicial.-

Como hicimos mención en el punto 6.3 del presente trabajo, esta reparación puede consistir en el pago de una suma de dinero o bien, en una obligación de efectuar ciertos trabajos o prestar servicios a favor de la víctima, o de un tercero.-

Pues bien, en el caso de que la reparación se haya acordado en la de entregar una suma de dinero, será condición de extinción de la prestación punitiva, el pago de la cifra ofrecida y aceptada.-

En cambio, si se tratara de una obligación de efectuar ciertos trabajos, será condición de la extinción de la acción penal, la realización de las tareas.-



En cualquiera de los casos mencionados precedentemente, el incumplimiento solo será causal de revocación del beneficio cuando, en audiencia previa, se comprobare que el imputado no ha realizado el esfuerzo suficiente para cumplir con la reparación del daño pese a que estaba en **“reales condiciones de hacerlo”**.

**b) Cumplimiento satisfactorio de las reglas de conducta que hayan sido fijadas judicialmente:**

El art. 76 ter del Código Penal dispone: **“...el tribunal establecerá las reglas de conductas que deberá cumplir el imputado conforme las previsiones del art. 27 bis...”**

¿Cual es el fin de establecer estas reglas de conductas?

Pues bien, las reglas de conductas pueden ser impuestas como condición común a cualquier caso de suspensión. Estas tienen como finalidad **“prevenir la comisión de nuevos delitos”**, tienen un fin de **“prevención especial”**.-

Ahora, si bien la imposición de estas reglas de conducta en la Suspensión del proceso a prueba, es facultativa, una vez impuesto el deber de cumplir con alguna de ellas por parte del tribunal, su cumplimiento satisfactorio se transforma en una condición para el mantenimiento del beneficio.-

Pero, el incumplimiento de las mismas o de alguna de las reglas impuestas, para que el beneficio sea revocado, el Estado debe comprobar **“...la injustificada, maliciosa e irrevocable voluntad de no cumplir con ella...”**<sup>47</sup>, toda vez que, es el Estado quien debe agotar todas las vías posibles para lograr el cumplimiento de las condiciones impuestas, debiendo en su caso, modificarlas, a fin de posibilitar el éxito de esta alternativa a la convencional tramitación del proceso penal, y en definitiva, a la posible condena.-

**a) La no comisión de un delito durante el período de prueba:**

Si el imputado que se encuentra beneficiado por la “probation” comete un nuevo delito durante el tiempo fijado por el juez o tribunal, deberá ser sometido a juicio.-

---

<sup>47</sup> VITALE, G., ob. Cit., pág. 233.-





¿A que se hace referencia con nuevo delito? Que durante la suspensión dispuesta, no se haya pronunciado una **“sentencia condenatoria firme”** en contra del mismo imputado. No basta la mera imputación de un delito posiblemente cometido, sino que, será necesario el pronunciamiento de una sentencia de condena. Sin ella, el órgano competente deberá mantener la suspensión acordada o declarar la extinción de la acción si correspondiese.-

“...En tal sentido indicado, se expresan Zaffaroni, Aliaga y Slokar, al sostener que “ni la condición de imputado en otra causa ni la prisión preventiva pueden considerarse comisión de un nuevo delito que permita revocar el beneficio y reanudar el proceso penal. Es decir, que si el segundo delito lo comete dentro del término de prueba del juicio suspendido, para su reanudación se requiere sentencia condenatoria firme antes de la culminación del plazo fijado por la *“probation”*, pues, si fuese posterior a ese plazo, la acción del primer delito estaría extinguida”...”<sup>48</sup>

## 7.2: Extinción de la Pena:

La característica esencial de la Probation como medida autónoma radica en la suspensión del juicio; el desenlace normal y querido por la ley será que ese juicio nunca se efectúe.-

De Olazábal ha sostenido que “...A diferencia de la condena condicional, la probation no configura una pena, puesto que no se llega al pronunciamiento de tal...”<sup>49</sup>

Por su parte las doctrina judicial ha señalado que “... no implica una condena en sentido específico, sino que es la renuncia a la potestad punitiva del Estado; no es una sentencia, es una medida revocable que abre un status procesal específico, que suspende el procedimiento sancionatorio común, otorgando una oportunidad de reforma y al mismo tiempo una posibilidad de condena en caso de incumplimiento de las condiciones a que la somete el juez.”<sup>50</sup>

---

<sup>48</sup> Vitale, G., ob. Cit., pág. 238.-

<sup>49</sup> DE OLAZABAL, J., Ob. Cit. pág. 19/20.

<sup>50</sup> CNCP II, Capital Federal, 24-6-1997, “Enciso, Lorenzo y otro”, JUBA Penal 10468; JA 1999 II, 547.-

La probation paraliza el trámite normal del proceso penal impidiendo a la propia jurisdicción el dictado de la sentencia, por lo tanto, su desenlace se traduce jurídicamente en la extinción de la acción penal, cuando se verifican los supuestos fijados por la ley, mencionados en el punto precedente.-

### **7.3: Revocación:**

Ya se han descrito en los puntos precedentes cuales son las causales de revocación del beneficio.-

Restaría entonces ver, cuales son sus consecuencias.-

La revocación importará siempre la continuación del trámite de proceso, en la etapa en que había sido suspendido a prueba. Es en esa etapa en donde se demostrará el fracaso del instituto y la puesta en funcionamiento de los mecanismos represivos tradicionales.-

Nos ilustra el Dr. Vitale en su obra, diciendo "...La revocación es, precisamente, la decisión judicial que impide continuar con el uso de una alternativa a la condena y a la pena privativa de la libertad...."

Es por esa razón, que tal revocación debe ser dispuesta judicialmente en forma excepcional, y solamente en el caso de incumplimiento de las reglas, luego de llevadas a cabo las tareas de planificación, asistencia y control estatal propias de la etapa de ejecución. Esto claro está, pues no puede quedar fuera de análisis que la mayoría de los imputados en nuestro, forman parte de un sector marginado. Esa es una circunstancia que debe ser valorada por los jueces al momento de resolver una posible revocación, pues puede ocurrir que, el incumplimiento no haya sido por una mala voluntad del imputado, sino por sus condiciones sociales.-

Antes de revocar un beneficio, siempre debe primar el fin del mismo, esto es, la reinserción social, y para ello, debe ser tomado en cuenta el grado de vulnerabilidad del imputado y tratar del que el mismo sea disminuido, apoyándolo con políticas sociales que debe implementar el estado.-

Pues bien, cabe hacer mención algunas de las consecuencias de la revocación en caso de:

#### **a) Incumplimiento malicioso del compromiso de reparar el daño:**



El imputado pierde lo que haya pagado hasta ese momento ni la devolución de los objetos que haya entregado en tal concepto.-

**b) Incumplimiento de las reglas de conductas fijadas, en forma reiterada y persistente:**

En este caso, el órgano judicial puede, como paso previo, prorrogar el periodo de prueba y podrá disponer que no se compute como plazo de cumplimiento todo o parte del tiempo transcurrido hasta ese momento, tal como lo prescribe el art. 27 bis., último párrafo del C.P.-

**b) Comisión de un delito en periodo de prueba:**

Esta causal de revocación de la suspensión trae aparejado una consecuencia aun mas grave, pues la Ley establece que, en este caso, "...la pena que se imponga no podrá ser dejada en suspenso..." (art. 76 ter, quinto párrafo, C.P.) Es decir, que además de revocársele la suspensión y continuar el trámite de la causa, la ley hace perder al imputado su derecho a ser condenado en forma condicional.-

Ahora bien, restaría entonces dilucidar **¿A qué órgano jurisdiccional le corresponde la revocación de la suspensión del proceso a prueba cuando lo es como consecuencia de la comisión de un nuevo delito?**

Entendemos que le corresponderá al órgano jurisdiccional que resolvió otorgar el beneficio de la suspensión, pues es una de las formas de resguardar la garantía constitucional del juez natural.-

**Conclusión:**

Como condiciones para el mantenimiento de la Suspensión del Proceso a Prueba, tenemos entonces:

**a) El cumplimiento satisfactorio de la obligación de reparar el daño a la víctima, en la medida de lo posible y siempre que el ofrecimiento haya sido aceptado por ella.-**



***b) Cumplimiento satisfactorio de las reglas de conducta que hayan sido fijadas judicialmente.-***

***c) La no comisión de un delito durante el período de prueba.-***

En relación con la ***Extinción de la Pena***, concluimos que la Probation paraliza el trámite normal del proceso penal impidiendo a la propia jurisdicción el dictado de la sentencia, por lo tanto, su desenlace se traduce jurídicamente en la extinción de la acción penal, cuando se verifican los supuestos fijados por la ley, mencionados en el punto precedente.-

En cuanto a las consecuencias que trae aparejada la revocación del otorgamiento del instituto, tenemos que la pena que se imponga no podrá ser dejada en suspenso (Art. 76 ter, quinto párrafo, C.P.) Es decir, que además de revocarse la suspensión y continuar el trámite de la causa, la ley hace perder al imputado su derecho a ser condenado en forma condicional.-



## CAPITULO IV:

### 8-¿Tesis amplia o Tesis restringida?

#### 8.1: Análisis de los Plenarios “Kosuta” y “Acosta”:

La ausencia de rigorismo en la redacción legislativa de la Ley 24.316, generó, desde su sanción, un profundo debate acerca de cuestiones no resueltas, y consecuentemente de necesaria interpretación. Es así que han surgido dos corrientes doctrinarias opuestas en cuanto a cual debía ser la aplicación del instituto.-

Por un lado, la corriente mas tradicional de los operadores judiciales, propugnó la aplicación de la probation a un ámbito reducido, manifestándose a favor de la “**tesis restringida**” donde se le otorga un carácter vinculante al consentimiento fiscal, fija una posición negativa a la aplicación del instituto frente a tipos penales que previeran pena de inhabilitación, sea esta en sus modalidades de sanción principal o accesoria y que sostiene que no existe posibilidad ni vericuerdo legal que permita aplicar la suspensión del juicio a prueba a delitos que posean una pena prevista mayor de tres años, aún cuando en concreto la pena efectiva aplicada no exceda tal número de años.-

En este sentido, se han pronunciado numerosos tribunales, y doctrinarios, sosteniendo que la aplicación del instituto debe ser solo para delitos considerados leves, de competencia correccional<sup>51</sup>, teniendo siempre en cuenta que la declaración del carácter grave o leve de un delito, debe ser realizada en un juicio y no sobre un pronóstico sobre la pena a recaer<sup>52</sup>.-

En el vértice opuesto, “**la tesis amplia**”, donde encontramos a aquellos tribunales y doctrinarios que consideran que el instituto resulta aplicable a los delitos que tengan prevista una pena mayor a los tres años, en los que proceda una condena en suspenso<sup>53</sup>.

López Camelo<sup>54</sup> estima que la aplicación del instituto cubre todos los delitos, correccionales y criminales, distinguiendo que no requiere consentimiento del Ministerio

---

<sup>51</sup> Edwards; "La suspensión del juicio a prueba", LALEY, 1995 - , 1274; Sáez Zamora-Fantini, "Reflexiones sobre la implementación de la ley 24.316 en nuestro sistema penal", LALEY, 1995-D, 1136.

<sup>52</sup> Causa N° 634, Sala IV, "Roitman, Adrián s/recurso de casación", LL, 1998-A, p. 349

<sup>53</sup> Almeyra, "Probation ¿sólo delitos de bagatela?", SJP LL 26-5-1995, comentario al fallo 93.182



Público, representante en el ejercicio de la acción de persecución pública, para las penas que no excedan de tres años, y sí requiere consentimiento del fiscal en aquellas que lo supera, opinando de similar forma Amoedo<sup>55</sup>, y entendiendo que se admite la aplicación analógica del artículo 76 bis a aquellos delitos que posean en abstracto una pena prevista con un máximo superior a los tres años, siempre que, en concreto, la pena a imponer sea de tres años o menor<sup>56</sup>.

Abona lo expuesto la interpretación que se realiza sobre la diferenciación que se hace en el cuarto párrafo, ya que éste habla de "tribunal" y no de "juez" como en el resto del artículo, es decir implícitamente permite inferir que un órgano colegiado sólo existirá en la etapa del plenario en los delitos criminales y no en los correccionales en aquel órgano de juzgamiento en la etapa de debate es un órgano unipersonal, siendo en la Capital Federal el mismo juez de la Instrucción con distinta Secretaría<sup>57</sup>.

De lo expuesto puede concluirse afirmando que la tesis amplia funda su posición en la interpretación gramatical y teleológica que realiza a partir de las diferenciaciones que el mismo artículo establece en cuanto a tribunal y jueces unipersonales, previendo en el primer párrafo una pena en abstracto (pena cuyo máximo no exceda de tres años), en tanto que en el cuarto párrafo considera la pena en concreto, con clara alusión al artículo 26 del digesto sustantivo<sup>58</sup>.-

Estas corrientes tan opuestas, han provocado numerosos fallos contradictorios, toda vez que, algunos tribunales se hacían eco de la tesis restringida mientras que otros, propugnaban y aplicaban, la tesis amplia.-

Conforme surge del trabajo realizado por el Dr. Vitale<sup>59</sup>, paulatinamente se ha ido volcando la jurisprudencia, inicialmente restrictiva, a favor de la tesis amplia, toda vez

---

<sup>54</sup> López Camelo, "Probation. Algo más acerca de su alcance normativo", DJ1997-2 p.635

<sup>55</sup> Amoedo, "La pena privativa de libertad como límite de procedencia de la suspensión del juicio a prueba", DJ 1998-3, p.1013.

<sup>56</sup> CCC, Sala VI, JA 1997-III, p.498; CNCP, Sala IV, ED, T. 178, p.269.

<sup>57</sup> Vitale, Gustavo "Suspensión del proceso penal a prueba". Ed. Del Puerto 1996.

<sup>58</sup> Orgeira-Vaiani "La suspensión del juicio a prueba y los delitos con una pena mayor de tres años" LL1996-E, pág. 813.

<sup>59</sup> Vitale, Gustavo "La suspensión del Proceso Penal a Prueba" 2a. Edición- Editorial el Puerto- Año 2004, pág. 151.-



que, mientras veintitrés Tribunales Orales de la Capital Federal se acogieron a la tesis amplia, sólo siete se enrolaron en la tesis restringida. Este dato, claro está, es a la fecha de la publicación de su obra, año 2004.-

### **8.1.2: PLENARIO KOSUTA:**

En virtud de las contradicciones producidas con respecto a la aplicación del instituto la Cámara Nacional de Casación Penal en el año 1999, mediante acuerdo número 1/99 (Plenario 5 del 17-8-99), se autoconvocó a fin de emitir un Plenario en oportunidad de decidir el caso "Kosuta, Teresa R.", que se conoció como Plenario "Kosuta", en donde la Excm. Cámara se expidió a favor de la tesis "restrictiva", concluyendo que:

a) La pena sobre la que debe examinarse la procedencia del instituto previsto en el art. 76 bis y siguientes del CP es la de reclusión o prisión, cuyo máximo, no exceda de tres años;

b) No procede la suspensión del juicio a prueba cuando el delito tiene prevista una pena de inhabilitación como principal, conjunta o alternativa;

c) La oposición del Ministerio Público Fiscal, sujeta al control de logicidad y fundamentación por parte del órgano jurisdiccional, es vinculante para el otorgamiento del beneficio;

d) El querellante tiene legitimación autónoma para recurrir el auto de suspensión del juicio a prueba a fin de obtener un pronunciamiento útil relativo a sus derechos<sup>60</sup>.

Cabe hacer mención, que el mencionado fallo plenario, y en relación al punto en el cual se impone la tesis restringida, fue aprobado por mayoría, toda vez que la minoría, conformada por los jueces Jorge O. Casanovas, Guillermo J. Tragant y Pedro R. David, votaron en sentido contrario, esto es, entendieron que "...el art. 76 bis del Código Penal comprende dos grupos de delitos; un primero que encierra a aquellos que tienen prevista una pena de reclusión o prisión cuyo máximo no supera los tres años (párrafos 1 y 2), y un segundo que comprende los delitos - no incluidos en el primer grupo- que, previendo la ley penal un máximo de pena superior a

---

<sup>60</sup> LL 1-11-1999 f. 99.505; JA 1999-III, p. 606; DJ 1999-3, p.308 f. 14.364.-



tres años de privación de la libertad, permiten el dictado de una condena cuyo cumplimiento puede dejarse en suspenso – art. 26 del Código Penal- (párrafo 4).-

Ahora bien, al momento del dictado del plenario “Kosuta”, la mayor parte de los tribunales del país aceptaban la **tesis amplia** en cuanto al ámbito de aplicación del instituto. Esto es, se entendió mayoritariamente que la suspensión podría admitirse en causas que permitieran la aplicación de condena condicional (art. 26 del C.P.).-

En el mismo sentido, el Procurador General de la Nación, Dr. Nicolás BECERRA, había instruido a los fiscales, mediante Resolución PGN N° 39 de fecha 27 agosto 1997 lo siguiente “...*Se hace saber a los Sres. Fiscales que es conveniente que en las causas criminales en que pudiera recaer condena condicional, donde se solicite la suspensión del juicio a prueba, no sea excluyente de su procedibilidad el máximo de la escala penal prevista para el delito imputado. Referencia: Arts. 76 bis del Código Penal y 293 del C. P. P. N...*” toda vez que la intención fue la de no frustrar la aplicación del instituto por obstáculos derivados de la no aceptación de la tesis amplia.-

Como se habrá podido advertir, el Fallo plenario viene a imponer por mayoría la **tesis restrictiva**, aun en contra de la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia, resultando entonces, ésta tesis, más severa para el imputado toda vez que, no sólo suprime expresamente la posibilidad de conceder la suspensión en caso de penas mayores a tres años y sino que también excluye toda posibilidad de otorgarse en caso de penas de inhabilitación en cualquiera de sus formas (como pena única, alternativa o conjunta).-

Claro está, que el pronunciamiento en Plenario de la Cámara de Casación Penal, ha generado una gran resistencia por parte de numerosos tribunales y doctrinarios.-

Entendemos, resulta interesante hacer mención de algunas de las opiniones de nuestros juristas al respecto.-

La Dra. Eleonora DEVOTO, en comentario adverso al plenario, entre otras cosas decía “...Todo se hallaba razonablemente bien en materia de suspensión de juicio a prueba,





pero, en razón de la “obediencia debida”, su vigencia se empezaba a dificultar y la temática a tornarse mas dogmática (en el mal sentido de la apreciación) y mas injusta...”<sup>61</sup>

Entendió en ese momento, que no sólo “...la Cámara Nacional de Casación Penal había “sancionado” un plenario injustificado desde el punto de vista de su oportunidad y también desde el lugar de la conveniencia institucional; sino que la doctrina sentada inadvertió, sin duda, una realidad cada vez mas encaminada a una solución racional e impuso a los jueces una interpretación que reducía a su mínima expresión una normativa que, bien operada, superaba imperfecciones...” “... que se había ensombrecido, hasta casi anularla, la posibilidad de dar respuesta adecuada a un numero de posibles probados que, en su gran mayoría, aceptaban de buen grado la posibilidad de evitar el estigma condenatorio y (como suerte de contrapartida fecunda) ofrecían efectuar un aporte solidario a la victima o a la comunidad...”<sup>62</sup>

Por su parte, el Dr. Gustavo Vitale entendió que el plenario pretendió imponer (por mayoría) la tesis restrictiva (que es la minoritaria), aun en contra de la posición sustentada por la mayor parte de la doctrina y de la jurisprudencia, y mas aun, que al propugnar esta tesis, la Cámara a resuelto una aplicación más severa para el imputado, restringiendo los derechos de los ciudadanos frente al poder punitivo estatal.<sup>63</sup>-

El Dr. VITALE, en su obra<sup>64</sup>, cita la opinión sustentada por Eduardo DONNA, “...si se redujera la institución de suspensión del juicio a prueba a un problema de tipos penales y no a montos de penas, como correctamente hace el art. 26 del Código Penal al reglar la condena de ejecución condicional, se violaría el principio contenido en el Art. 16 de la Constitución Nacional, que obliga a un igual tratamiento para iguales circunstancias. Ello es así por cuanto si por un delito de estafa se puede llegar a imponer seis meses de pena en suspenso por un delito de hurto, no hay diferencias, ni para la persona ni para la sociedad, que ameriten distinto tratamiento...”

Es así que, a raíz del Plenario Kosuta, se fueron alzando las voces en cuanto a que, el inc. b) del artículo 10 de la Ley 24.050 que establece la obligatoriedad de los

---

<sup>61</sup> Devoto, Eleonora, “¿Interpretación igualadora u opiniones contradictorias?, acerca del reciente plenario n.5, autoconvocatoria, “Kosuta, Teresa”, del 17/8/1999, publicado en LL1999-E-1153.-

<sup>62</sup> Revista de Derecho Penal y Procesal Penal-Nº 10- ISSN 1851-0353- Octubre 2008- Abeledo-Perrot, Pág.1967.-

<sup>63</sup> Vitale, Gustavo, ob. cit., pág. 151/152.-

<sup>64</sup> Vitale, Gustavo, ob. cit., pág. 156.-



fallos Plenarios, resulta una norma inconstitucional violatoria del principio de independencia de los jueces<sup>65</sup>.

Ejemplo de ello, por nombrar algunos, tenemos el fallo del Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 13 de la Capital Federal, del 12-05-2004 (Ahumada, Hugo R.), en donde se hace mención a que no obstante las pautas del plenario número 5 de la CNCP "in re" "Kosuta, Teresa", éste no resulta aplicable ni es obligatorio para el Ministerio Público, toda vez que el Señor Procurador General de la Nación mediante la resolución P.G.N. 56/02 de fecha 2-7-2002 a los integrantes de ese Ministerio que, en los casos vinculados a la aplicación del instituto de la suspensión de juicio a prueba, emitan opinión de acuerdo a su criterio funcional, atendiendo el caso concreto y a la intermediación en la apreciación de la prueba.-

El criterio sustentado por el T.O.C.Nº 18 de Capital Federal, declarando la inconstitucionalidad del art. 10, inc. c), párr. 2º de la Ley 24.050 y manteniendo la tesis amplia en la interpretación del art. 76 bis y ss. del C.P.<sup>66</sup>; por el T.O.C.Nº 26 de Capital Federal<sup>67</sup>; el T.O.C. Nº 27 de Capital Federal<sup>68</sup>.-

La C.C.C. Federal, Sala II, en autos "ORTEGA, Pablo y otros s/procesamiento"<sup>69</sup> sostuvo que:

*"...tomando en consideración el hecho de que esta Sala reiteradamente se ha enrolado, en lo que hace puntualmente al instituto considerado, en la posición que se ha dado en llamar "tesis amplia" (cf. criterio sentado en la causa n° 13.014, "Lazo, Carlos A. s/suspensión de juicio a prueba", reg. n° 14.006, rta. el 7/3/97, y seguido en muchas otras), no corresponde estar a lo prescripto en el segundo párrafo del art. 10 de la ley 24.050, so riesgo de tomar una decisión contraria a lo que prescribe nuestra Constitución y los instrumentos internacionales a ella incorporados en materia de control de constitucionalidad y de justificación del castigo estatal (ver en extenso, causa n° 18.514 "Ardizón, Iván Ezequiel s/suspensión de juicio a prueba", reg. n° 20.065, rta. 20/08/02). A partir de ello, y frente a la posible condicionalidad de la ejecución de la*

---

<sup>65</sup> Bovino; Alberto "La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código Penal argentino". Ed. Del Puerto 2001.-

<sup>66</sup> T.O.C.Nº 18, 21/9/99, causa Nº 707, "Gustavo Alberto Jourdir s/ Defraudación por administración fraudulenta en concurso real con falsa denuncia en concurso ideal con defraudación por retención indebida"

<sup>67</sup> TOC Nº 26, 30/12/99, causa Nº 565, "Eduardo G. Montoya s/ robo con armas en grado de tentativa"

<sup>68</sup> TOC Nº 27, 12/5/2000; causa Nº 709, "Jorge Eugenio Cabrera Castellanos s/ inconstitucionalidad Ley 24.050 – art. 10, inc. C, Párr. 2º.."

<sup>69</sup> C.C.C. Fed. Sala II Cattani – Irurzun- 26.12.2007 "ORTEGA, Pablo y otros s/procesamiento" Causa 25.755 Reg. 27.952 J. 7 - S. 13.



*pena en caso de recaer sentencia condenatoria en autos, es que se habrá de disponer la realización de la audiencia del art. 293 del C.P.N., oportunidad en la que se deberá analizar la procedencia del instituto en cuestión a partir de los parámetros aquí establecidos...”*

Por su parte, la C.C.C. Federal, Sala I, en autos "CONTRERA, Manuel M."<sup>70</sup>, en virtud de llegar las actuaciones a conocimiento de ese Tribunal por un recurso de apelación interpuesto por la defensa de Manuel Martín Contrera contra la resolución del a quo que dispuso no hacer lugar al pedido de suspensión del juicio a prueba realizado por el nombrado, sostuvo que:

*“... más allá de la regularidad o irregularidad constitucional de una norma que atribuye carácter obligatorio a las decisiones plenarios de la Cámara Nacional de Casación Penal para sus tribunales inferiores, lo cierto es que, de reconocer su legitimidad, habría que hacerlo con el límite del control difuso de constitucionalidad. El principio mencionado se encuentra previsto constitucionalmente en el artículo 116 y establece la obligación de cada uno de los jueces de la Nación, desde un Juez de primera instancia hasta un Juez de la Corte Suprema, de velar por la protección de la Constitución Nacional.*

*De esta manera, si un Juez se enfrenta ante una doctrina plenaria que considera inconstitucional, no tiene obligación alguna de aplicarla (así como tampoco tiene deber alguno de aplicar una ley que considera inconstitucional).*

*Ante tal situación, existen dos alternativas posibles. La primera de ellas consiste en que el Juez, previa declaración de inconstitucionalidad de la normativa en cuestión, no la aplique al caso concreto (lo cual generaría inmensas lagunas legales). La segunda alternativa consiste en que el Juez realice una interpretación constitucional de la normativa, apartándose de la doctrina fijada por el fallo plenario, y que la aplique al caso concreto. Esta última alternativa es la que mejor concuerda con el principio de la declaración de inconstitucionalidad como última ratio. De esta manera, habrá que interpretar el artículo 10 de la ley 24.050 en el sentido de que será obligatoria la aplicación de la doctrina señalada siempre y cuando esa doctrina no sea, en sí misma, inconstitucional.*

*III- Sobre la base de las consideraciones expuestas, corresponde analizar la constitucionalidad de la doctrina fijada por el plenario Kosuta.*

*Existen dos grandes variables interpretativas relativas al artículo 76 bis del Código Penal. Según la primera de ellas (tesis restringida), el artículo mencionado contempla un único supuesto*

---

<sup>70</sup> C.C.C. Fed. Sala I Cavallo (por sus fundamentos)-Farah (En disidencia fundamentos) 6.12.2007 "CONTRERA, Manuel M." Causa 40.947 Reg. 1498 J. 9 - S. 18.



*que concentra todos los requisitos exigidos para la concesión del beneficio de la suspensión del juicio a prueba y requiere, para su cumplimiento, que la pena del delito imputado no supere en abstracto los tres años de prisión #tal la postura de la Casación en el plenario en cuestión# (ver, a su vez, de esta Sala, c. 26.270, "Inc. Aplicación ley 24.316 respecto de Nora Mancilla", del 23 de mayo de 1995, reg. 427).*

*Para la restante (tesis amplia), en cambio, la norma en cuestión plantea dos hipótesis. La primera relativa a los delitos reprimidos con pena de prisión que no exceda de tres años, sin otras exigencias que la de que el solicitante ofrezca hacerse cargo de la reparación del daño (siempre y cuando el hecho imputado constituya un delito de acción pública, que no se trate de un funcionario público imputado de un delito especial cometido en ejercicio de sus funciones y que no esté en juego sólo una pena de invitación). La otra, relativa a los supuestos en que pueda pensarse que la pena será en suspenso (la procedencia del instituto, en este caso, se vincula con la pena en concreto), en cuyo caso será también necesario correrle la vista pertinente al Sr. Fiscal para el otorgamiento del beneficio.*

*Adelanto que participo de la tesis amplia por considerar que el principio de taxatividad y de mínima intervención en materia penal así lo imponen.*

*Del principio de legalidad (artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional, y artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos) se deriva la obligación de máxima taxatividad legal e interpretativa que recae en cabeza del juez. Una de las variantes de este principio "...se manifiesta mediante la prohibición absoluta de la analogía in malam partem" (Eugenio Raúl Zaffaroni, ob. cit., página 111). "...Es necesario extremar los recursos para que solo la ley formal sea fuente de criminalización primaria, no pudiendo el juez completar los supuestos" (ob. cit página 111).*

*Con relación a esto último, vale decir que toda interpretación del artículo 76 bis del Código Penal que no concluya en que el delito imputado no debe superar en concreto la pena de tres años, es una interpretación in malam partem violatoria del principio de legalidad, que, a su vez, desconoce la prescripción del artículo 2 del C.P.P.N.*

*Luego, en relación con el principio de mínima intervención del derecho penal, corresponde expresar que si bien el mencionado principio no se encuentra expresamente mencionado en el texto constitucional, éste es inherente a todo Estado constitucional de derecho. "Si bien esos principios pueden ser considerados "débiles" por carecer de operatividad frente a los denominados "fuertes" por estar expresamente consagrados en la Constitución Nacional, la inclusión del in dubio pro libertate en el art. 2° [del C.P.P.N.], como pauta de interpretación de la labor del intérprete, los rescata al plano normativo aproximándolos a los "fuertes"(ver, en este sentido, Gustavo A. Bruzzone, "Probation: el plenario "Kosuta" de la Cámara Nacional de Casación*



*Penal o el triunfo de la tesis restrictiva (de la libertad)", La Ley, T. 1999-E, página 840). Estas razones me fuerzan a concluir que el instituto de la suspensión del juicio a prueba debería poder ser aplicado en casos en los que, como en el de autos, pueda suponerse que será aplicable una pena de ejecución condicional, en tanto la escala penal del delito imputado permita una pena en concreto de tres años y el imputado no registre antecedentes penales. Vale decir, por último, que si bien no puede cuestionarse la validez formal del método de interpretación seguido por los partidarios de la tesis restringida "voluntad del legislador", considero que éste debe ceder frente al gramatical o al teleológico, en tanto son los que se adecuan a los insoslayables principios constitucionales antes indicados. De esta manera, siendo que toda interpretación del artículo 76 bis del Código Penal que no concluya en la tesis amplia resulta inconstitucional, considero que la doctrina del Plenario Kosuta, que establece la aplicación de la tesis restrictiva, es inconstitucional. Sobre la base de estas consideraciones, me encuentro eximido de aplicar obligatoriamente la doctrina fijada por el plenario mencionado..."*

Por lo expuesto hasta aquí, queda claro que, el fallo plenario, poco ha podido solucionar en relación con las dos interpretaciones posibles del texto legal.-

### **8.1.3: FALLO ACOSTA:**

Sabido es que la Corte Suprema de Justicia de la Nación encabeza el poder judicial del Estado.-

A su órbita llegan los conflictos políticos, institucionales, sociales, económicos y aun privados que afectan a los distintos individuos y grupos que componen la sociedad.-

La Corte decide dichas controversias y ordena remedios para los casos en los que haya detectado la violación de derechos a través de la interpretación de las cláusulas de la Constitución –en primer término– y de las restantes normas del sistema jurídico argentino. Más allá del resultado de las sentencias de la Corte en cada caso concreto, aunque éstas no son técnicamente obligatorias para los demás jueces del país, sí guían futuras decisiones de tribunales de todas las instancias. Así la jurisprudencia del máximo tribunal delinea y redefine las reglas del sistema jurídico-político nacional.



¿Porque hacemos esta sucinta introducción?, pues bien, porque después de casi 14 años en que se viene debatiendo la correcta aplicación de la Suspensión del juicio a prueba, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a través del fallo “Acosta”, contradujo la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal al interpretar el art. 76 bis a la luz de los principios *pro homine* -que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal-, con la idea del derecho penal como *ultima ratio* del ordenamiento jurídico (método de interpretación teleológico). Concluyó el Alto Tribunal que “...el criterio que limita el alcance del beneficio previsto en el art. 76 bis a los delitos que tienen prevista una pena de reclusión o prisión cuyo máximo no supere los tres años se funda en una exégesis irrazonable de la norma que no armoniza con los principios enumerados...”<sup>71</sup>

Es decir, el máximo tribunal adoptó tres líneas argumentales:

a) La razonabilidad de las interpretaciones en el derecho penal, la concepción de éste como “*ultima ratio*”: Principio que postula la necesidad de restringir al máximo la intervención de la ley penal, reservándola solo para casos de ataques graves a las normas de convivencia social que no pueden ser eficazmente controlados por otros mecanismos menos traumáticos.-

b) La vigencia de los principios “*pro homine*”: Principio que indica que el intérprete ha de seleccionar y aplicar la norma que en cada caso resulte más favorable para la persona humana, para su libertad y sus derechos, cualquiera sea la fuente que la suministre, ya sea interna o internacional.-

c) La vigencia del principio “*pro libertate*”: Principio que supone, en caso de duda, habrá que estar a favor siempre del sentido más favorable para la existencia y garantía de un derecho fundamental. Principio implícitamente reconocido en el artículo 30 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el artículo 28 de la Declaración de los Derechos y Libertades Fundamentales de 16 de Mayo de 1989.-

Analizando el fallo de la corte, podemos decir que el voto mayoritario fija una interpretación que podría llamarse teleológica, esto es, “...Que para determinar la validez de

---

<sup>71</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, 23 de abril de 2008, Recurso de hecho “Acosta E. s/ Infracción art. 14 1ª Párr. de la ley 23.737”, Considerando 7.-



una interpretación, debe tenerse en cuenta que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra...” “...a la que no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino el que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos...”<sup>72</sup>

Por otra parte, esa interpretación racional la Corte la enlaza con la vigencia del principio de legalidad, puesto que, “...*el principio de legalidad (art. 18 de la Constitución Nacional) exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la ultima ratio del ordenamiento jurídico, y con el principio pro homine que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal...*”.<sup>73</sup>

Por último, en el considerando 7) del fallo citado, califica al criterio restringido como un “... *el criterio que limita el alcance del beneficio previsto en el art. 76 bis a los delitos que tienen prevista una pena de reclusión o prisión cuyo máximo no supere los tres años se funda en una exégesis irrazonable de la norma que no armoniza con los principios enumerados, toda vez que consagra una interpretación extensiva de la punibilidad que niega un derecho que la propia ley reconoce, otorgando una indebida preeminencia a sus dos primeros párrafos sobre el cuarto al que deja totalmente inoperante...*”

De lo expuesto, estamos en condiciones de concluir que, la Corte con este fallo, en primer lugar, reafirma los principios que caracterizan al Derecho Penal como un orden de aplicación subsidiaria, de *ultima ratio* y caracterizado por la vigencia de los principios *pro homine* y *pro libertate*, en segundo lugar, porque, más allá de los principios que el fallo recoge, lo resuelto es una clara afirmación de la *garantía de igualdad*.-

Ahora bien, volvemos entonces a interrogarnos ¿El precedente citado puso punto final al largo debate, tanto doctrinario como jurisprudencial, en torno a la interpretación que cabe hacer del art. 76 bis del C.P., incorporado por la ley 24.316?.

Pues bien, por un lado, algunos integrantes de la Cámara Nacional de Casación Penal señalaron que el fallo “Acosta” sólo modificó la interpretación del art. 76 bis del código penal efectuada en el plenario “Kosuta” -cuyos argumentos compartió e hizo suyos el

---

<sup>72</sup> Fallo “ACOSTA” considerando 6).-

<sup>73</sup> Fallo “ACOSTA” considerando 6).-



Máximo Tribunal en Fallos: 325: 3229- “en lo que respecta a la pena a considerar a los efectos del otorgamiento de la suspensión del juicio a prueba y no así en lo atinente a los delitos que prevén pena de inhabilitación”.<sup>74</sup>

En oposición, la doctrina ha sostenido que el precedente “Acosta” venció la doctrina plenaria sentada en “Kosuta”. Así lo entendió, por ejemplo, la Dra. Eleonora Devoto quien, a favor de lo resuelto por el fallo Acosta, sostiene que el fallo de la corte tiene un valor superlativo. En el plenario “Kosuta”, cuando se limita la vigencia del instituto a las causas correccionales, se esta imprimiendo una exégesis reducida de los derechos, al menor rigor del estado, a la reducción de la estigmatización, al ingreso de la rápida reparación de la victima; se los esta limitando a un numero mínimo de personas imputadas. La teoría restringida, es una interpretación contraria al principio pro homine.<sup>75</sup>

Así también lo entendió Marcelo Solimine al concluir que “...en el fallo ‘Acosta’ la Corte ha quitado virtualidad a la doctrina de ‘Kosuta’, por irrazonable...”<sup>76</sup>

En similar sentido se expidió la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal -con distinta integración-, al referir que en función de lo establecido por la Corte Suprema de Justicia en los precedentes “Acosta” y “Lorenzo”, “se debe aplicar la interpretación más amplia, pues ello supone la utilización del derecho penal como última ratio del ordenamiento jurídico y la plena vigencia del principio pro homine que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal, toda vez que lo contrario implicaría la pérdida del derecho” y en consonancia con esta interpretación votaron los integrantes de la Sala IV del tribunal mencionado.-<sup>77</sup>

---

<sup>74</sup> Sala III de la C.N.C.P., voto de la mayoría en la causa Nro. 9069 “Ciechanow, Juan Roberto s/ recurso de casación”, Reg. 695/08, rta. el 5/6/08; Sala III de la C.N.C.P., voto de la mayoría en “Crigna, Francisco Luís s/ recurso de casación”, rta. 25/11/08; Sala I de la C.N.C.P., voto disidente del doctor Madueño en la causa Nro. 10575 “Ponce, Alberto Pablo s/ recurso de casación”, Reg. 13094, rta. el 23/12/08; Sala II de la C.N.C.P., voto de la mayoría en la causa Nro. 9285, “Champana, Adrián Alberto y Pereyra, Juan Manuel”, Reg. 14024, rta. el 9/3/09; Sala II causa Nro. 8444 “Proceda, Alberto Nicolás s/ recurso de casación”, Reg. 11866, rta. 19/5/08.-

<sup>75</sup> Devoto, Eleonora, “¿”Acosta” venció a “Kosuta”?”, publicado en “Revista de Derecho Penal y Procesal Penal”, Ed. Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 2008, fasc. 10, pág. 1694/1700.

<sup>76</sup> Marcelo A. Solimine, “Réquiem para “Kosuta”, y la puesta en crisis de la obligatoriedad de los fallos plenarios: cuando la Corte escribe poco y dice mucho”, publicado en “Revista de Derecho Penal y Procesal Penal”, Ed. Abeledo Perrot., Buenos Aires, 2008, fasc. 10, pág. 1701/1705.

<sup>77</sup> Cfr. voto de la doctora Ledesma al que adhiere el doctor W. Gustavo Mitchell, Sala II, causa Nro. 8046 “Perrota, Walter s/ recurso de casación”, Reg. 11819, rta. el 9/5/2008; en igual sentido, Sala IV voto del doctor Hornos en causa Nro. 8400 “Arnaldi, Mariano s/recurso de casación” Reg. 10919.4, rta. el 29/10/08.-





Cierto es que con el fallo “ACOSTA”, entendemos, se ha resuelto la interpretación en cuanto a que delitos resulta aplicable la “probation”, es decir, ha fallado a favor de la tesis amplia, y así están resolviendo nuestros Tribunales.-

Pero, ¿Que sucede entonces con lo resuelto en el Plenario “KOSUTA” en relación con la imposibilidad de otorgar el instituto para delitos de inhabilitación exclusiva, alternativa o conjunta, toda vez que la Corte, en el fallo “ACOSTA”, sobre este aspecto no se ha pronunciado?

Pues bien, La Corte Suprema de Justicia de la Nación, el mismo día en que falló en “ACOSTA”, resolvió otros dos casos: “NORBERTO, Jorge Braulio s/ Infracción artículo 302 del C.P.” (RECURSO DE HECHO, N°326. XLI), y “LORENZO, Amalia s/ Infr. Art. 292 del Código Penal – Causa N° 1505” (RECURSO DE HECHO, L 90.XLII) es decir, la Corte se ha pronunciado respecto de la procedencia de la “probation” en delitos que prevén pena de inhabilitación conjunta, otra de las cuestiones abordadas en el plenario “Kosuta”.-

Entendemos que la Corte ha convalidado, implícitamente, la procedencia del proceso a prueba en delitos reprimidos con pena de inhabilitación conjunta, toda vez que la mayoría del Alto Tribunal al resolver en “NORBERTO”, dijo: “...*Considerando: Que resulta aplicable al caso, en lo pertinente, lo resuelto en la causa A.2185.XLI “Acosta, Alejandro Esteban s/ Infracción art. 14 1° párrafo de la Ley 23.737” -causa N° 28/05- resuelta en la fecha, a cuyos términos corresponde remitirse en razón de brevedad. Por ello y oído el señor Procurador General, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada....*”<sup>78</sup>

Por otra parte, en el fallo “LORENZO” (recordamos que se imputaba la infracción al art. 292 del Código Penal, delito que también prevé pena de inhabilitación conjunta) también se expidió la Corte en el sentido de que se debe aplicar la interpretación más amplia, pues ello supone la utilización del derecho penal como la última ratio del ordenamiento jurídico y la plena vigencia del principio pro-homine que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal, toda vez que lo contrario implicaría la pérdida del derecho.-

---

<sup>78</sup> “NORBERTO, Jorge Braulio s/ Infracción artículo 302 del C.P.” (RECURSO DE HECHO, N°326. XLI)



Ahora bien, la Cámara Nacional de Casación Penal, insiste en rechazar el remedio casatorio, toda vez que, por ejemplo, entre otros fallos, la Sala III (Dres. Tragante-Righi) ha entendido que el reciente fallo “ACOSTA” sólo modificó la interpretación del plenario en lo que respecta a la pena a considerar a los efectos de la otorgación del instituto y no así en lo atinente a los delitos reprimidos con pena de inhabilitación.<sup>79</sup>, con lo cual, en este aspecto, sostienen que se encuentra vigente lo resuelto en el Plenario “KOSUTA”.-

Ahora nos preguntamos, si bien en el fallo “ACOSTA” el Alto Tribunal solo abordó el tema de la penalidad en abstracto y no la pena de inhabilitación, ¿No está omitiendo la Cámara Nacional de Casación Penal los fallos “NORVERTO” y “LORENZO” en los cuales la Corte ha admitido, implícitamente, la posibilidad de conceder la suspensión del proceso a prueba respecto de aquellos delitos reprimidos con pena de inhabilitación conjunta?

Entendemos que sobre este punto, todavía seguirán las interpretaciones contradictorias de nuestros juristas. Quizás deberemos esperar a que la Corte se pronuncie en concreto sobre este aspecto.-

De lo expuesto hasta ahora, queda claro que, la deficiente técnica legislativa que se advierte en la redacción de la Ley 24.316, ha sido y es, sin lugar a dudas, generadora de innumerables interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales contradictorias entre sí.-

### **9-Constitucionalidad y fuerza vinculante de Fallos Plenarios:**

Sabemos que los fallos plenarios en nuestro sistema penal, contemplados en los arts. 10 y 11 de la ley 24.050, son un mecanismo para uniformar la jurisprudencia.-

El art. 10 prevé el plenario autoconvocado – sea espontáneamente o a iniciativa de una de las salas-, estableciendo: *“...La Cámara Nacional de Casación Penal se reunirá en pleno: ...b) Para unificar la jurisprudencia de sus salas o evitar sentencias contradictorias c) Para fijar la interpretación de la ley aplicable al caso cuando la Cámara, a iniciativa de cualquiera de sus salas, entendiera que es conveniente. La interpretación de la ley aceptada en una sentencia es de aplicación obligatoria para la Cámara, para los Tribunales Orales, Cámaras de Apelaciones y para todo órgano jurisdiccional que dependa de ella, sin perjuicio de lo que los jueces que no*

---

<sup>79</sup> “CIECHANOW, Juan Roberto s/ Recurso de casación” Reg. 659/08-5/6/08.-



*compartan su criterio dejen a salvo su opinión personal. La doctrina sentada podrá modificarse sólo por medio de una nueva sentencia plenaria...<sup>80</sup>*

La fuerza vinculante que la ley les confiere desde siempre, ha despertado polémica. En este sentido, Maier informa que el derecho comparado no son desconocidos los acuerdos plenarios, pero sí lo es el alcance que nuestra legislación les asigna, sin perjuicio del respeto que logran las Cortes de Casación.<sup>81</sup>

Lo cierto es que se ha cuestionado seriamente la constitucionalidad o inconstitucionalidad de dichos fallos. Ha habido diferente versiones en uno u otro sentido.-

Quienes sostienen que tales fallos plenarios son inconstitucionales, argumentan afirman que la observancia obligatoria por los tribunales inferiores de la doctrina de los fallos plenarios es inconstitucional pues es contraria a disposiciones de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, propias de sistemas totalitarios, no democráticos de gobierno; entorpece el desarrollo de la interpretación de la ley, impidiendo su enriquecimiento.<sup>82</sup>

Sin embargo a esos argumentos, se ha respondido que, cuando la ley establece la obligatoriedad no otorga al tribunal un poder de crear derecho, sólo lo faculta a fijar interpretación –obligatoria- del derecho creado.<sup>83</sup> De la Rúa comparte este argumento, pues señala que *“...siempre que se interpreta la ley se desentraña el mandato del legislador, se explica la inteligencia de la norma jurídica, pero sin extender su alcance ni adicionar un nuevo imperativo. El plenario no regula situaciones jurídicas, sino el modo de aplicar la ley en la sentencia...<sup>84</sup>”*.-

En relación con esta temática, otro planteo interesante que ha surgido en torno a la constitucionalidad de estos fallos, es el que han sostenido, entre otros, De la Rúa y Bidart Campos. Concluyen afirmando que, con base en el respeto al *principio de igualdad*, mediante estos pronunciamientos se aplicaría la misma solución a casos con circunstancias y

---

<sup>80</sup> Ley 24050. Art. 10.-

<sup>81</sup> Maier, Julio, “Derecho Procesal Penal”, T.I, Ed. Del Puerto, Ed. Desalma, 1994, pág. 309, nota 32.-

<sup>82</sup> García, Víctor Enrique, “La obligatoriedad de la jurisprudencia plenaria y el derecho penal. Reparos constitucionales”, Cuadernos de doctrina y Jurisprudencia Penal, Ed. Ad-Hoc, 1997, n° 7, pág.650)

<sup>83</sup> Fassi y Yáñez, “Código Procesal Civil y Comercial”, T.II, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1989, comentario al art. 303.-

<sup>84</sup> De la Rúa, “La Casación Penal”, Ed. Depalma, 1994, pág. 309.-



condiciones semejantes, reforzándose así la certeza y la seguridad jurídica para todos los habitantes.<sup>85</sup>

No faltó refutación a esta doctrina. Arce y Díaz Cantón, argumentaron que la mentada igualdad sólo se lograría en el ámbito de la justicia nacional y federal, más aún, si se tiene en cuenta lo que ha resuelto la Corte Suprema de Justicia de la Nación en numerosos precedentes, esto es, que la existencia de pronunciamientos contradictorios no vulnera la garantía consagrada por el Art. 16 de la C.N., amén de encontrarse debidamente protegida con el sistema de recursos previstos por las normativas procesales.<sup>86</sup>

Ahora bien, la fuerza vinculante de estos fallos, ¿no se ha visto renovada frente al dictado del Plenario “Kosuta”?

¿Que sucede entonces, a partir de lo resuelto por la C.S.J.N. en el fallo “Acosta” en relación con la constitucionalidad y la fuerza vinculante de los fallos plenarios conforme lo dispuesto por el art. 10 y 11 de la Ley 24.050?.-

Entendemos que frente a la obligatoriedad de los fallos plenarios corresponde admitir la excepción derivada de una sentencia de la Corte Suprema que establezca, en materia federal, una doctrina distinta de la del plenario. Justamente en esta línea se enrola el fallo “ACOSTA”.-

Compartimos el criterio sustentado por el Dr. De la Rúa en tanto minimiza la cuestión de obligatoriedad, indicando que es relativa y no absoluta, pues si bien la jurisprudencia plenaria es obligatoria, los jueces “frente a un fallo plenario”, tienen las siguientes posibilidades o soluciones:

- a) Compartirlo.-
- b) Obedecerlo dejando a salvo su opinión personal.-
- c) Apartarse de él, declarando o no la inconstitucionalidad del art. 10 de la Ley 24.050.-

---

<sup>85</sup> De la Rúa, ob.cit., pág. 20/21 y 304. Bidart Campos, ob.cit., pág. 757/758.-

<sup>86</sup> Arce, Enrique y Díaz Cantón, Fernando, “Obligatoriedad de los Fallos plenarios: Su inconstitucionalidad”, NDP 1996-A-193, pág193.



Pues bien, en el caso que nos ocupa, entendemos que, el Fallo “ACOSTA” ha quitado virtualidad a la doctrina de “KOSUTA”, pero no se ha puesto en juego aquí la constitucionalidad de los fallos Plenarios, en todo caso, como así lo dice la letra de la ley “...*La doctrina sentada podrá modificarse sólo por medio de una nueva sentencia plenaria...*”<sup>87</sup>. En este caso, tenemos el pronunciamiento contrario del más Alto Tribunal, La Corte Suprema de Justicia de la Nación”.-

### **10- Aplicabilidad de la Suspensión del Proceso a Prueba en diferentes grupos de delitos:**

#### **10.1: Ley 23.737 (Ley de Estupefacientes) y Ley 24.769 (Ley Penal Tributaria):**

Pues bien, para finalizar con el presente trabajo, resta entonces, determinar si es viable la aplicabilidad de la suspensión del proceso penal a prueba en el ámbito de la ley penal tributaria y la Ley de estupefacientes, ello por cuanto la ley 24.316, en su art. 10, establece expresamente que “...las disposiciones de la presente ley no alterarán los regímenes especiales dispuestos en las leyes 23.737 y 23.771...”.-

Parte de los pronunciamientos judiciales han sentado criterio en cuanto a que la aplicación de la denominada “probation” no comprende a las leyes especiales, ello así toda vez que, estas normas contienen un régimen de suspensión del trámite y de suspensión y sustitución de la pena estrechamente vinculado a las características propias de cada delito.-

Ejemplo de ello es el pronunciamiento de la Cámara Nacional de Casación Penal, en autos: “Zanetti, Noemí Edith s/ recurso de casación”<sup>88</sup>, en el cual ha dicho que “.....cuando el artículo 10 de la Ley 24.316, dispone la inalterabilidad de los regímenes dispuestos en las leyes 23.771 y 23.737 asegura la prevalencia de la norma respecto del precepto general del artículo 76 bis del Código Penal.-

---

<sup>87</sup> Ley 24050. Art. 10.-

<sup>88</sup>“Zanetti, Noemí Edith s/ recurso de casación” causa N° 6833, reg. N° 9167, 24/10/06.-



En sentido contrario, otros doctrinarios, sostienen que es viable la admisión de la suspensión del proceso penal a prueba en delitos tributarios y de estupefacientes, toda vez que, de los textos de las leyes 24.316 (suspensión de juicio a prueba) y 24.769 y 23.737, no surge que se encuentre prohibida la aplicación de la suspensión del juicio a prueba para estos delitos, sino que únicamente “se aclara” que ello no es óbice para que la acción penal se extinga.-

En este sentido, el Dr. VITALE sostiene que “...que el régimen del Código penal no deba “alterar” o modificar el establecido en la ley de estupefacientes, no significa que no sea aplicable en dicho ámbito...”<sup>89</sup>

Por su parte, la Dra. Eleonora Devoto, advierte sobre el tema considerando que “...aún cuando la mayoría de la doctrina haya entendido históricamente que tales institutos resultaban ser una especie de “probation específica”, no es así en la mayoría de los casos. Aparecen esenciales diferencias tales como, por ejemplo, la implicancia de la declaración de culpabilidad o la ausencia de reglas de conducta inherentes al régimen especial. De tal modo se sortearían aquellos criterios que entienden que ante una suspensión del trámite previsto por la normativa especial no es posible aplicar aquella establecida en orden general. En este punto, consideramos necesario especificar que no cualquier suspensión del trámite guarda similitud con el instituto de nuestro análisis central...” “...ante la ley vigente y sin soslayar los principios rectores en la interpretación de la ley penal, estos institutos “específicos” deben sumar y no restar...”<sup>90</sup>

Es dable destacar que ha dicho al respecto la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos “**Acosta**”.

Pues bien, como se habra podido advertir en el analisis efectuado en el punto 8.1.3 del presente trabajo, el “FALLO ACOSTA” trataba de un caso de la ley 23.737. Si bien el Maximo Tribunal no se aboca exclusivamente a determinar si es viable o no la probation respecto de delitos relacionados con la ley de estupefacientes, no menos cierto es que resuelve otras cuestiones (ya analizadas) en una causa de Ley de estupefacientes haciendo lugar al otorgamiento del instituto.-

---

<sup>89</sup> Dra. Vitale, Gustavo, ob. cit., pág. 407.-

<sup>90</sup> Devoto, Eleonora, ob.cit., pág. 105.-



Sobre este aspecto, resulta para el caso hacer mención, el análisis realizado por el Dr. Chiara Diaz cuando con claridad expresa que "...es particularmente importante asimismo comprender e interpretar la ley 24.316, de 1994 de suspensión de juicio a prueba, con un sentido progresivo, sistemático-teleológico y superador inclusive de la literalidad del texto para poder extraerle el máximo de sus posibilidades como medio alternativo de la solución de conflictos penales, aún para los casos de los delitos económicos, dejando de lado las posiciones absolutas..."<sup>91</sup>

Queda claro entonces a nuestro entender, que implícitamente a quedado sustentado que, ni las razones de política criminal basadas en la importancia del bien jurídico tutelado por las normas penales tributarias y de estupefacientes ni el régimen especial de extinción de la acción penal previsto en esas normas, configuran un obstáculo para la concesión de la suspensión del juicio a prueba, cuando la pena en concreto proyectada para el delito en la sentencia, da lugar a la condena de ejecución condicional.-

Recientemente en el fallo "Ugolini, Adriano s/ recurso de casación", la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal, ha confirmado la postura que se posiciona actualmente como dominante, en cuanto a la posibilidad de aplicar el instituto de la suspensión de proceso a prueba a los delitos tributarios, como ya se hiciera respecto de la ley 23.737 que regula el régimen de estupefacientes.<sup>92</sup>

En síntesis podríamos decir que, el argumento a favor de la aplicación del instituto de la suspensión del proceso a prueba, a las figuras abarcadas en la ley 24.769 y en la Ley 23.737, se centra en la preservación del derecho a la igualdad.-

Como se sabe nuestra Carta Magna Nacional, consagra en su artículo 16 el derecho a la igualdad ante la ley. Interpretando y fijando el alcance de dicha norma, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido que la igualdad ante la ley reclama iguales derechos frente a hechos semejantes (conf. "Valdes" Fallos:295:937), o igual trato siempre que las personas se encuentren en idénticas circunstancias y condiciones ("Martinez", Fallos, 312:826).-

---

<sup>91</sup> CHIARA DIAZ, Carlos, "Ley Penal Tributaria y Provisional 24.769", Ed. 1997, Editorial Rubinzal y Culzoni, pag.232.-

<sup>92</sup> CNCP, Sala IV, "Ugolini, Adriano s/ recurso de casación" Causa 10.749, 23/7/2008.-



### **Conclusión:**

Hemos concluido con el capítulo 10, y también con el trabajo. Así como hemos desarrollado una sucinta conclusión en cada capítulo, creemos que este último, y antes de la conclusión final, también lo merece.-

Entendemos apropiado entonces, volver al principio, y ver si podemos responder a los siguientes interrogantes:

**- ¿La pena sobre la que debe examinarse la procedencia del instituto previsto en el Art. 76 bis y ss. del C.P., es la de reclusión o prisión cuyo máximo en abstracto no exceda de tres años? Que ha resuelto sobre este aspecto la Cámara Nacional de Casación Penal en el Plenario “KOSUTA”?**

El Plenario KOSUTA, así lo ha dispuesto. Este plenario viene a imponer por mayoría la **tesis restrictiva**, aun en contra de la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia, que ha entendido que, ésta tesis, es más severa para el imputado toda vez que, no sólo suprime expresamente la posibilidad de conceder la suspensión en caso de penas mayores a tres años y sino que también excluye toda posibilidad de otorgarse en caso de penas de inhabilitación en cualquiera de sus formas (como pena única, alternativa o conjunta).-

**- Amén de lo resuelto en el Plenario KOSUTA por la Cámara Nacional de Casación Penal ¿Es posible la aplicación del instituto también a delitos cuya pena máxima sea superior a tres años? ¿Cual fue el criterio sustentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “ACOSTA”?**

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, con este fallo, en primer lugar, reafirma los principios que caracterizan al Derecho Penal como un orden de aplicación subsidiaria, de *ultima ratio* y caracterizado por la vigencia de los principios *pro homine* y *pro libertate*, en segundo lugar, porque, más allá de los principios que el fallo recoge, lo resuelto es una clara afirmación de la *garantía de igualdad*.-

Cierto es que con el fallo “ACOSTA”, entendemos, se ha resuelto la interpretación en cuanto a que delitos resulta aplicable la “Probation”, es decir, ha fallado a favor de **la tesis amplia**, y así están resolviendo nuestro Tribunales.-





**- En función de lo resuelto por la C.S.J.N. en el fallo “Acosta”, ¿Se ha puesto en crisis la obligatoriedad de los fallos plenarios conforme lo dispuesto por el Art. 10 de la Ley 24.050?**

Entendemos que, el Fallo “ACOSTA” ha quitado virtualidad a la doctrina de “KOSUTA”, pero no se ha puesto en juego aquí la constitucionalidad de los fallos Plenarios, en todo caso, como así lo dice la letra de la ley “...*La doctrina sentada podrá modificarse sólo por medio de una nueva sentencia plenaria...*”<sup>93</sup>. En este caso, tenemos el pronunciamiento contrario del más Alto Tribunal, La Corte Suprema de Justicia de la Nación”.-

**¿Es posible la Aplicabilidad de la Suspensión del Proceso a Prueba en los delitos tipificados en la Ley 23.737 (Ley de Estupefacientes) y Ley 24.769 (Ley Penal Tributaria)?**

Sobre este aspecto, con lo resuelto en el FALLO “ACOSTA”, implícitamente a quedado sustentado que, ni las razones de política criminal basadas en la importancia del bien jurídico tutelado por las normas penales tributarias y de estupefacientes ni el régimen especial de extinción de la acción penal previsto en esas normas, configuran un obstáculo para la concesión de la suspensión del juicio a prueba, cuando la pena en concreto proyectada para el delito en la sentencia, da lugar a la condena de ejecución condicional. En este sentido se están pronunciando nuestros tribunales.-

---

<sup>93</sup> Ley 24050. Art. 10.-

## CAPITULO V:

### CONCLUSION:

A partir del desarrollo pormenorizado de temáticas tales como, la delimitación del concepto del instituto, sus antecedentes y su naturaleza jurídica, las condiciones necesarias para disponer la oportunidad de la suspensión del proceso, la reparación del daño, su mantenimiento y su extinción; el poder determinar en que casos corresponde la revocación del instituto, y cuales son sus consecuencias; el haber evaluado la oportunidad de la aplicación, por ejemplo, en relación con los Funcionarios Públicos; analizar la posible la aplicación del instituto cuando el delito tiene pena de inhabilitación como principal, conjunta o alternativa y cuando prevé penas de multas, determinar los delitos a los cuales se aplica, entre otras; llegamos a la conclusión de que “Suspensión del Proceso a Prueba” o “Probation” incorporado a nuestro C.P. mediante los arts. 76 bis, ter, y quater, por su relevante aspecto de consideración de la víctima, ha contribuido a morigerar el efecto expropiador del conflicto que genera la pena estatal.-

Ahora bien, del análisis de la doctrina y de los diferentes fallos relacionados con la temática en cuestión, intentamos poder aportar claridad en cuanto a cual es **hoy** el criterio que se está aplicando en relación con la Suspensión del proceso a prueba:

#### **¿Tesis restringida o Tesis amplia?**

#### **¿Fallo Kosuta vs. Fallo Acosta?**

Uno de los temas planteados y a resolver en esta investigación, fue el de la pena, esto es, si correspondía aplicar el instituto a delitos de orden correccional solamente o correccional y criminal. Pues bien, estamos en condiciones de afirmar que, en este sentido, la corte, con el **FALLO ACOSTA**, ha podido resolver y unificar el criterio. Se ha impuesto a través de este fallo **LA TESIS AMPLIA**.-

Ahora bien, el **PLENARIO KOSUTA**, ha tratado otro tema importante de la ley y que no ha sido planteado por la Corte en el **FALLO ACOSTA**, tal es, los delitos que disponen penas conjuntas de prisión e inhabilitación.

Sobre este aspecto, creemos que, si bien la Corte en su Fallo al tratar los principio rectores del derecho penal implícitamente y por el principio constitucional de igualdad ante la ley, podría aplicarse a este tipo de penas; entendemos que, al no haberse expedido concretamente sobre este aspecto, dará nuevamente la posibilidad de diferentes

interpretaciones. Recordemos que, sobre este aspecto, en el PLENARIO KOSUTA, sí ha sentado criterio, esto es, la imposibilidad de ser otorgada la Probation a delitos con penas de inhabilitación.-

Amen de ello, lo cierto es que, a partir del Fallo ACOSTA, la interpretación que ahora hagan nuestros juristas al momento de otorgar este instituto, ha de ser mas abarcativa a efectos de que sirva como un modelo de conciliación, toda vez que al contemplarse la reparación de la victima, la ayuda social que el imputado preste, quizás, colabore con el objetivo del derecho penal, esto es, procurar la paz social.-

Nos enseña el Dr. Germán BIDART CAMPOS, que el principio indica que el intérprete ha de seleccionar y aplicar la norma que en cada caso resulte mas favorable para el ser humano, para su libertad y sus derechos, sin importar cual sea la fuente que la suministre, sea tanto interna o internacional.-

Así también lo ha expresado la nuestro Máximo Tribunal en el Fallo **ACOSTA**, en el cual sostiene que para determinar la validez de una interpretación, debe tenerse en cuenta que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra, a la que no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino el que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos. Este propósito no puede ser obviado por los jueces con motivo de las posibles imperfecciones técnicas en la redacción del texto legal, las que deben ser superadas en procura de una aplicación racional, cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho. Pero la observancia de estas reglas generales no agota la tarea de interpretación de las normas penales, puesto que el principio de legalidad (art. 18 de la Constitución Nacional) exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la ultima ratio del ordenamiento jurídico, y con el principio pro homine que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal.-

Si bien es cierto, que el criterio de aplicación de este instituto, por no contar con claridad de una regulación específica, ha variado a lo largo de estos años, no menos cierto es que, ante estas **“lagunas del derecho”**, tanto la doctrina como la jurisprudencia han intentado dar solución al tema en cuestión.-



Lamentablemente, una deficiente técnica legislativa le ha hecho perder ya a los operadores del sistema demasiado tiempo y esfuerzo en tratar de interpretar lo que de veras se quiso legislar a través de la confusa normativa establecida en la ley 24.316.-

Creemos que, si bien se ha avanzado gran parte con lo resuelto por el Máximo Tribunal, aun quedan muchas cuestiones por resolver.-

A partir de ello, nos planteamos un último interrogante:

¿No será tiempo de corregir esos errores y omisiones?

Entendemos que si, que la regulación de este importante instituto debe ser reformada cuanto antes por el Congreso Nacional, para que los órganos encargados de impartir justicia puedan cuanto antes utilizar esta herramienta de política criminal en forma ágil, práctica y ante todo justa. Para que el derecho sea dinámico, debe necesariamente ajustarse más a la realidad de todos los días.-

Fue nuestro deseo haber podido aportar, a partir del **análisis** en profundidad de todas estas cuestiones, un conocimiento acabado de la “Suspensión del Proceso a Prueba” a efectos de poder encontrarnos, al momento de dar nuestros primeros pasos como profesionales, capacitados, no solo para la aplicación correcta del instituto, sino para poder desarrollar una actitud reflexiva, crítica, entendiendo que el derecho ha de ser igual para todos.-

Como futuros profesionales del derecho, que creemos en una justicia humana y tangible, entendemos que no debemos olvidar uno de nuestros principales deberes: El de fomentar el continuo avance de las instituciones del ordenamiento jurídico, discutiendo, si así se requiere, todos y cada uno de los puntos oscuros de la legislación vigente.-

*“En todo arte, en toda doctrina, en todo código existen gérmenes que son evidentes anticipaciones, posibilidades de infinitos perfeccionamientos”<sup>94</sup>*

*José Ingenieros.*

---

<sup>94</sup> INGENIEROS, José, “Las fuerzas Morales”, Editorial Tor, Buenos Aires, 1957



## **GLOSARIO:**

- ❖ **Bifronte:** Palabras o frases que permiten dos sentidos de lectura. Una, el sentido habitual, la otra, para el lado opuesto.<sup>95</sup>
- ❖ **Exégesis:** (del griego ἐξηγήσθαι 'guiar hacia afuera') es un concepto que involucra una interpretación crítica y completa de un texto 'extraer el significado de un texto dado' En general, la exégesis presupone un intento de ver el texto objetivamente.-
- ❖ **Interpretación gramatical y teleológica de la Ley:** Interpretación de la norma a través del fin de la misma, buscando en su espíritu, que es la finalidad por la cual la norma fue incorporada al ordenamiento jurídico.-
- ❖ **Lagunas del Derecho:** oscuridad o silencio de las leyes.-
- ❖ **Principio de Igualdad:** Principio reconocido en el Art. 16 de la C.N. Establece que todos los hombres y mujeres son iguales ante la ley, sin que existan privilegios ni prerrogativas de sangre o títulos nobiliarios. Es un principio esencial de la democracia.-
- ❖ **Principio de oportunidad:** Posibilidad de que los órganos públicos a quienes se les encomienda la persecución penal, prescindan de ella en presencia de la noticia de un hecho punible o inclusive frente a la prueba, más o menos completa de su perpetración, formal o informalmente, temporal o definitivamente, condicionado incondicionalmente, por motivos de utilidad social o razones político criminales.<sup>96</sup> Los fundamentos y finalidades del principio de oportunidad son: el interés social, la utilidad pública, la eficiencia de la administración de justicia, la descongestión judicial en lo referente a la pequeña y mediana criminalidad, evitar efectos nocivos de las penas cortas de privación de libertad, la reinmersión social del delincuente, la pronta y justa reparación a la víctima y la economía procesal. La finalidad trascendental de este principio es lograr una solución pacífica al conflicto interno de una sociedad a bajo costo para el Estado, así el principio de oportunidad está ligado al derecho responsabilizado, es decir un derecho no separado de la sociedad y sus reales necesidades.<sup>97</sup>
- ❖ **Principio pro homine:** El Principio indica que el intérprete ha de seleccionar y aplicar la norma que en cada caso resulte más favorable para la persona humana, para su libertad y sus derechos, cualquiera sea la fuente que la suministre, ya sea interna o internacional<sup>98</sup>.-
- ❖ **Poder Punitivo Estatal:** es la capacidad que tiene el estado, en ejercicio de un poder político, de configurar como delitos ciertos comportamientos y de imponerles una pena o una medida de seguridad. Este poder se ejerce en el *orden constitucional*, pues en la carta

---

<sup>95</sup> <http://www.educared.org.ar/comunidades/tamtam/archivos/2006/03/15/bifrontes.htm>

<sup>96</sup> MAIER, Julio B. J.; "Derecho Procesal Penal" Tomo I Fundamentos. Editores del Puerto. S.R.L. Argentina 2002.-

<sup>97</sup> CAPPELLETTI, M.; "Las Cuatro Dimensiones de la Justicia Contemporánea", Editorial Ejea, Buenos Aires, 1973, pág. 18.

<sup>98</sup> BIDART CAMPOS, G., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, tomo I-A, 2000, Ediar, Buenos Aires, pág. 390.-



se establecen los fundamentos y límites del sistema de imputación y ningún otro ámbito del poder público podrá desconocerlos. En el *orden legislativo* se desarrolla el principio de legalidad a través de la promulgación de las disposiciones que determinan que es delito y cuales son las penas o medidas de seguridad aplicables. *En lo judicial* se adelantan los procesos de comprobación de hechos y de aplicación de la ley penal a casos en concreto y, finalmente en el orden ejecutivo se hará lo atinente a la ejecución de las penas y las medidas de seguridad impuestas por los jueces y tribunales.-

- ❖ **Principio *ultima ratio***: Principio que postula la necesidad de restringir al máximo la intervención de la ley penal, reservándola solo para casos de ataques graves a las normas de convivencia social que no pueden ser eficazmente controlados por otros mecanismos menos traumáticos.-

**BIBLIOGRAFIA:**

- ARCE, Enrique y DIAZ CANTON, Fernando, "Obligatoriedad de los Fallos plenarios: Su inconstitucionalidad", NDP 1996-A-193.-
- BAIGUN, David, "Código Penal y Normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial", Parte General, T.II, Editorial Hammurabi, 2002.-
- BIDART CAMPOS, G.J. "Manual de Derecho Constitucional Argentino, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1975.-
- BIDART CAMPOS, G. J. "Manual de Derecho Constitucional Argentino", Ed. Ediar, Buenos Aires, 2003.-
- BIDART CAMPOS, G.J., Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, tomo I-A, 2000, Ediar, Buenos Aires.-
- BIELSA, Rafael; Witker, Jorge; Zorrillo, Santiago, "Metodología jurídica" "Introducción a la metodología de la investigación"
- BOVINO, Alberto, "La Suspensión del Procedimiento Penal a Prueba en el Código Penal Argentino", Ed. Del Puerto, 2001.-
- BREGLIA ARIAS, Omar, Código Penal y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado, en coautoría con Omar R. GAUNA, 3° ed., Ed. Astrea, Buenos Aires, 1994.-
- CAPPELLETTI, M.; "Las Cuatro Dimensiones de la Justicia Contemporánea", Editorial Ejea, Buenos Aires.,1973.-
- CHIARA DIAZ, Carlos, "Ley Penal Tributaria y Provisional 24.769", Ed. 1997, Editorial Rubinzal y Culzoni.-
- CODIGO PENAL DE LA NACIÓN –con legislación complementaria- ED. La Ley- 2009.-
- DE LA RUA, "La Casación Penal", Ed. Depalma, 1994.-
- DE OLAZABAL, J. "Suspensión del Proceso a Prueba, Ed. Astrea, Bs. As., 1994.-
- DEVOTO, Eleonora A. "Probation" e institutos análogos, Editorial Hammurabi – José Luís Depalma- 2ª. Ed., Buenos Aires, 2005.-
- EDWARDS, Carlos; "La suspensión del juicio a prueba", LALEY, 1995.-



- FASSI y YAÑEZ, “Código Procesal Civil y Comercial”, T.II, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1989.-
- GARCIA, Víctor Enrique, “La obligatoriedad de la jurisprudencia plenaria y el derecho penal. Reparos constitucionales”, Cuadernos de doctrina y Jurisprudencia Penal, Ed. Ad-Hoc, 1997.-
- INGENIEROS, José, “Las fuerzas Morales”, Editorial Tor, Buenos Aires, 1957
- MAIER, Julio, “Derecho Procesal Penal”, T.I, Ed. Del Puerto, Ed. Desalma, 1994.-
- MAIER, Julio B. J.; “Derecho Procesal Penal” Tomo I Fundamentos. Editores del Puerto. 2002.
- PALACIO, Lino Enrique, Derecho Procesal Civil, T. V.-
- RODRIGUEZ GOMEZ, Gregorio y otros, “Metodología de la Investigación Cualitativa”, 1996.-
- VITALE, Gustavo "Suspensión del Proceso Penal a Prueba". Ed. Del Puerto 1996.-
- VITALE, Gustavo, “La suspensión del Proceso Penal a Prueba”, 2a. Edición- Editorial del Puerto, 2004.-

### **JURISPRUDENCIA:**

- Cámara Nacional de Casación Penal en autos: “Kosuta, Teresa R. s/ Recurso de casación”, de fecha 17 de agosto de 1999, expedientes internos M5069/99; M5187/99 y el expediente F6990/99.-
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, 23 de abril de 2008, Recurso de hecho “Acosta E. s/ Infracción art. 14 1ª Párr. de la ley 23.737”, Considerando 7.-
- C.S.J.N., “Fallos”, 154-283, 195-270.-
- C.N.C.P, Sala IV, causa N° 634, "Roitman, Adrián s/recurso de casación", LL, 1998-A.-
- CCC, Sala VI, JA 1997-III, p.498; CNCP, Sala IV, ED, T. 178, p.269.-
- C.N.C.P., Sala II, voto de la doctora Ledesma al que adhiere el doctor W. Gustavo Mitchell, causa Nro. 8046 “Perrota, Walter s/ recurso de casación”, Reg. 11819, 9/5/2008.-
- C.N.C.P., Sala IV, voto del doctor Hornos en causa Nro. 8400, "Arnaldi, Mariano s/recurso de casación" Reg. 10919.4, 29/10/08.-





- C.N.C.P., Sala III, voto de la mayoría en la causa Nro. 9069 “Ciechanow, Juan Roberto s/ recurso de casación”, Reg. 695/08, 5/6/08.-
- C.N.C.P., Sala III, voto de la mayoría en “Crigna, Francisco Luís s/ recurso de casación”, rta. 25/11/08.-
- C.N.C.P., Sala I, voto disidente del doctor Madueño en la causa Nro. 10575 “Ponce, Alberto Pablo s/ recurso de casación”, Reg. 13094, rta. el 23/12/08.-
- C.N.C.P., Sala II, voto de la mayoría en la causa Nro. 9285, “Champana, Adrián Alberto y Perreyra, Juan Manuel”, Reg. 14024, 9/3/09.-
- C.N.C.P., Sala II, causa Nro. 8444 “Proceda, Alberto Nicolás s/ recurso de casación”, Reg. 11866, 19/5/08.-
- T.O.C. N° 18, 21/9/99, causa N° 707, “Gustavo Alberto Jourdier s/ Defraudación por administración fraudulenta en concurso real con falsa denuncia en concurso ideal con defraudación por retención indebida”
- TOC N° 26, 30/12/99, causa N° 565, “Eduardo G. Montoya s/ robo con armas en grado de tentativa”
- TOC N° 27, 12/5/2000; causa N° 709, “Jorge Eugenio Cabrera Castellanos s/ inconstitucionalidad Ley 24.050 – art. 10, inc. C, parr. 2°..”
- Cámara Nacional de Casación Penal. Sala : IV. Registro n° 10989.4.- Figueroa, Enrique s/recurso de casación. 3/11/08, Causa n°: 9739.-
- CNCP II, Capital Federal, 24-6-1997, “Enciso, Lorenzo y otro”, JUBA Penal 10468; JA 1999 II, 547.-
- “NORBERTO, Jorge Braulio s/ Infracción artículo 302 del C.P.” (RECURSO DE HECHO, N°326. XLI).-
- “CIECHANOW, Juan Roberto s/ Recurso de casación” Reg. 659/08-5/6/08.-
- “Zanetti, Noemí Edith s/ recurso de casación” causa N° 6833, reg. N° 9167, 24/10/06.-
- CNCP, Sala IV, “Ugolini, Adriano s/ recurso de casación” Causa 10.749, 23/7/2008

### **PUBLICACIONES:**

- ALMEYRA, "Probation ¿sólo delitos de bagatela?", SJP LL 26-5-1995, comentario al fallo 93.182.-
- AMOEDO, "La pena privativa de libertad como límite de procedencia de la suspensión del juicio a prueba", DJ 1998-3, p.1013.-
- DEVOTO, Eleonora, “¿Interpretación igualadora u opiniones contradictorias?, acerca del reciente plenario n.5, autoconvocatoria, “Kosuta, Teresa”, del 17/8/1999, publicado en LL1999-E-1153.-



- DEVOTO, Eleonora, “¿”Acosta” venció a “Kosuta”?, publicado en “Revista de Derecho Penal y Procesal Penal”, Ed. Abeledo Perrot,, Buenos Aires, 2008, fasc. 10.-
- FIGUEROA, Federico G “Probation”. Exclusión de los funcionarios públicos por delitos cometidos en ejercicio de sus funciones. En coautoría con y RABINOVICH, Oscar, , En La Ley, Sección Doctrina, t. 1994-D, Buenos Aires.-
- LOPEZ CAMELO, "Probation. Algo más acerca de su alcance normativo", DJ1997-2.-
- ORGEIRA-VAIANI, "La suspensión del juicio a prueba y los delitos con una pena mayor de tres años" LL1996-E.-
- REVISTA DE DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL Nº 10 - ISSN 1851-0353- Octubre 2008- AbeledoPerrot.-
- SAEZ ZAMORA-FANTINI, "Reflexiones sobre la implementación de la ley 24.316 en nuestro sistema penal", LALEY, 1995-D.-
- SOLIMINE, Marcelo A., “Réquiem para “Kosuta”, y la puesta en crisis de la obligatoriedad de los fallos plenarios: cuando la Corte escribe poco y dice mucho”, publicado en “Revista de Derecho Penal y Procesal Penal”, Ed. Abeledo Perrot,, Buenos Aires, 2008, fasc. 10.-

**INTERNET:**

- <http://www.eumed.net/libros/2007a/257/7.1.htm>
- [http://www.mjus.gba.gov.ar/legislacion/todos/normas\\_internacionales/reglas\\_de\\_tokio.pdf.-](http://www.mjus.gba.gov.ar/legislacion/todos/normas_internacionales/reglas_de_tokio.pdf.-)
- <http://jurisprudencia.pjn.gov.ar/documentos/jurisp/verdoc.jsp?db=B650&td=7&qn=1.->
-

**ANEXOS:**

**Acuerdo N° 1 /99 en Plenario N° 5, autoconvocatoria en causa N° 1403 de la Sala III, “KOSUTA, Teresa R. s/ recurso de casación”.**

En la ciudad de Buenos Aires, a los 17 días del mes de agosto de mil novecientos noventa y nueve, reunidos los señores jueces de la Cámara Nacional de Casación Penal, en virtud de la autoconvocatoria admitida en la causa N° 1403 del registro de la Sala III, caratulada “Kosuta, Teresa Ramona s/ recurso de casación”,

Los señores jueces doctores Jorge Osvaldo Casanovas y Guillermo José Tragant dijeron:

Primero:

El marco expositivo de esta convocatoria aparece constreñido conceptualmente a los siguientes interrogantes: “I) Pena sobre la que debe examinarse la procedencia del instituto previsto en el artículo 76 bis y siguientes del Código Penal; II) Procedencia o no del instituto cuando el delito tiene prevista pena de inhabilitación; III) Carácter vinculante o no del dictamen fiscal en la suspensión del juicio a prueba; IV) Legitimidad o no del querellante para recurrir la suspensión del juicio a prueba, excluido el supuesto correspondiente al monto de la reparación”.

No escapa que otras problemáticas de singular relevancia a los fines de asegurar la homogeneidad interpretativa (vgr. obligatoriedad de la realización de la audiencia prevista en el art. 293 del C.P.P.N.; aplicación de la suspensión del juicio a prueba a los imputados de los delitos previstos en las leyes n° 23.771 y n° 23.737; control judicial de la razonabilidad del ofrecimiento de reparación del daño; oportunidad para solicitar la suspensión del juicio a prueba) aparecen ajenos a esta encuesta, aunque todavía no encontraron respuesta definitiva (vid. “Scublinsky, D. G. s/inaplicabilidad”, C.N.C.P. - S.J., causa n° 38). Lo cierto es que las lecturas divergentes que ofrecen distintos pronunciamientos del órgano reclaman que se proporcione de una vez la inteligencia correcta.

Conviene recordar que la deficitaria técnica legislativa que campea en la redacción de la ley 24.316 es, sin duda, generadora de cantidad de interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales contradictorias entre sí, y seguramente -en su generalidad- contribuyentes a la falta de certeza jurisdiccional sobre los extremos abiertos, situación que habrá de ser pacificada por fruto de la labor que ahora convoca.

Segundo:

A partir de las reformas introducidas en el código penal (art. 76 bis conforme ley n° 24.316, B.O. n° 27.895 del 19 de mayo de 1994), cobró vigencia en la legislación argentina el sistema de suspensión de juicio a prueba, técnicamente –aunque en forma equivocada- denominado “probation”. Con anterioridad, ya el ordenamiento procedimental nacional había anticipado su incorporación (art. 293 C.P.P.N. según ley n° 23.984, B.O. n° 27.215 del 9 de septiembre de 1991).



Esta medida guarda filiación con las formas de simplificación procesal y un conjunto de alternativas al encierro carcelario tradicional que proliferaron en el contexto político-criminal internacional a partir de los años sesenta, que afectaron fundamentalmente a aquella franja de delitos menores y/o realizados por jóvenes o drogadependientes (vgr. art. 18 de la ley n° 23.737). Todo ello fue abordado desde distintos planteamientos: unos de corte predominantemente asistencial y paternalista, de inspiración correctora y educacional, acompañados de otros resignadamente reformistas que proponen la sustitución limitada de la prisión como una línea de avance en las exigencias de una mínima intervención penal. Frente a ellos, otros desarrollos esencialmente críticos denuncian la legitimación paralela del sistema carcelario que conllevan las medidas alternativas, a la par de alertar acerca del paradójico aumento del control punitivo, toda vez que -lejos de reemplazar- las supuestas alternativas terminan complementando a la cárcel (vid., por todos, Cohen “Visiones del control social”, P.P.U., Barcelona, 1988).

Y desde esta configuración previa brindada por la experiencia comparada, la tarea emprendida no puede desatender la trascendencia político criminal del tema, tanto más cuando la solución a que se arrije será adoptada como doctrina vinculante.

Con todo, menester es destacar que estas alternativas surgen como consecuencia de una valoración negativa de los fines asignados a la pena privativa de la libertad como “reina de las penas”, y desde la perspectiva de la economización y racionalización de la intervención penal. Ese, y no otro, es el marco que guía la incorporación de estas medidas.

Tercero:

Sentados estos brevísimos antecedentes, cabe sindicarse respecto del primer punto de la compulsión fijada, las opiniones que marcan el rumbo sobre el extremo, esto es: (a) aquella que sostiene la postura restringida con base en la pena conminada en abstracto, y (b) la defensora de la tesis amplia con soporte en la pena aplicable en concreto.

En apoyo de la primera, a partir de una interpretación literal y en especial auténtica del legislador, se sostiene que:

(a) En el proceso legislativo se suprimió expresamente la posibilidad de conceder la suspensión en caso de penas mayores a tres años. En tal sentido, ponderando la supresión que se había efectuado del proyecto del Poder Ejecutivo -que admitía en lineamientos generales una extensión del instituto-, se repara en las expresiones vertidas por el diputado Antonio Hernández y por el senador Augusto Alasino (“Antecedentes Parlamentarios”, año 1994, N° 2, Ley 24.316 - Probation, “La Ley” parágrafos 34, 41, 90, 91, 94, 95, 125 y 160) (vid. García “Suspensión del juicio a Prueba”, en “Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal” N° 1-2, Ad Hoc, Bs. As., 1996, pág. 324; Tamini-Freeland López Lecube “La probation y la suspensión del juicio penal a prueba (comentarios a la ley 24.316)”, “La Ley”, Bs. As., t. 1994-D, pág. 854; Reynaga “La ley 24.316: análisis y aplicación de los institutos”, “La Ley”, Bs. As., t. 1995-D,

pág. 1486; Kent-García Torres “Probation. Un fallo que receta una exégesis adecuada de la institución”, “La Ley”, Bs. As., t. 1994-E, pág. 495).

(b) El instituto abarca tan sólo los delitos considerados leves, de competencia correccional (cfr. Edwards “La probation en el Código Penal Argentino”, Lerner, Córdoba, 1994, págs. 48 y 58; Ochoa “La suspensión del juicio a prueba”, “La Ley”, Bs. As., t. 1995-C, pág. 1274; Sáez Zamora-Fantini “Reflexiones sobre la implementación de la ley 24.316 en nuestro sistema penal”, “La Ley”, Bs. As., t. 1995-D, pág. 1136).

(c) La declaración del carácter grave o leve de un delito debe necesariamente hacerse en un juicio ya que el tribunal no puede hacer un pronóstico sobre la pena a recaer (vid. causa n° 634 -Sala IV-, “Roitman, Adrián Raúl P. s/recurso de casación”, reg. n° 983, rta. el 30/10/97).

Con base en estas líneas argumentales, ésta ha sido la posición mayoritaria de esta cámara (causa n° 923 -Sala I- “Celestino, Leonardo s/recurso de casación”, reg. n° 1259, rta. el 29/11/96; causa n° 1208, de esa misma Sala “Agüero, Patricia s/recurso de casación”, reg. n° 1500, rta. el 17/4/97; causa n° 1580, -Sala II-, “Wasyluk, Carlos José s/recurso de casación”, reg. n° 2038, rta. el 16/6/98; causa n° 471 -Sala IV- “Muñoz Saavedra, Juan S. s/recurso de casación”, reg. n° 773, rta. el 7/3/97, y causa n° 634 de esa misma Sala, “Roitman, Adrián Raúl P. s/recurso de casación”; vid. también el voto del doctor Riggi en la causa n° 1510 -Sala III-, “Córdoba Grande, Jorge Antonio s/recurso de casación”, reg. n° 189, rta. el 15/5/98). Con anterioridad, la aplicación del postulado que veda la reforma en perjuicio impidió al conjunto de esta sala el tratamiento de este extremo, al sostenerse que “el principio que prohíbe la “reformatio in pejus” sin recurso acusatorio establece como máximo de la pena que puede imponerse aquél del pronunciamiento declarado nulo por impugnación de la defensa... De este modo, la garantía de la defensa en juicio establece un límite superior que en la especie no puede superar el monto de tres años de prisión” (Causa n° 1022, “Losada, Aldo y otros s/recurso de casación”, reg. n° 184/99, rta. el 30/4/99).

Cuarto:

Mas, de otra banda, la tesis contraria de carácter amplio se funda en una interpretación gramatical y teleológica, a partir de que la ley se refiere a cada grupo de delitos en párrafos diferentes. Ello se sostiene al considerar que:

(a) En el primer párrafo se prevé pena en abstracto (pena cuyo máximo no exceda de tres años), en tanto que en el cuarto párrafo se considera la pena en concreto, con clara alusión al artículo 26 del digesto sustantivo (pena aplicable) (vid. Vitale “Suspensión del proceso penal a prueba”, Editores del Puerto, Bs. As., 1996, págs. 65/6; Orgeira-Vaiani “La suspensión del juicio a prueba y los delitos con pena mayor de tres años”, “La Ley”, Bs. As., t. 1996-E, pág. 813; Bovino “La suspensión del procedimiento en el Código Penal argentino y la “diversión” (Un análisis comparativo)”, “La Ley”, Bs. As., t. 1997-A, pág. 1090; Devoto “Probation e institutos análogos”, Din, Bs. As., 1995, pág. 83; Cafferata Nores “Cuestiones actuales sobre el proceso penal”, Editores del Puerto, Bs. As., 1997, pág. 176 y ss.; Molero, “Probation y juicio abreviado”,

“La Ley”, Bs. As., pág. 1347; Coleff-Garrigós “Primeras experiencias en la aplicación de la probation”, “La Ley”, Bs. As., del 22/12/94).

(b) Tanto el primero como el segundo párrafo prevén distintas especies de penas privativas de la libertad (pena de reclusión o prisión y pena de prisión –como consecuencia del reenvío al artículo 26 antes citado-, respectivamente) (cfr. Almeyra “Probation ¿Sólo para los delitos de bagatela?”, “La Ley”, Bs. As., t. 1995-B, pág. 603).

(c) En razón del uso que la ley hace de los términos “juez” en el tercer párrafo del artículo 76 bis y “tribunal” utilizada en el cuarto, puede admitirse la existencia de dos supuestos de procedencia al resultar compatibles con el órgano jurisdiccional que en la etapa de debate puede acordar la suspensión del proceso a prueba (órgano unipersonal para los delitos leves representado por el juez correccional) y órgano colegiado para los delitos de mayor gravedad (o sea, el tribunal de juicio) (cfr. Saenz “La suspensión a prueba del proceso penal (Probation)”, “La Ley”, Bs. As., t. 1994-C, pág. 947).

(d) La exigencia de dictamen fiscal favorable en el cuarto párrafo patentiza la existencia de dos supuestos diferentes (Vitale, ob. cit. pág. 69). Incluso por vía de la “unidad de la norma” se dice que en todos los casos la ley exige el dictamen fiscal favorable y la posibilidad de condena condicional (vid. de Olazábal, “Suspensión del proceso a prueba –Análisis de la ley 24.316, probation”-, Astrea, Bs. As., 1994, pág. 43 y ss.), circunstancia que no obstaculiza la concesión.

(e) Corresponde tomar en cuenta la finalidad perseguida con la incorporación de este instituto (vid. Vitale, ob. cit., págs. 75 y 79; Ríos “La interpretación de la ley y el juez penal. A propósito de la procedencia de la suspensión del juicio a prueba”, “La Ley”, Bs. As., t. 1998-C, pág. 413; Solimine “La suspensión del proceso a prueba para los delitos criminales en la ley 24.316 (Probation)”, “Doctrina Judicial”, Bs. As., t. 1994-2, pág. 177).

De esta forma, se pone en consideración la necesidad de incorporar una herramienta eficaz para el descongestionamiento de los puntos críticos de toda la organización judicial, al calibrar las coordenadas que enmarcan el ámbito de aplicación selectivo con el objeto de incrementar la idoneidad en la persecución y la penalización de los delitos de elevada gravedad, evitando que los tribunales vean perturbado su funcionamiento por el tratamiento de las causas más leves.

De otro lado se sostiene que la incorporación del instituto responde -como reajuste de la política criminal- a la necesidad de echar mano a mecanismos que modernamente se utilizan para limitar los efectos estigmatizantes de la reacción penal, que permiten bajo ciertas condiciones liberar al imputado o acusado del juicio de la desaprobación que posiblemente habría de formularse por el hecho cometido, y de los efectos de la condena que quedarán como un sello en sus antecedentes personales.

Se suman con su adhesión a la tesis amplia, el entonces Ministro de Justicia de la Nación que motorizara la reforma, doctor León Carlos Arslanian (“Plenario. Publicación de la Asociación de



Abogados de Buenos Aires”, julio 1994, pág. 20) y el Procurador General de la Nación, doctor Nicolás Eduardo Becerra, mediante la instrucción a los fiscales (resolución PGN 39/97).

Como se sindicara, esta tesis amplia recibe -a no dudarlo- el respaldo de la jurisprudencia ampliamente prevaleciente, como resulta del trabajo efectuado por la Oficina de Estadísticas del Poder Judicial de la Nación de la cual se extrae que en Capital Federal (a) de 30 tribunales orales en lo criminal, adoptan el criterio restrictivo 8 tribunales y el amplio 22; ( b) de 6 tribunales orales federales, 2 adoptan el criterio restrictivo y 4 el amplio; (c) que en el año 1997 ingresaron a los juzgados de ejecución penal provenientes de juzgados correccionales 742 expedientes contra 2025 provenientes del juzgados o tribunales de instrucción (168 de los tribunales orales en lo federal, 1843 de los tribunales orales en lo criminal, 14 de los juzgados de instrucción). (“El Derecho”, Bs. As., del 31/12/98, pág. 4).

Por fin, a modo de refutación respecto del argumento que sostiene que la declaración de delito grave o leve debe hacerse judicialmente ya que el órgano no puede hacer un pronóstico de la pena a recaer, más allá de los reparos que pueda generar la simplificada categorización, no es correcta la afirmación a la luz de la normativa procesal vigente, a poco de ver que los artículos 312 y 316 del rito autorizan al juez a formular un pronóstico de la pena a imponer a los efectos de dictar el auto de prisión preventiva y denegar la excarcelación. Por lo tanto, si el juez puede prever la pena que habrá de recaer en caso que se dicte una sentencia condenatoria, a los efectos de dictar la prisión preventiva, cabe preguntarse por qué tendrá vedado formular ese mismo pronóstico para evaluar la procedencia del instituto.

Solo resta consignar el proyecto de ley aprobado por la Comisión de Asuntos Penales y Regímenes Carcelarios de la Honorable Cámara de Senadores de la Nación (sesiones ordinarias de 1998, orden del día n° 1200), generado como consecuencia del cuadro de situación expuesto. La Comisión consideró que desde la incorporación de este instituto en el Código Penal, numerosas interpretaciones judiciales contradictorias entre sí han impedido una plena e igualitaria aplicación del mismo, en detrimento de los justiciables y de la seguridad jurídica...” y que, siendo “el instituto ajeno a nuestra tradición jurídica continental, por lo tanto, debe primero entenderse en sus fines y luego aplicarse con el criterio más lógico para que esos mismos fines se cumplan a través de la ley”. Sobre la base de lo expuesto se establece sustituir el artículo 76 bis del Código Penal, disponiéndose en la nueva redacción que “el imputado por delito de acción pública podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba cuando pudiese corresponderle condena de ejecución condicional...” (Dirección Publicaciones, Congreso Nacional, Cámara de Senadores, sesiones ordinarias de 1998, orden del día n° 1200, págs. 4505/4520). En la misma orientación se dirige el actual trámite parlamentario en la cámara alta (Dirección de Publicaciones, Congreso Nacional, Cámara de Senadores, sesiones ordinarias de 1999, orden del día n° 405, págs. 1513 y ss).

Quinto:



En orden al segundo de los extremos propuestos -procedencia o no del instituto cuando el delito tiene prevista pena de inhabilitación-, también cabe el paso inicial respecto de una opinión que se insinúa como minoritaria. Analizar nuevamente la cuestión, lleva a reafirmar una vez más la opinión oportunamente sustentada.

En efecto, a partir de la causa n° 1509 del registro de la sala III, caratulada "Vázquez, Emilio s/recurso de casación" (reg. n° 191/98, rta. el 15/5/98), por medio del voto del juez Casanovas, hubo ocasión de señalar que "desde los parámetros brindados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se conoce que la primera regla de interpretación de las leyes es darle pleno efecto a la intención del legislador (Fallos: 302:973), y la primaria fuente para determinar esa voluntad es la letra de la ley (Fallos: 299:167), así como que los jueces no deben sustituir al legislador sino aplicar la norma tal como éste la concibió (Fallos: 300:700); también las leyes deben interpretarse conforme el sentido propio de las palabras que emplean sin molestar su significado específico (Fallos: 295:376), máxime cuando aquél concuerda con la acepción corriente en el entendimiento común y la técnica legal empleada en el ordenamiento jurídico vigente (Fallos: 295:376), para todo lo cual se deben computar la totalidad de sus preceptos de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional (Fallos 312:11), evitando darles aquel sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando, como verdadero, el que las concilie y deje a todas con valor y efecto (Fallos: 1:300), por todo lo que no debe prescindirse de las consecuencias que derivan de cada criterio, pues ellas constituyen uno de los índices más seguros para verificar su razonabilidad y su coherencia con el sistema en que está engarzada la norma (Fallos: 307:1018)".

"A partir de estas coordenadas, claro queda pues que no puede dejarse de atender en el "subexámene" los clásicos estándares interpretativos que parten de los criterios literal, auténtico, sistemático y teleológico a la hora de desentrañar el sentido y alcance de la unidad textual contenida en el último párrafo del artículo 76 del Código Penal".

"Aunque respecto del extremo gramatical concurre en nuestro ámbito el postulado de interpretación restrictiva establecido en el precepto que consagra el artículo 2 del ritual que obstaculiza cualquier inteligencia extensiva de las normas penales. De otro lado, menester es destacar cuanto se sostuvo desde el derecho internacional de los derechos humanos, positivado ahora en nuestra norma fundamental (art. 75 inc. 22 C.N.), en cuanto enseña que la configuración legislativa y la aplicación judicial de cualquier clase de medidas restrictivas de la libertad han de ajustarse al cumplimiento de sus exigencias superiores que reclaman un derecho penal que sea "mínimamente intenso, es decir, lo menos aflictivo y estigmatizante para los que infrinjan los mandatos y las prohibiciones penales" (vid. voto conjunto de los tres integrantes de la sala en el plenario n° 3 "Molina, Roberto Carlos", del 16/8/95, con sus citas)".

"Huelga significar, en referencia al canon sistemático, que cualquier intervención estatal en materia penal debe obedecer a los postulados constitucionales de la resocialización (art. 75 inc.



22 de la Constitución Nacional, art. 5 inc. 6° de la Convención Americana de Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica, Ley nac. n° 23.054-; art. 10.3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -Ley nac. n° 23.313-; Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de la O.N.U. de 1957 -regla 63 y ss.-; art. 1 Ley 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad”.

“En segundo término -y en orden al sentido auténtico de la interpretación-, no puedo dejar de evocar clarificadoras palabras del mensaje del miembro informante senador Augusto Alasino en el debate parlamentario del Senado de la Nación cuando dijo:”...lo que pretende este instituto es atender a cada delincuente primario, ocasional o que comete un delito una sola vez en la vida. Por eso, existe una política social del Código Penal, que apunta a contemplar la situación de aquellos delincuentes que en determinados delitos culposos terminan siendo condenados porque las circunstancias del caso lo conducen a la condena siendo que tal vez nunca más esa persona vuelva a cometer un delito. Un homicidio culposo, por ejemplo, sería el caso de quien atropella a una persona con un vehículo. Aclaro esto porque tal vez lo soslayé cuando brindé el respectivo informe. Debe tenerse en cuenta que esa es la política criminal a la que apunta este instituto, y en esa dirección va encaminado” (vid. "Antecedentes parlamentarios", 1994, n° 2, Ley 24.316- Probation, "La Ley", pág. 58, con subrayado que me pertenece). Al respecto no resulta ocioso señalar que en anteriores pasajes discursivos el propio legislador parece significar lo contrario (op. cit., pág. 40), mas el sentido aclaratorio y posterior de sus expresiones despejan cualquier sospecha sobre el propósito que animó su labor”.

“De otra banda también merece computarse la lista de delitos a los que se aplica la probation acompañada por la inserción del diputado Víctor Hugo Soderó Nievas -autor de un proyecto y activo protagonista legislativo- en la reunión octava del 16 de junio de 1993, en donde se establece también el homicidio culposo ("Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación", pág. 1448)”.

“En último lugar corresponde destacar en orden a los antecedentes parlamentarios que, tanto los anteriores proyectos cuanto los que aparecen consensuados en la ley 24.316, no contemplaban como obstáculo a la probation la pena de inhabilitación (vid. proyectos Maier y Zaffaroni, "Doctrina Penal", Bs. As., 1986, pág. 671 y ss. y "Doctrina Penal", Bs. As. 1988, pág. 146 y ss.) o la contemplaban en la modalidad absoluta (vid. proyecto del diputado y miembro informante Antonio María Hernández, "Antecedentes ...", cit., pág. 29), con exclusión del presentado únicamente por el diputado José J. Manny (op. cit., pág. 31)”.

“Por fin, y en cuanto hace al patrón teleológico, no pueden caber dudas de los postulados político-criminales que orientaron la modificación del Título XII del Libro Primero del digesto de fondo a través de la incorporación de los artículos 76 bis, 76 ter y 76 quater, y que cristalínamente se expresan en el mensaje de elevación del poder ejecutivo al congreso nacional: reformar sustancialmente el funcionamiento real del sistema judicial penal de nuestro país con una programación eficaz de su actuación, en donde el instituto de la suspensión del

proceso a prueba se encuentra respaldado por fundamentales razones de orden práctico ("Antecedentes ...", cit., pág. 18)".

"Claro queda a mi ver que a cualquier télesis no se le puede escapar la inconsistencia que resulta del criterio de favorecer con el instituto a los imputados por delitos reprimidos con pena privativa de libertad y de impedirla para aquellos perseguidos por delitos que incluyen en su conminación la menor de las reacciones punitivas establecidas en el artículo 5 del ordenamiento, así como también de beneficiar a los imputados de delitos dolosos (vgr. donde el agente quiso lo que hizo) y perjudicar a los de delitos culposos (vgr. donde media discordancia entre el querer y el resultado). Más aún: dentro de los delitos imprudentes, tratándose de actividades no reguladas, nos enfrentaríamos a la imposibilidad de imponer esta categoría de pena, por tanto ¿Tampoco cabría en esos casos la concesión de la "probation"? La razonabilidad y el postulado de igualdad impiden acompañar esa lectura".

"En este orden de ideas, el argumento que señala que los únicos delitos previstos en la parte especial del código con pena de inhabilitación exclusiva vinculan a funcionarios públicos (arts. 260, 264, 273 y 274 del C.P.) que aparecen impedidos por la regla anterior expresa, precisamente impide considerar a un legislador contradictorio, a poco de observar que el universo de conductas en las que puede verse comprometido como sujeto activo excede el estrecho marco de estas figuras delictivas, de suerte que no puede advertirse redundancia y/o absurdo en el texto legal. A mayor abundamiento, cabe precisar la existencia de leyes penales especiales que reprimen conductas de sujetos que no responden a esa calidad, con pena de inhabilitación en forma alternativa (vgr. ley de abastecimiento n° 20.680, art. 5 inc. d)".

"Por lo demás, destáquese que el fin preventivo que pretende defender la opinión contraria debe necesariamente atender que puede hallarse satisfecho con la imposición de las reglas de conducta que cabe adoptar junto con el acordamiento (esto es, desde la capacitación técnica hasta la misma prohibición de conducción de vehículos automotores (arts. 76 ter, párrafo 1°, 27 bis, anteúltimo párrafo, del C.P. y 310 del C.P.P.N.)".

"En suma, en base a las consideraciones y transcripciones que anteceden, con el soporte de la doctrina que reputo mayoritaria (vid., entre otros, Alagia "Probation y pena de inhabilitación", "Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal", año III, n° 7, Bs. As., 1997, pág. 855; Vitale "Suspensión del proceso a prueba", Editores del Puerto, Bs. As., 1996, pág. 134 y ss.; Pessoa "Suspensión del juicio a prueba: esquema de análisis", Jurisprudencia Argentina, 1995, pág. 837; Devoto "Probation e institutos análogos", Din, Bs. As., 1995, pág. 95; Cafferata Nores, "Cuestiones actuales sobre el proceso penal", Del Puerto, Bs. As., 1997, pág. 176 y ss.; Tarditti "Probation -ley 24316-: lo bueno y lo malo", Semanario Jurídico, Córdoba, año XVII, 21/6/94; Tamini-Freeland "La 'probation' y la suspensión del juicio a prueba (comentarios a la ley 24.316)", "La Ley", n° 165, 30/8/94; Edwards "La probation en el Código Penal argentino, ley 24.316", Lerner, Córdoba, 1994, pág. 62), debe propiciarse el establecimiento del criterio

favorable al acordamiento de la suspensión del proceso penal a prueba mediando comisión de delito reprimido con pena de inhabilitación especial prevista en forma conjunta”.

Sexto:

Por su parte, en el referido precedente “Vázquez”, el juez Tragant sostuvo que “tal interpretación se concilia plenamente con la jurisprudencia fijada por esta Cámara en orden al requisito de procedencia del recurso de casación mediando imposición de pena de inhabilitación, en el sentido que “los límites a tenerse en cuenta para habilitar la instancia son los previstos en el artículo 459 del Código Procesal Penal que en su inciso 2°) establece que cuando se trata de pena de prisión, la misma debe superar los tres años, previéndose además determinados mínimos para la multa y la inhabilitación ... Este precepto debe interpretarse en consonancia con las prescripciones del artículo 34 del mismo ordenamiento que se refiere para determinar la competencia en la hipótesis de un delito reprimido con varias clases de pena, a la cualitativamente más grave, de manera tal que una adecuada hermenéutica conduce a la conclusión de que es el orden del artículo 5° del Código Penal el que resuelve esta situación”.

“De lo precedentemente expuesto se desprende entonces que cuando las sanciones inflictas son varias, debe atenderse para analizar la procedencia del recurso de casación primero a la calidad de las mismas y luego, una vez definida esta cuestión, al monto de la más severa para verificar si ella encuadra en los supuestos contemplados en el mentado artículo 459 del código de rito (del voto conjunto del Dr. Raúl R. Madueño y el suscripto, al que adhirió el colega Dr. Eduardo Rafael Riggi, según sus fundamentos, en la causa n° 78 “Frías, Ramiro E. s/rec. de queja”, rta. el 21/12/93, reg. n° 73 de la Sala III; causa n° 74 “Ciancio, Nora Elba s/recurso de queja” rta. el 13/12/93 reg. n° 68 de la Sala II, entre muchas otras)”.

“Que desde otra línea argumental parece claro que uno de los propósitos que conlleva la pena es el fin preventivo, por ello, en atención a las manifestaciones vertidas tanto por el miembro informante en la Cámara de Diputados, diputado Antonio María

Hernández (DSCDN, 6° Reunión, junio 2 de 1993, pág. 1321) cuanto lo primigeniamente expresado por el senador Augusto Alasino en la cámara revisora (“Antecedentes parlamentarios -Ley 24.316- Probation”, “La Ley”, Año 1994 n° 2, párrafo 88, pág. 49) francamente no se alcanza a comprender por qué sería más comprometedor para la comunidad un médico imperito o un conductor omisivo del deber de cuidado que un disparador de arma de fuego, un encubridor o un maltratador familiar (cfr. Devoto, “Probation e institutos análogos”, pág. 94/95)”.

“Nótese que bastaría con que el autor de lesiones culposas, aún mintiendo, modificara la causal del resultado en intencional, para poder acceder a la probation”.

“En los procesos que se relacionan con delitos que se refieren a supuestos de impericia, inobservancia de los reglamentos o deberes del cargo, resulta a mi juicio innecesario que éstos sean tramitados hasta el veredicto definitivo, cuando el propósito del instituto es evitar la prosecución de juicios que revistan escasa entidad penal, evitando así el desgaste

jurisdiccional, mediante el sometimiento del imputado a reglas de conducta enderezadas a modificar su comportamiento disvalioso, en procura de su resocialización, como está previsto en el art. 27 bis del código sustantivo”.

Ese cuadro argumental puede completarse además con aquel motivo que parte de la observación efectuada en el precedente “Asenjo, Claudio Martín s/recurso de casación” (causa n° 518 - Sala I - , reg. n° 774, rta. el 17/10/95), en punto a que “según la norma examinada, es requisito de procedibilidad un examen de probabilidad de que, en caso de recaer condena, ésta pudiese ser dejada en suspenso, cuando por expresa disposición legal no es procedente la condena condicional respecto de las penas de multa e inhabilitación”.

Si bien ello es cierto, no lo es menos la circunstancia que nadie ha considerado que esta modalidad de condena no procede cuando la multa o la inhabilitación acompañan a la pena de prisión. Es decir, si bien la exclusión de la multa e inhabilitación del régimen de la condena condicional ha dado lugar a serias discusiones (sosteniendo algunos que pueden ser suspendidos cuando son accesorias de la pena de prisión), se ha reconocido unánimemente en nuestro país, que la condenación condicional procede aún cuando la multa o inhabilitación acompañan en la ley a la pena de prisión. Sin embargo, en los delitos sancionados con prisión e inhabilitación en forma conjunta, la condena condicional no ha impedido que, en general, junto con la suspensión de la pena de prisión, se disponga el cumplimiento efectivo de la inhabilitación. Si ello es así, con el mismo criterio deberá aceptarse la procedencia de la suspensión del proceso a prueba en el cual se investiga un delito reprimido con prisión e inhabilitación, en forma conjunta, por lo menos en aquellos casos en los que se haga cumplir efectivamente la inhabilitación durante el período de prueba. (cfr. Vitale, ob. cit. pág. 140).

Séptimo:

Con el panorama descrito y las posturas sostenidas en los distintos pronunciamientos de las salas, parecen agotarse las formulaciones sobre los argumentos de las respectivas tesis.

Sentada pues, la plataforma teórica, tal como se expusiera en el mentado precedente “Vázquez”, el debate debe ser planteado en un terreno más amplio, y tiene que ver con los principios que gobiernan la hermenéutica.

Si algo enseña la complejidad judicial es a escapar de los esquemas reduccionistas o simplificadoros. La labor interpretativa es mucho más ardua y los parámetros delimitadores que la gobiernan aparecen demarcados por (a) la imposibilidad de hacer justicia con total independencia de la ley, y (b) la imposibilidad de aplicar una ley con total independencia de justicia. Estos dos extremos señalan los contornos entre los que se mueve la tarea, a la par de advertir del error en la polarización de algunos de ellos.

Aunque no faltan intentos de establecer una jerarquización de los métodos (vgr. Alexy “Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989), se señala que el más importante de los criterios de interpretación, en muchos casos decisivo, es el teleológico, sea del fin

subjetivo del legislador u objetivo de la ley (Gimbernat Ordeig “Concepto y método de la ciencia del derecho penal”, Tecnos, Madrid, 1999, pág. 77).

Menester es destacar entonces, la histórica y constante réplica a la concepción del juez como mero ejecutor del derecho que signó la evolución del método interpretativo: “la boca muda que pronuncia las palabras de la ley”. Este modelo silogístico deductivo que aún hoy guarda plena vigencia con algunas doctrinas aplicativistas (vgr. Alchourrón y Buligyn “Análisis lógico y derecho”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991), puede resultar deseable, pero difícilmente real.

Este punto de vista positivista del sometimiento a la ley según la cual el juez es su esclavo dejó de ser defendido ya en la segunda mitad del siglo XIX, toda vez que desde Savigny se conoce que los criterios deben actuar en forma conjunta y recíproca (Larenz “Metodología de la ciencia del derecho”, Ariel, Barcelona, 1966, págs. 234 y 270; Engisch “Introducción al pensamiento jurídico”, Guadarrama, Madrid, 1967, pág. 110; Klug “Problemas de filosofía del derecho”, Sur, Bs. As., 1966, pág. 68).

Por lo demás, no puede ser indiferente como directriz de la labor interpretativa la previsión de las consecuencias y efectos que pueda tener en la sociedad la aplicación de las normas, lo que se da en llamar interpretación previsor (Sagüés “La interpretación judicial de la Constitución”, Depalma, Bs. As. 1998).

Se impone pues necesariamente el pluralismo metodológico, en donde la dialéctica concreta entre la norma y la decisión debe correcta y coherentemente atender las tres perspectivas de lo jurídico: validez, eficacia y legitimidad, dado que de lo que se trata –como sostiene Díaz con cita de Vlachos- es de “escapar a la doble amenaza del conformismo amoral y de la arbitrariedad subjetiva” (Díaz “Sociología y Filosofía del Derecho”, Taurus, Madrid, 1989, pág.124). Cualquiera de estas tres concepciones en términos absolutos están viciadas de reduccionismos y mutilan los elementos constitutivos de lo jurídico, pretendiéndose reducir la validez a la justicia, la justicia a la validez, o la validez a la eficacia, y ello conduce a caminos erróneos (Bobbio, “Teoría General del Derecho”, Debate, Madrid, 1992, pág. 40).

Como se dijo, si bien la opinión que preconizan las posturas restrictivas que enfatizan la literalidad o la supuesta voluntad del legislador no son tan categóricas a la luz de los variados patrones interpretativos –lo que conduce a la reserva sobre el acierto de estas tesis-, corresponde puntualizar que cualquier solución descansa exclusivamente en la opción en favor de alguna de las dos posiciones que -imperioso es resaltar- parten de lecturas tan lícitas como defendibles de la cuestión.

Y al respecto, no cabe considerar sino que en caso de colisión de dos interpretaciones posibles de un texto legal, ninguna de las dos puede tener un fundamento completo, por lo que la decisión a favor de una u otra no puede apoyarse en el mejor fundamento lógico o hermenéutico de alguna de las interpretaciones posibles: estamos ante un conflicto de más o

menos libertad (Bacigalupo “Principios constitucionales de derecho penal”, Hammurabi, Bs. As., 1999, pág. 95 y ss., con subrayado que nos pertenece).

De modo que entre las posturas definidas corresponde decidirse en favor de aquella menos lesiva para el sujeto y que reduzca el campo de intervención de la justicia penal. No parece equitativo que el costo por las inconsistencias o los defectos en la técnica legislativa deba ponerse a cargo del justiciable, ni que una interpretación inadecuada aparezca siendo más restrictiva para la libertad y determinando al sistema judicial hacia el dispendio y la inoperancia. Y no se trata de arrogarse ilegítimamente facultades legislativas. Desde siempre se sostuvo que “no es posible revisar judicialmente postulados de política criminal propios de otras esferas de los poderes del estado. O en otros términos: es el legislador quien analiza la distinta utilidad de la prevención penal como remedio para determinada clase de criminalidad en base a criterios de oportunidad, mérito o conveniencia que escapan a la revisión judicial” (causa n° 418 “Silvera Silva, José G. s/ recurso de casación”, reg. n° 66, rta. el 21/7/95, con sus citas). Lo que se trata a través de la lectura postulada es de interpretar de modo coherente la política criminal delineada por los órganos habilitados.

Por lo demás, a través de un fallo plenario, que conlleva su obligatoriedad vinculante por parte de los órganos jurisdiccionales correspondientes, se arriba a la finalidad política de la casación que se encuentra en la función de uniformar la jurisprudencia con el objeto de asegurar la unidad del derecho objetivo en procura de la seguridad jurídica que brinda la certeza de contenido de las normas jurídicas.

Por ello “no debe olvidarse el poder interpretativo unificador con que el legislador dotó al tribunal, estableciéndolo como tribunal de grado superior que atrae para sí las resoluciones discordantes y las unifica. Es esta concentración del poder interpretativo la verdadera esencia y naturaleza que desde sus orígenes como órgano único y específico del estado ostenta la Casación, al punto de reconocérsele a sus fallos un sentido ejemplificador ... para asegurar la inalterabilidad de las leyes, y la uniformidad y legalidad de las decisiones judiciales” (vid. voto del juez Casanovas en el plenario “Villarino, Martín Patricio”, con sus citas).

Con base en estas consideraciones, debe adoptarse como doctrina aplicable que: I) El artículo 76 bis comprende dos grupos de ilícitos, un primero que encierra los delitos que tienen prevista una pena de reclusión o prisión cuyo máximo no supera los tres años (párrafos 1° y 2°), y un segundo que comprende a delitos –no incluidos en el primer grupo- que previendo la ley penal un máximo de pena superior a los tres años de privación de la libertad, permiten el dictado de una condena cuyo cumplimiento puede dejarse en suspenso -art. 26 del Código Penal- (párrafo 4°); y II) Procede el instituto cuando el delito tiene prevista pena de inhabilitación especial en forma conjunta.

Octavo:

En lo atinente a la tercera cuestión planteada, dos opciones aquí son posibles: (a) la primera consistente en sostener que la diferencia esencial entre los dos supuestos deriva en la

vinculabilidad del juez sólo para el supuesto del cuarto inciso; (b) la segunda que reside en defender que la conformidad es exigible tanto en esta hipótesis como en la del inciso primero.

Un señalamiento previo fuerza a indicar que con la última reforma de la Constitución Nacional el Ministerio Público Fiscal, hoy órgano independiente, tiene por función “promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses legales de la sociedad...” (art. 120). De ello puede inferirse que -a tenor de lo normado en el artículo 71 del Código Penal- debe articular la acción penal ante todo delito del que tome conocimiento (art. 25 de la ley n° 24.946). Sin embargo, pese a tener el Ministerio Público a su cargo el ejercicio de la acción penal, solo su negativa fundada -dado que no puede quedar librada a la arbitrariedad-, resulta vinculante para el órgano decisor (vid. voto del juez Casanovas en la causa n° 737, “Olivares Cusín, Oscar Genaro s/recurso de casación”, reg. n° 283, rta. el 23/9/96).

Por otro lado, la vinculación del tribunal con la pretensión del fiscal no es de carácter estricto. Sólo tiene relevancia en cuanto a la manifestación negativa tendiente al acordamiento, puesto que ello refleja la voluntad de continuar con el ejercicio de la acción penal, y la ley acuña el precepto “consentimiento”. Nada impide al tribunal, atento a la vinculación relativa, a denegar la petición a pesar de la opinión favorable del representante del Ministerio Público Fiscal.

Va sin decir también, que el consentimiento fiscal no puede reemplazar la petición del imputado, habida cuenta que ésta es un presupuesto general de aplicación del instituto y debe concurrir en cualquier hipótesis, si no se quiere caer en un burdo paternalismo o desatender la garantía del debido proceso y el derecho a la defensa en juicio contenidos en la Constitución Nacional.

Y si por vía de hipótesis ha de sostenerse que la suspensión del juicio a prueba constituye una excepción al principio de legalidad, a través de un criterio de oportunidad expreso o reglado (Caferatta, op. cit. pág. 25; en el mismo sentido Maier, “Derecho Procesal Penal”, Tomo I, Fundamentos, Editores del Puerto, Bs. As., 1996, pág. 838), no debe obviarse que la crítica que invoca tal excepción apunta al establecimiento del propio instituto y no a su interpretación, cualquiera que esta sea, para lo cual -claro está- no quedará para su partidario otra posibilidad que declarar su inconstitucionalidad y reclamar la modificación de la ley misma.

En cuanto hace al núcleo de este interrogante, y en atención a la caracterización de la primera de las cuestiones, sólo cabe apuntar que la envergadura en función de la gravedad de los montos punitivos de los delitos que puedan dar lugar a la hipótesis del cuarto inciso, conlleva la necesaria conformidad del Ministerio Público Fiscal.

Véase que desde la postura restringida siempre es requerido el dictamen fiscal favorable (vid. García, ob. cit., pág. 365; Tamini-Freeland, ob. cit., pág. 858; Ochoa, ob. cit., pág. 1278; Saez Zamora-Fantini ob. cit. pág. 1143; Kent-García Torres, ob. cit., pág. 503; Reynaga, ob. cit., pág. 1488), en tanto que, de admitirse la tesis amplia, se requerirá tan sólo para el supuesto previsto en el cuarto párrafo del artículo 76 del Código Penal (vid. Vitale, ob. cit., pág. 180; Bovino, ob.



cit. pág. 1090; Molero, ob. cit., pág. 1352; Orgeira-Vaiani, ob. cit. pág. 815; Almeyra, ob. cit., pág. 605; Ríos, ob. cit., pág. 417; Saenz, ob. cit., pág. 949; Solimine, ob. cit. pág. 181 ).

En resumen, y muy a pesar del sentido que recoge la jurisprudencia de las restantes salas de esta cámara (vid. Sala I, causa n° 518 “Asenjo, Claudio Martín s/recurso de casación”, rta. el 17/10/95; Sala II, causa n° 1492 “Campitelli, Rodrigo s/recurso de casación”, rta. el 8/7/98; Sala IV, “Roitman, Adrián s/recurso de casación”, rta. el 30/10/98, vid. también el voto del doctor Riggi en causa “Córdoba Grande, Jorge Antonio s/recurso de casación”, citada), solo cabe sostener la pretensión fiscal vinculante como dictamen desfavorable al otorgamiento en la hipótesis del cuarto párrafo del artículo 76 bis.

Noveno:

Finalmente, en punto a la encuesta que se formula en relación a la legitimación recursiva del querellante más allá del monto de la reparación, no puede desatenderse -en primer lugar, y de modo sintético- la actual impronta doctrinaria en favor del mayor protagonismo de la víctima en materia penal y, particularmente, en lo que respecta a su intervención en el proceso (vid. Schneider “La posición jurídica de la víctima del delito en el derecho y en el proceso penal. Nuevos desarrollos en la política criminal de los Estados Unidos, de la República Federal Alemana, del Consejo de Europa y de Naciones Unidas”, en “Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al profesor Antonio Beristain”, San Sebastián, 1989; Hirsch “Acerca de la posición de la víctima en el Derecho penal y en el Derecho procesal penal”, Eser “Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal”, Maier “La víctima y el sistema penal” (en “De los delitos y de las víctimas”, Ad-Hoc, Bs. As., 1992), lo que también se releva positivamente respecto del instituto en cuestión (Cafferata Nores “Cuestiones actuales sobre el proceso penal”, Editores del Puerto, Bs. As., 1997, pág. 136; Bovino “Problemas del derecho procesal penal contemporáneo”, Editores del Puerto, Bs. As., 1998, pág. 99 y ss.).

Efectivamente, hace cuanto menos una década que los organismos internacionales dirigen recomendaciones en el sentido de dotar de mayor participación a la víctima dentro del sistema penal. El 29 de noviembre de 1985, la Asamblea General de la O.N.U. aprobó por consenso la resolución 40/34 y la “Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder” en las que se recomienda que se adopten medidas a diversos niveles para mejorar el acceso a la justicia y el trato justo a las víctimas de delitos, y que se les otorgue reparación, mediante resarcimiento o indemnización, así como la asistencia material, médica, psicológica y social que sea necesaria. La Asamblea General, al aprobar la Declaración, recomendó que, en los planos internacional y regional, se adoptaran medidas para establecer medios de proporcionar un recurso a las víctimas cuando los procedimientos nacionales resultaran insuficientes. Los Principios Fundamentales se aplican, sin discriminación, a todos los países, en cualquier etapa de desarrollo y en todos los sistemas, así como a todas las víctimas (Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del





delito y tratamiento del delincuente, La Habana (Cuba), 27 de agosto a 7 de septiembre de 1990).

En este sentido debe relevarse la preocupación de esta cámara, que por la acordada n° 2/94 solicitó la integración y puesta en marcha de la oficina de asesoramiento y asistencia a la víctima y testigos que estableció el nuevo ordenamiento procedimental, la que aún a la fecha no ha sido creada, circunstancia que debe obligar a renovar la inquietud del cuerpo en ese propósito.

De esta manera, dentro del procedimiento penal, se procura garantizar la persona del damnificado con su reconocimiento como efectivo sujeto de derecho, en una concepción igualitariamente digna con la de la persona del encausado, en un balance que indica una valorización equivalente que les asegure el carácter de protagonistas del proceso penal, tanto más si el instituto apunta al beneficio de la víctima (por vía de la reparación económica del daño, sin perjuicio de la acción civil) cuanto del imputado.

Y esta preocupación por la víctima debe ser correlativa con la adopción de criterios eficaces que resguarden de modo útil la exigencia de la tutela judicial de sus derechos.

Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación le reconoció facultades activas, especialmente en cuanto hace al ejercicio de la acción penal, al sostener que “todo aquél a quien la ley reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos está amparado por la garantía del debido proceso legal consagrada por el artículo 18 de la Constitución Nacional, que asegura a todos los litigantes por igual el derecho a obtener una sentencia fundada previo juicio llevado en legal forma (Fallos: 268:266, considerando 2°). Ello en el marco del derecho a la jurisdicción consagrado implícitamente en el artículo 18 de la Carta Magna y cuyo alcance, como posibilidad de ocurrir ante algún órgano jurisdiccional en procura de justicia y obtener de él sentencia útil relativa a los derechos de los litigantes (Fallos: 199:617; 305:2150, entre otros), es coincidente con el que reconocen los artículos 8°, párrafo primero, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.1. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” (causa n° S. 1009.XXXII., “Santillán, Francisco Agustín s/recurso de casación”, rta. el 13/8/98).

Estos preceptos, aparecen reiterados por la corte nacional en la causa n° S.401.XXXIV “Santini, Ángel y otra s/su solicitud por denegación de justicia en la causa n° 27.480” “González, Alejandra Valentina s/homicidio culposo”, del 3/12/98, en donde se sostuvo que todo aquel a quién la ley reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos está amparado por la garantía del debido proceso legal consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional, sea que actúe como acusador o acusado, como demandado o demandante, ya que en todo caso media interés institucional en reparar el agravio si éste existe y tiene fundamento en la Constitución. No se observa, cual puede ser la base para otorgar distinto tratamiento a quien acude ante un tribunal peticionando el reconocimiento o la declaración de sus derechos -así fuere el de obtener la imposición de una pena- y el de quien

se opone a tal pretensión, puesto que la carta fundamental garantiza a todos los litigantes por igual el derecho a obtener una sentencia fundada previo juicio llevado en legal forma, cualquiera que sea la naturaleza del procedimiento -civil o criminal- de que se trate (Fallos 268:266).

Por lo demás, no debe soslayarse que el derecho al recurso es un medio imprescindible para que los que son parte puedan, colaborar y coadyuvar en el referido proceso, controlando a través del recurso, tanto este conjunto de actividades que posibilitarán, en el tiempo y en el espacio la sentencia, como la adaptación a derecho de este acto jurisdiccional (Suau Morey "Tutela constitucional de los recursos en el proceso penal", Bosch, Barcelona, 1995, pág. 29).

Al respecto, no debe dejarse de aclarar que para ejercer la vía impugnativa el recurrente debe encontrarse debidamente habilitado para interponer el recurso pues tal

como lo ha sostenido esta sala "cuando el artículo 460 menciona a la parte querellante lo hace dando por sentado que esa calidad no se encuentra en discusión, de manera que el sujeto que no logró un pronunciamiento judicial que lo reconozca como tal no puede acceder a esta instancia extraordinaria..." (causa n° 5 "Acervo, Néstor Horacio s/recurso de casación", reg n° 8/93, rta. el 31/5/93).

Consecuentemente, referente a ésta última cuestión, corresponde pronunciarse en favor de la legitimación autónoma del querellante para recurrir el auto de suspensión del juicio a prueba a fin de obtener un pronunciamiento útil relativo a sus derechos.

Décimo:

En conclusión, en mérito a las consideraciones expuestas, debe adoptarse como doctrina aplicable que:

- I) El artículo 76 bis del C.P. comprende dos grupos de delitos, un primero que encierra a aquellos que tienen prevista una pena de reclusión o prisión cuyo máximo no supera los tres años (párrafos 1° y 2°), y un segundo que comprende a delitos -no incluidos en el primer grupo- que, previendo la ley penal un máximo de pena superior a los tres años de privación de la libertad, permiten el dictado de una condena cuyo cumplimiento puede dejarse en suspenso -art. 26 del Código Penal- (párrafo 4°);
- II) Procede la suspensión del juicio a prueba cuando el delito imputado tiene prevista pena de inhabilitación especial en forma conjunta;
- III) El dictamen del fiscal desfavorable es vinculante para el órgano decisor a fin de resolver la suspensión del juicio a prueba prevista en el cuarto párrafo del artículo 76 bis del C.P.;
- IV) El querellante posee legitimación autónoma para recurrir el auto de suspensión del juicio a prueba a fin de obtener un pronunciamiento útil relativo a sus derechos.

Los señores jueces doctores Eduardo Rafael Riggi, Ana María Capolupo de Durañona y Vedia, Liliana E. Catucci, W. Gustavo Mitchell, Amelia L. Berraz de Vidal, Raúl R. Madueño, Alfredo H. Bisordi, Juan C. Rodríguez Basavilbaso, Gustavo M. Hornos y Juan E. Fégoli, dijeron:

La Resolución (S.J. n° 40) de esta Cámara Nacional de Casación Penal de fecha 12 de febrero de 1999, nos convoca a expedirnos respecto del instituto "De la suspensión del juicio a prueba" regulado por los artículos 76 bis, ter y quater del título XII, agregado por la ley 24.316 al Libro Primero del Código Penal, construyendo el debate al siguiente temario:

- I) Pena sobre la que debe examinarse la procedencia del instituto previsto en el artículo 76 bis y siguientes del Código Penal;
- II) Procedencia o no del instituto cuando el delito tiene prevista pena de inhabilitación;
- III) Carácter vinculante o no del dictamen fiscal en la suspensión del juicio a prueba; y
- IV) Legitimidad o no del querellante para recurrir la suspensión del juicio a prueba, excluido el supuesto correspondiente al monto de la reparación.

**PRIMERO:**

Observamos en nuestro análisis y desarrollo argumental, el orden establecido en el descripto temario aprobado; sin perjuicio de efectuar un breve relevamiento de consideraciones relativas al instituto que nos ocupa.

Con la ley 24.316, sancionada el 4 de mayo de 1994 y promulgada el día 13 del mismo mes y año (B.O. del 19/5/94), se introdujo en nuestro ordenamiento penal vigente el instituto de la "suspensión del juicio a prueba" con el objeto de evitar la imposición innecesaria de penas a personas que, habiendo cometido delitos de escasa gravedad, se sometían a los requisitos previstos en dicha norma.

En efecto, se consagra excluir del juzgamiento penal -mediante la paralización del proceso- la gran variedad de delitos conminados con penas que no superan los tres (3) años de prisión, comúnmente denominados "insignificantes" o "de lesión mínima al ordenamiento jurídico" o "faltas de baja potencialidad ofensiva" o "delitos de bagatela"; en beneficio del delincuente primario u ocasional, evitando el mal -la estigmatización que dificulta su resocialización- que implica la imposición de una pena (sustituyéndola por una serie de reglas de conducta) y procurando su rápida reintegración a la sociedad.

Mediante este sistema, se intenta además contribuir a un mayor control de esta franja de conductas delictivas, las que anteriormente hubiesen sido castigadas con condenas de ejecución condicional sobre las cuales no se ejercía contralor alguno. Asimismo, la aplicación de esta moderna técnica posibilita la descongestión de puntos críticos de la organización judicial argentina, permitiendo "obtener un rendimiento mejor que el observado hoy por la sociedad" (conf. Mensaje del Poder Ejecutivo al Honorable Congreso de la Nación en Antecedentes Parlamentarios, La Ley, año 1994 N° 2, p. 18).

Ahora bien, la ambigua redacción de la ley 24.316 ha traído numerosos inconvenientes en su aplicación práctica. Así advertimos que -genéricamente y con ciertos matices- se han generado dos criterios interpretativos mayoritarios. Según el primero de ellos, el artículo 76 bis del Código Penal contempla un único supuesto que concentra todos los requisitos exigidos para la concesión del beneficio; y de acuerdo al restante, por el contrario, esta norma plantea dos



hipótesis: una relativa a los delitos con pena de prisión que no exceda de tres años, sin otras exigencias (al interesado le bastará con ofrecer hacerse cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible), y la otra para los supuestos en que razonablemente se pueda pensar que la pena será en suspenso (sin límite en la amenaza penal abstracta), en cuyo caso será necesario el consentimiento fiscal para suspender el juicio.

Para resolver esta disyuntiva, recordamos que el interpretar la ley requiere de una investigación de carácter dogmático cuyo objetivo es descubrir su sentido, para así aplicarla al caso concreto. Es una operación que busca "poner de acuerdo a la ley penal, abstracta y genérica por naturaleza, con lo concreto y variable del caso particular" (Vincenzo Manzini en "Tratado de Derecho Penal", citado por Carlos Creus "Derecho Penal. Parte General", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 78). Asimismo, debemos tener presente que para la interpretación de una norma, ésta debe ser tomada en su totalidad, íntegra, sin fraccionarla ni dividirla, ya que el significado de sus vocablos puede variar al separarlos del resto del texto (conf. Creus, ob. cit. p. 81).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho reiteradamente que "La primera fuente de interpretación de la ley es su letra, pero además la misión judicial no se agota en ello, ya que los jueces, en cuanto servidores del derecho para la realización de la justicia, no pueden prescindir de la intención del legislador y del espíritu de la norma; todo esto, a su vez, de manera que las conclusiones armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional" (conf. E. 171. XXII. "Estado Nacional c/ Rudaz, Martín Alejo y otra s/ nulidad de resolución", rta. el 5/12/92); y que, cuando en la ley se emplean varios términos sucesivos, "es la regla más segura de interpretación la de que esos términos no son superfluos sino que han sido empleados con algún propósito, el que debe buscarse no en significaciones oscuras o abstractas sino en el sentido más obvio al entendimiento común" (conf. K. 50. XX. "Kasdorf SA. c/ Jujuy, Provincia de s/ daños y perjuicios", rta. el 23/12/92). También ha expresado el Alto Tribunal que no es admisible una interpretación de la ley "que equivalga a prescindir del texto legal si no media debate y declaración de inconstitucionalidad, pues la exégesis de la norma, aun con el fin de adecuación a principios y garantías constitucionales, debe practicarse sin violación de su letra o de su espíritu" (V. 254. XXVII. "Vera González, Alcides Juan c/ Radio y Televisión Riojana S.E. y otra", rta. el 95-05-04).

Teniendo todo ello presente, y en función de las demás razones y fundamentos que se expondrán, apreciamos que la conclusión adecuada sobre el sentido jurídico que debe acordársele a la norma en estudio es la que conceptúa que el artículo 76 bis del Código Penal plantea un único e indivisible supuesto en virtud del cual se podrá conceder el beneficio de la suspensión del juicio a prueba al imputado de un delito de acción pública reprimido con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años, siempre que él lo solicitare, ofreciere hacerse cargo de reparar el daño en la medida de lo posible, las circunstancias del

caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la pena aplicable, y mediase consentimiento Fiscal. La otra hipótesis (la amplia), aun cuando -de lege ferenda- pudiera resultar más útil para aliviar el funcionamiento del sistema judicial, y de menor efecto estigmatizante, que consagraría una mayor discrecionalidad judicial y, en definitiva, otorgaría mayores posibilidades de aplicación a la "suspensión del juicio a prueba", entendemos que excede el marco legal y el ordenamiento jurídico restante en su conjunto, ya que fuerza -a nuestro juicio- la interpretación al extremo que -de ser consecuentes y observando un ejemplo- se tendría que afirmar que para el segundo supuesto -delitos con pena máxima de más de tres años, susceptibles de condenación condicional- sólo se requiere el consentimiento fiscal sin que se exija la necesaria solicitud del interesado al respecto. Y esto último se traduce en una afectación a la garantía constitucional de defensa en juicio, al principio de inocencia y al derecho a obtener una decisión judicial definitiva que resuelva su situación ante la ley y la sociedad, extremo que resulta inaceptable en nuestro sistema republicano. Ello así, pues de acuerdo con la separada lectura del cuarto párrafo del artículo, el tribunal con la sola conformidad fiscal, podría imponer severas reglas de conducta a una persona cuyo estado de inocencia no ha sido desvirtuado por una sentencia condenatoria, y sin la expresa petición concreta del interesado de someterse al régimen del instituto en estudio.

Asimismo repárese en que "en el proceso legislativo se suprimió expresamente la posibilidad, que preveía el proyecto enviado por el P.E., de conceder la suspensión también en caso de penas mayores a tres años. La voluntad de votar una ley más restrictiva que la que había propuesto el P.E. es expresa en el debate parlamentario"

(conf. Luis M. García "Suspensión del Juicio a Prueba", en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Ed. Ad Hoc, 1996, pág. 324).

En efecto, durante la discusión del proyecto en el Congreso, el Miembro Informante de la Comisión de Legislación Penal, Diputado Antonio M. Hernández, manifestó que "... la institución del juicio a prueba va a significar no sólo la viabilización del nuevo código de procedimientos en materia penal sino la posibilidad de que a través del nuevo procedimiento oral penal los delincuentes que más ofenden a la sociedad argentina, los que atacan los bienes jurídicos que más deben ser protegidos, sean condenados como corresponde. Si los bienes personales y materiales con que cuenta la administración de justicia son destinados a juzgar los delitos más graves, se modificará la credibilidad en la justicia penal ..."; y aclaró que "... Hemos establecido como límite para la aplicabilidad de la suspensión del juicio la reclusión o prisión de tres años, o sea los delitos de menor entidad. Estos, en la Capital Federal, son de competencia de los jueces correccionales, y nosotros sabemos la situación de colapso en que se encuentra la justicia correccional de la Capital Federal. Aclaremos que lo que [se] suspende es el juicio, no la primera parte del proceso, o sea la instrucción. Decimos rápidamente que para que se pueda suspender el juicio deben darse cuatro condiciones: a) que el delito tenga una pena menor de tres años; b) que fuese aplicable al caso la condena de ejecución

condicional; c) que el imputado ofrezca hacerse cargo de la reparación de los daños del delito, y d) que el imputado abandone en favor del Estado los bienes que resultarían decomisados en caso de condena" (Conf. Antecedentes Parlamentarios, La Ley, año 1994 N° 2, parágrafos 34 y 41).

En la misma inteligencia se pronunció el Miembro Informante de la Comisión del Senado sobre Asuntos Penales y Regímenes Carcelarios, Senador Augusto Alasino, quien ante la propuesta del Senador Alberto Rodríguez Saa de aplicar el instituto de la suspensión del proceso a los delitos cuya pena no exceda los seis años, manifestó que "... Cada uno puede tener un enfoque distinto con relación a los delitos que pretende incorporar a esta figura, pero es prudente pensar que los tres años prefijados están encaminados simplemente hacia delitos menores, diría muy menores, que en la mayoría de los casos -sobre todo en muchas provincias- culminan en los procesos correccionales. Se trata de aquellos casos en donde el juez se muestra muy diligente con condenas a veces inútiles o injustas, pero de ninguna manera es para aquellos delitos mayores o que tengan que ver con bienes jurídicos sobre los que el Código tiene una más alta consideración ...". También coincidió con esta posición, a pesar de no compartir la oportunidad ni la técnica utilizada, el entonces Senador Fernando De La Rúa (Conf. Antecedentes Parlamentarios, La Ley, año 1994 N° 2, parágrafos 90, 91, 94, 95, 125 y 160).

Este también fue el sentido que la Sala II de esta Cámara otorgó a la ley 24.316, cuando señaló que "... Al limitar su aplicación a los delitos cuya pena no exceda los tres años, obviando la celebración del juicio en los casos de menor cuantía, permite una mayor celeridad en la administración de justicia y su avocamiento a los delitos de mayor envergadura que son los que más costos (económicos y sociales) producen ..." (conf. causa N° 230 "Monti, Bernardo Javier s/ rec. de queja", Reg. N° 238, del 30/8/94; causa "Agüero, Patricia s/rec. de casación", Reg. N° 1500 del 17/10/97; y causa N° 1580 "Wasyluk, Carlos José s/ rec. de casación", Reg. N° 2038 del 16/6/98). Ver asimismo causas N° 923 "Celestino, Leonardo M. s/rec. de casación" Reg. N° 1259 del 29/11/96; N° 1420 "Multisanti, Anibal A. s/ rec. de casación" Reg. N° 1802 del 3/10/97; N° 1552 "D'amico, Carina Verónica s/ rec. de casación" Reg. N° 1936 del 4/12/97 y N° 1621 "Aquilino, Fernando s/ rec. de casación" Reg. N° 2091 del 13/3/98 de la Sala I; los votos en minoría del doctor Eduardo Rafael Riggi en las causas N° 1510 "Córdoba Grande, Jorge Antonio s/ rec. de casación", Reg. N° 189/98 del 15/5/98 y N° 1513 "Patiño, Claudio M. s/ rec. de casación", Reg. N° 190/98 del 15/5/98 de la Sala III; y causas N° 471 "Muñoz Saavedra, Juan s/recurso de casación" rta. el 7/3/97; N° 548 "Fortes, Juan Augusto s/recurso de casación"; N° 618 "Pirro, Jorge Nelson y Pirro, Ricardo Alberto s/recurso de casación"; N° 656 "Bafaro, Fernando A. s/recurso de casación"; N° 667 "Gorosito, Cristian s/recurso de casación"; N° 741 "Tassile, Diego A. s/recurso de casación"; N° 785 "Sarril, Gabriel F. s/recurso de casación"; y N° 794

“Villalba, Viviana Adriana s/recurso de casación” Reg. N° 1132 rta. el 20/2/98 de la Sala IV, entre otras).

SEGUNDO:

Siguiendo con el estudio propuesto, ahora en cuanto al alcance que cabe otorgar a la ley 24.316 cuando establece que: "Tampoco procederá la suspensión del juicio a prueba respecto de los delitos reprimidos con pena de inhabilitación" (artículo 76 bis del Código Penal, último párrafo), desde un principio advertimos que el referido dispositivo legal no efectúa distinción alguna en cuanto al carácter de dicha pena como principal, conjunta o alternativa; ni diferencia un orden o escala de gravedad referente a las penas de inhabilitación y prisión. Dicha generalidad que presenta el texto legal no logra satisfacer autónomamente el verdadero alcance o sentido que debe asignársele; extremo que nos impone efectuar su interpretación, atendiendo -como ya hemos dicho- a su literalidad y además a la voluntad del legislador, a los principios e intereses que lo animan, obviamente sin desentendernos de la integridad de la norma que genera este instituto, así como de la totalidad del ordenamiento jurídico vigente.

En esa tarea, comenzamos advirtiendo que el contenido concreto de la redacción legal es claro en cuanto excluye la aplicabilidad de la suspensión del proceso a prueba a los delitos para los que se encuentra establecida sanción de inhabilitación. A ello se suma la voluntad del legislador que aparece evidente desde el inicio de la labor parlamentaria, cuando la Comisión de Legislación Penal de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación incluyó dicha prohibición apartándose del proyecto originario del Poder Ejecutivo. Ello así deriva del análisis de los antecedentes parlamentarios, donde se infiere que se ha considerado necesario que los juicios seguidos por la comisión presunta de ilícitos que aparejan impericia o inobservancia de deberes o reglamentos a cargo del agente, alcancen su culminación con la sentencia definitiva para proveer a la corrección de la conducta que al Estado le interesa (conforme exposiciones del señor Diputado Antonio M. Hernández, Antecedentes Parlamentarios de la ley 24.316, La Ley 1994, n° 2, pág. 40).

En un sentido coincidente se pronunció el señor Miembro Informante de la Comisión del Senado sobre Asuntos Penales y Regímenes Carcelarios, Senador Augusto Alasino, señalando que no procede la suspensión del juicio "... en el caso de que el delito tenga pena excluyente o secundaria de inhabilitación. Esto también es entendible, porque, indudablemente, todas estas penas están vinculadas con una actitud profesional o una cualidad del agente, que eventualmente debía tener para cometerlo" (Antecedentes Parlamentarios, op. cit., párrafo 88).

Si bien es cierto que en una intervención posterior -al tiempo de contestar las observaciones formuladas por otros señores Senadores- (ver Antecedentes Parlamentarios citados, párrafo 158), el propio legislador recurre a dar un ejemplo que podría inducir a confusión, no lo es menos que lo definido y precisado dogmáticamente -detallado "ut supra"- no merece una interpretación que controvierta tan claras y categóricas afirmaciones, sobre la base exclusiva



de un argumento brindado "como ejemplo" -no con la intención de ampliar el instituto- luego de desarrollar ciertas precisiones sobre su finalidad. En esa inteligencia, conceptuamos que el aislado ejemplo utilizado fuera de contexto del tema concreto en tratamiento, no debe asimilarse a una contradicción que logre desvirtuar lo categóricamente definido.

Lo propio ocurre con la inserción del señor Diputado Víctor Hugo Sodero Nievas, quien incluyó el homicidio culposo en la lista acompañada de delitos susceptibles del beneficio que consagra este instituto, después de afirmar que "... También limitamos este instituto en nuestro proyecto, a aquellos casos de delitos que pudieran ser reprimidos con pena de prisión únicamente, prohibiéndose en los supuestos de delitos reprimidos con prisión e inhabilitación, por considerar que esta última sanción penal tiene un efecto y consecuencias diferentes que, de ningún modo deberían dejarse de aplicar. Supongamos al respecto, un caso de mala praxis médica que ocasionara la pérdida de la vista a la víctima. Si se aplicara este instituto, al médico que cometió este delito provocando una ceguera total, al día siguiente de cometerlo, podría continuar con su tarea como si nada hubiera pasado. Entendemos que la inhabilitación, tal como sucede con el artículo 26 in fine del Código Penal, debe ser de cumplimiento efectivo" (Diario de sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, 8a. reunión -continuación de la 1a. sesión ordinaria-, junio 16 de 1993, págs. 1446/1447).

Por otro lado, este es también el criterio sostenido por tres Salas de esta Cámara Nacional de Casación Penal, y por el doctor Eduardo Rafael Riggi -en minoría- en la Sala III del Tribunal (confr. causas N° 518 "Asenjo, Claudio M. s/rec. de casación", Reg. N°: 774, rta. 17/10/95; N° 859 "Arasco, Juan Carlos s/rec. de casación", Reg. N°: 1093, rta. 14/8/96; N° 1055 "Faingenbaum, Gustavo s/ rec. de casación" Reg. N° 1390 del 24/2/97; y N° 1621 "Aquilino, Fernando s/ rec. de casación" Reg. N° 2091 del 13/3/98 de la Sala I; causa N° 1509 "Lorín, Pablo Luis s/ rec. de casación", Reg. N° 1940 rta. el 22/4/98; causa N° 1499 "Drab, Ricardo Ariel s/rec. de casación", Reg. N° 1975 rta. el 14/5/98; causa N° 1620 "Acceta, Juan Pablo s/ rec. de casación", Reg. N° 1978, rta. el 14/5/98; causa N° 1767 "Gatto, Gabriel José s/ rec. de casación", Reg. N° 2171 rta. el 7/9/98; causa N° 1430 "Herrera, Ariel Ricardo s/ rec. de casación", Reg. N° 2209, rta. el 1/10/98; causa N° 1392 "Gianni, Adrián Andrés s/ rec. de casación", Reg. N° 2335 rta. el 15/12/98, de la Sala II; causa N° 1509 "Vázquez, Emilio M. s/ rec. de casación", Reg. N° 191/98, rta. el 15/5/98 de la Sala III; y causas N° 468 "Muraca, Susana Catalina s/rec. de casación", Reg. N° 772, rta. 6/3/97; N° 517 "Rogante, Dante Justo s/ rec. de casación", Reg. N° 807 rta. 14/4/97; y N° 987 "Ortiz, Antonio s/ rec. de casación", Reg. N° 1390 rta. 4/8/98 de la Sala IV, entre otras).

Por lo demás, advertimos que la norma así interpretada guarda absoluta coherencia con el resto del ordenamiento jurídico; y particular concordancia con el art. 26 del Código Penal, que expresamente establece la exclusión de la condena condicional respecto de las penas de multa o inhabilitación. En consecuencia, entendemos que la exégesis adoptada, es la que se concilia mejor con el criterio rector de la Corte



Suprema de Justicia de la Nación sobre la interpretación de las leyes -expuesto "ut supra" (ver considerando primero)- de permanente cita y observancia por este tribunal (conf. Fallo Plenario N° 4 de esta Cámara "Jalile, Oscar Alberto s/rec. de casación", rto. el 13/12/96, Acuerdo N° 5/96; entre otros de las distintas Salas).

#### TERCERO:

En cuanto al consentimiento del representante del Ministerio Público Fiscal, tal como adelantáramos, consideramos que es una condición necesaria e ineludible para suspender el juicio en los términos del artículo 76 bis del Código Penal, siendo su oposición vinculante para el Juez o Tribunal. Esa y no otra es la intención que ha tenido el legislador. Nótese que el Diputado Antonio M. Hernández (conf. Antecedentes Parlamentarios, La Ley, año 1994 N° 2, parágrafo 25) explicaba que "cuando se trata de delitos de acción pública que no tienen una pena mayor de tres años, con acuerdo del imputado y del fiscal, el juez puede resolver, luego de realizada la primera parte del proceso penal y antes del juicio, que éste no se lleve a cabo siempre y cuando se establezcan determinadas reglas de conducta, además de la reparación del daño causado por el delito". También el Senador Augusto Alasino se pronunció sobre la cuestión, expresando en forma clara y concisa que "... el juez deberá también recurrir al consentimiento del fiscal, dado que la negativa de este último enerva la posibilidad de aplicar este instituto" (conf. Antecedentes Parlamentarios, La Ley, año 1994 N° 2, parágrafo 87).

Dicho criterio ha sido seguido también por la Sala I de esta Excma. Cámara Nacional de Casación Penal en las causas N° 518 "Asenjo, Claudio Martín s/ rec. de casación" Reg. N° 774 del 17/10/95; N° 859 "Arasco, Juan C. s/ rec. de casación" Reg. N° 1093 del 14/8/96; N° 1055 "Faingenbaum, Gustavo s/ rec. de casación" Reg. N° 1390 del 24/2/97; N° 1074 "Sartini, Alberto s/ rec. de casación" Reg. N° 1422 del 12/3/97; y N° 1418 "Ruffini, Rodolfo A. s/ rec. de casación", Reg. N° 1731 del 26/8/97. En esta última resolución claramente se advirtió que "... resultaba necesaria la expresa conformidad del fiscal de la causa, cuya opinión adversa constituía un impedimento para otorgar el beneficio, habida cuenta del rol que el ministerio público tiene en el juicio oral en función requirente (en similar sentido confr. Adolfo Luis Tamini y Alejandro Freeland López Lecube, 'La probation y la suspensión del juicio penal a prueba', L.L., del 30/8/ 1994; y Daniel Sáez Zamora, 'Reflexión sobre la implementación de la ley 24.316', L.L., del 25/8/1995). En igual sentido, por la Sala II en causa N° 1499 "Drab, Ricardo Ariel s/ rec. de casación", Reg. N° 1975, rta. el 14/5/98; causa N° 860 "Sordetti, Jorge Hugo s/ rec. de casación", Reg. N° 1974 rta. el 14/5/98; causa N° 1626 "Muchewicz, Ramón s/ rec. de casación", Reg. N° 1993 rta. el 22/5/98; causa N° 1492 "Campitelli, Rodrigo s/ rec. de casación", Reg. N° 2075 rta. el 8/7/98; causa N° 1767 "Gatto, Gabriel José s/ rec. de casación", Reg. N° 2171 rta. el 7/9/98; causa N° 1392 "Gianni, Adrián Andrés s/ rec. de casación", Reg. N° 2335 rta. el 15/12/98; y por la Sala IV (voto del doctor Hornos "Faroldi, Ricardo s/ rec. de casación", Reg. 863 del 20-6-97 y causa N° 741, "Tassile, Diego Alejandro s/ rec. de casación", Reg. 1098 del 2-2-98).



Es que el carácter vinculante de la oposición fiscal deriva de que a esa parte le incumbe la promoción y el ejercicio de la acción pública por mandato del artículo 120 de la Constitución Nacional; y en particular, de que esa facultad privativa se encuentra expresamente prevista no sólo en la ley que estamos estudiando -como ya se ha visto- y en el Código Procesal Penal de la Nación (artículos 65 y cc.), sino también -en

consonancia con la referida norma constitucional- en la reciente Ley Orgánica del Ministerio Público (N° 24.946, sancionada el 11/3/98 y promulgada parcialmente el 18/3/98, B.O. del 23/3/98), cuando señala entre las funciones que corresponden al Ministerio Público (Título II, Sección I, artículo 25): "a) Promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad; ... b) Representar y defender el interés público en todas las causas y asuntos que conforme a la ley se requiera; ... c) Promover y ejercer la acción pública en las causas criminales y correccionales ...". Por ello, cuando el fiscal expresa su oposición a la suspensión del proceso, "... no ejerce jurisdicción sino que manifiesta su voluntad de continuar ejerciendo la acción. Y puesto que la suspensión del proceso a prueba no es otra cosa que la suspensión del ejercicio de la acción penal, el tribunal, que carece de poderes autónomos para su promoción y ejercicio, tampoco tiene poder de decisión sobre la suspensión de ese ejercicio. Por ello, depende de la conformidad fiscal" (Luis M. García "Suspensión del Juicio a Prueba", en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Ed. Ad Hoc, 1996, pág. 365). Ver también en el mismo sentido la causa "Dyke, Héctor s/rec. de casación" de la Sala I de esta Cámara (Causa N° 802 bis, Reg. N° 1023, rta. el 31/5/96).

Ahora bien, tal como se expresara, la conformidad fiscal resulta imprescindible para suspender el juicio, y su oposición "es vinculante para el tribunal, pues la ley no se contenta con la mera 'citación' o 'traslado' al fiscal, sino que exige consentimiento" (conf. García, ob. cit., p. 365); pero una vez que se cuenta con el beneplácito del representante del ministerio público, y cumplidos los demás requisitos exigidos por la norma, los jueces tienen amplias facultades para decidir -fundadamente- la concesión o el rechazo de la medida solicitada por el imputado (Sala IV en causa N° 634, "Roitman, Adrián R. s/ rec. de casación", rta. el 30/10/97). Por otro lado, no está de más mencionar que -a nuestro juicio- rige también aquí la carga para los fiscales de motivar las conclusiones de sus dictámenes sobre el particular (artículo 69 del Código Procesal Penal de la Nación); y que, sin duda alguna la forma en que se expiden está sujeta al control de su legalidad y fundamentación.

Por todo ello, reiteramos -conforme con lo expuesto precedentemente- que la suspensión del juicio a prueba (ley 24.316) sólo procede en los casos de delitos de acción pública reprimidos con penas cuyos máximos no excedan de tres años, siempre que las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la pena aplicable y hubiese consentimiento Fiscal.

En esa misma línea, advertimos otro argumento que también confronta con la posibilidad de sostener la interpretación amplia y que consolida el acierto de la conclusión que sostenemos al



respecto, el cual queda demostrado por el absurdo de suponer -en el caso de interpretar la existencia de dos supuestos- que el imputado condenado por otros hechos con anterioridad (en suspenso o a cumplimiento efectivo) obtenga mediante la suspensión del proceso lo que no podría lograr por la vía del artículo 26 del Código Penal, con lo cual se frustraría el régimen legal de la condena de ejecución condicional (que expresamente se mantuvo en esta reforma), toda vez que se llegaría a la incongruencia de que un imputado por delitos con pena menor a los tres años, aun cuando haya sido condenado (en suspenso o con cumplimiento efectivo) por otros hechos más graves con anterioridad -incluso declarado reincidente-, pudiera conseguir su libertad mediante la suspensión del juicio a prueba, la que no podría obtener por la vía del artículo 26 del Código Penal, y ello sin tener que cumplir con el término previsto en el artículo 27 del mismo cuerpo legal. Observamos así que dicha conceptualización nos llevaría a prescindir del texto expreso de la ley sin mediar declaración de inconstitucionalidad a su respecto, violentando su letra y su espíritu, y a adoptar una interpretación contraria al sentido más obvio al entendimiento común; y que en particular, resulta manifiestamente contrario a los fundamentos de este instituto, sin duda alguna pensado para delincuentes primarios, ocasionales, o de poca peligrosidad.

Por último, encontramos de interés para definir el sentido que corresponde acordar a la ley 24.316, otra razón -puesta de manifiesto por el doctor Eduardo R. Riggi en su voto en los pronunciamientos ya citados "Córdoba Grande" y "Patiño" de la Sala III- que se advierte a partir de las expresiones del Diputado Antonio M. Hernández (Conf. Antecedentes Parlamentarios, La Ley, año 1994 N° 2, parágrafo 31) quien al subrayar la importancia del instituto en examen, señaló que "... es una flexibilización del principio de legalidad que existe en la materia", cuando "... desde hace tiempo se requiere el establecimiento de otro principio, como es el de la oportunidad". En concordancia con ello, la mencionada Ley Orgánica del Ministerio Público (24.946) en su artículo 29, bajo el título "Principio de Legalidad", y en inequívoca referencia a leyes especiales como la que nos convoca, establece que: "Cuando se tratare de una acción pública, el Ministerio Público actuará de oficio. La persecución penal de los delitos de acción pública deberá ser promovida inmediatamente después de la noticia de la comisión de un hecho punible y no se podrá suspender, interrumpir o hacer cesar, salvo en los casos y bajo las formas expresamente previstas en la ley".

El instituto incorporado a nuestro sistema legal por la ley 24.316, en rigor no importa una excepción al principio de legalidad constitucional, sino al principio de oficialidad en el ejercicio de las acciones (artículo 71 del Código Penal), también llamado "principio de legalidad procesal", en virtud del cual cuando un representante del Ministerio Fiscal toma conocimiento de un hecho que puede constituir delito de acción pública, "... tiene que promover la acción ... cuidando que ella se despliegue impulsando su continuación en el respectivo proceso, sin perjuicio de que la ley disponga otra cosa o plantee excepciones (sobre la base del principio de oportunidad) ..." (conf. Carlos Creus ; "Derecho Procesal Penal", Ed. Astrea, Buenos Aires,

1996, p. 36). En efecto, la suspensión del juicio a prueba se encuentra estrictamente regulada por la norma en todo lo que hace a sus condiciones de procedibilidad, no quedando éstas sujetas a la discrecionalidad de ningún funcionario que facilite desigualdades arbitrarias (artículo 16 de la Carta Magna), por lo que no se altera en forma alguna el mandato contenido en el artículo 18 de la Constitución Nacional (Conf. Mensaje del Poder Ejecutivo al Honorable Congreso de la Nación en Antecedentes Parlamentarios, La Ley, año 1994 N° 2, p. 17).

Aclarado ello, resulta evidente que la suspensión del juicio a prueba tiene un inequívoco carácter excepcional ("Que constituye excepción de la regla común. Que se aparta de lo ordinario, o que ocurre rara vez". Excepción: "Cosa que se aparta de la regla o condición general de las demás de su especie"; Diccionario de la Lengua Española, Vigésima primera edición, Madrid, 1992), toda vez que concede el beneficio de interrumpir la continuación del proceso evitando la imposición de pena -secuela necesaria de la comisión de un ilícito penal-, y hace prevalecer -dentro del marco de las particularísimas circunstancias y exigencias que establece- razones o criterios de

política criminal naturalmente ajenos al control judicial; y es debido a que se trata de una excepción al principio de oficialidad o de legalidad procesal, que forzosamente debe estarse a lo taxativamente previsto en el dispositivo jurídico e interpretarse en forma restrictiva y no de modo amplio o extensivo.

Teniendo ello presente, por lo demás, conceptuamos que la interpretación que adoptamos, además de estar ajustada a la letra expresa de la ley, respeta los medios arbitrados y, en especial, los explicitados por el legislador (ver citas del debate parlamentario "ut supra"), así como los fines perseguidos por el dispositivo legal; por lo que apreciamos que nos arrogaríamos ilegítimamente facultades legislativas, si extendiéramos más allá de la norma y de la manifiesta intención del legislador la aplicabilidad del instituto de la suspensión del juicio a prueba. La improcedencia de ello deriva asimismo de la imposibilidad de revisar judicialmente postulados de política criminal propios de otras esferas de los poderes del Estado; máxime cuando ha sido el propio legislador quien ha hecho mérito y precisado la distinta utilidad de la prevención penal como remedio para determinada clase de criminalidad con fundamento en criterios de oportunidad, mérito o conveniencia que escapan a este control jurisdiccional o judicial.

CUARTO:

Finalmente, y a fin de determinar si tiene legitimación el querellante para recurrir la suspensión del juicio a prueba, excluido el supuesto correspondiente al monto de la reparación (punto IV del temario aprobado en la presente autoconvocatoria a Acuerdo Plenario), coincidimos con la conclusión expuesta en el considerando noveno del voto de los colegas preopinantes, doctores Jorge Osvaldo Casanovas y Guillermo José Tragant, en cuanto a que corresponde pronunciarse en favor de la legitimación autónoma del querellante para recurrir el auto de suspensión del juicio a prueba a fin de obtener un pronunciamiento útil relativo a sus derechos;

ello así, toda vez que "... todo aquél a quien la ley reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos está amparado por la garantía del debido proceso legal consagrada en el artículo 18 de la Constitución Nacional, sea que actúe como acusador o acusado, como demandante o demandado; ya que en todo caso media interés institucional en reparar el agravio si existe y tiene fundamento en la Constitución ..." (C.S.J.N. Fallos: 268:266). Lo propio cabe concluir con fundamento en lo dispuesto por los artículos 18° de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá 2 de mayo de 1948), 8° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Resolución N° 217 A [III] de las Naciones Unidas del 10 de diciembre de 1948), 8° apartado 1 y 25° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica del 22 de noviembre de 1969), 2° apartado 3 y 14° apartado 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Resolución N° 2200 [XXI] de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 16 de diciembre de 1966), todos ellos con jerarquía constitucional en virtud de lo establecido por el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional (texto según reforma de 1994).

En coincidencia con este criterio, los artículos 458 a 462 del Código Procesal Penal de la Nación clara y expresamente establecen qué sujetos procesales -que revisten la calidad de partes legalmente constituidas- están facultados para intentar el remedio recursivo casatorio, ellos son: el ministerio fiscal, el imputado o su defensor, la parte querellante, y en determinadas circunstancias el civilmente demandado y el actor civil;

y siendo que el mismo cuerpo legal reconoce al querellante personería para actuar en juicio criminal por delito de acción pública (artículo 82), y si su derecho a la jurisdicción, en acatamiento a la garantía del debido proceso es examinado en la forma señalada precedentemente por el Alto Tribunal, resulta evidente que debe conferírsele aptitud subjetiva para recurrir decisiones que hacen imposible la continuación de las actuaciones (conf. causa N° 634 de la Sala IV de esta Cámara, "Roitman, Adrián P. s/ rec. de casación", rta. el 30/10/97; causa N° 786 "Close, Alberto Jorge s/ rec. de queja", Reg. 1026, rta. el 26/11/97; causa N° 2120 de la Sala I, "Waschman, Fernando Rubén s/ rec. de queja", rta. el 12/11/98; causa N° 1703 de la Sala II, "Torcoletti, Claudio D. s/ rec. de casación", Reg. N° 2136 rta. el 13/8/98). Y ello así, tanto más, desde que la Corte se ha pronunciado recientemente afirmando que la acusación del querellante en la oportunidad del artículo 393 del ordenamiento ritual, habilita, aún en ausencia del requerimiento fiscal, el dictado de una sentencia condenatoria (causa S.1009.XXXII "Santillán, Francisco A. s/ rec. de casación", sentencia del 13 de agosto de 1998).

QUINTO:

Por todo lo expuesto, y de conformidad con el criterio que consideramos como la exégesis más adecuada y debida respuesta al temario propuesto con relación a la norma en tratamiento, propiciamos al Acuerdo y extendemos nuestro voto por fijar la siguiente doctrina plenaria:



I°) La pena sobre la que debe examinarse la procedencia del instituto previsto en el artículo 76 bis y siguientes del Código Penal es la de reclusión o prisión cuyo máximo en abstracto no exceda de tres años.

II°) No procede la suspensión del juicio a prueba cuando el delito tiene prevista pena de inhabilitación como principal, conjunta o alternativa.

III°) La oposición del Ministerio Público Fiscal, sujeta al control de logicidad y fundamentación por parte del órgano jurisdiccional, es vinculante para el otorgamiento del beneficio.

IV°) El querellante tiene legitimación autónoma para recurrir el auto de suspensión del juicio a prueba a fin de obtener un pronunciamiento útil relativo a sus derechos.

El señor juez doctor Pedro R. David dijo:

#### CONSIDERACIONES GENERALES DE POLÍTICA CRIMINAL

“En primer término, debemos hacer constar que en el Derecho y la práctica Anglosajona, cuna de la institución, la medida es fundamentalmente de naturaleza social, esto es reintegrar al delincuente en la comunidad a través de apoyaturas efectivas de inserción laboral, educativa, y apoyos familiares y personalitarios incluso socio-psicológicos.

Más tarde y especialmente, luego de su adopción en Europa continental, se utiliza la Probation como una medida también de implicancia procesal, esto es, para lograr que los asuntos de menor gravedad penal-criminológica, sean solucionados sin necesidad de recurrir a condenas judiciales privativas de libertad y en lo posible, para ser resueltos de una forma expeditiva y pronta por los jueces o fiscales a cargo del proceso.”

“Recordemos aquí que hace 50 años Naciones Unidas, en el Congreso de Ginebra, dio a luz una de sus normas más conocidas: Las Reglas Mínimas para el Tratamiento del Recluso.

En 1990, en el 8° Congreso se aprueban las Reglas Mínimas de Tokyo, o las Directrices para las sanciones no privativas de libertad.

En esos casi 50 años al presente, se produjo una inversión del énfasis, desde la prisión a las medidas alternativas o sanciones no privativas de libertad. Se trata no solamente del desencanto con la prisión, sino también de una cuestión de humanización de la justicia y una aplicación más racional de recursos.”

“El propósito de la institución de la suspensión del juicio a prueba o más comúnmente denominada desde su origen “Probation” en los sistemas del Derecho anglosajón tanto en Inglaterra como en los Estados Unidos y Australia, ha sido así en primer término, evitar los efectos negativos de las sanciones privativas de la libertad o sea los problemas asociados con el encarcelamiento. La estructura de la opción de Probation envolvió siempre dos componentes fundamentales; por un lado, evitar nuevos delitos, un propósito de prevención general; en segundo lugar, asistencia al sujeto de la institución para su readaptación en la comunidad. Estos dos elementos fundamentales que implican: de un lado, control y del otro, ayuda, asistencia, han estado siempre intrínsecamente unidos de un modo muy estrecho. Aún hoy, en un estudio comparado de la institución, tanto en los países del sistema del Derecho



Continental, que receptaron la institución del Probation, como en los países donde se estableció originariamente, en Inglaterra y Estados Unidos, esas dos características se hacen presentes.

Con el fin de evitar las sanciones privativas de la libertad, el sistema de Probation requiere, no solamente la actitud de no imponerle sanciones sino de sujetar esa no imposición a una serie de condiciones que durante un tiempo determinado, el sujeto debe observar. Pero al mismo tiempo creando un organismo especializado que permita, sobre el estudio de la personalidad del sujeto, ayudarlo a reintegrarse dentro de la comunidad, especialmente orientarlo con respecto a sus problemas familiares, de trabajo, en el grupo o sector social al que pertenezca este, mediante un seguimiento cuidadoso buscando encontrar la solución de sus problemas.”

“En nuestro país uno de los problemas fundamentales en el Probation ha sido que adoptamos la legislación pero no establecemos los recursos para crear un cuerpo de oficiales de Probation, estableciendo sus condiciones de capacitación, creando un cuerpo activo de voluntarios y recursos para hacer realidad esta opción. La misma queda librada más allá de los recursos institucionales a la capacidad innovadora y creativa de nuestros jueces. Las reformas no deben ser solamente normativas, ya que tenemos que aprender a institucionalizarlas de una forma rigurosa de modo que puedan ser evaluados. Haciendo estudio de las condiciones de Probation, de hecho tenemos solamente una dimensión normativa. Otorgamos el Probation pero el seguimiento y control por nuestros jueces de ejecución es casi imposible por la ausencia de un cuerpo de probation especializado. La reglamentación de la ley de Probation nunca se ha dictado y por ello la institución navega como una técnica de alcances procesales, desprovista de su contenido profundo de orientación y apoyo social, en ausencia de un cuerpo debidamente reglamentado de Probation y de los recursos adecuados.

La Cámara Nacional de Casación Penal ha firmado un convenio con el Patronato de Liberados, para que los casos de Probation puedan ser atendidos también, por ese Programa.

Pero desde luego es solamente una opción coyuntural, sin crearse un cuerpo específico con los recursos necesarios para dar cumplimiento real a la ley” (David Pedro Rubens. La Globalización, la Prevención del Delito y la Justicia Penal. Edit. De Zavalía. Bs. As. 1999 -en prensa-).

#### PENA

La cuestión a resolver es la interpretación a dar al art. 76 bis del Código Penal. Ya en ocasión del debate parlamentario sobre la ley 24.316, el Senador Villarroel advertía sobre “ciertas ambigüedades” que a su entender obedecían “a que, en definitiva, la redacción (de la ley) es una suerte de síntesis, desgraciadamente muy parecida al sincretismo, de diversos proyectos de ley sobre la misma materia. Vale decir, son esas consideraciones llamadas políticas que cuando se trata de asuntos de técnica legislativa estricta y nada menos que relativas al Código Penal muestran su defecto”(Confr. Senador Villarroel en el Tratamiento de la ley en el Senado de la Nación. Publicado en “Antecedentes Parlamentarios” Pág. 182, Parágrafo 129). Una vez



que hubo cobrado vida la norma, luego de su publicación, dichas “ambigüedades” tomaron cuerpo ocasionando, desde su puesta en práctica, un debate doctrinario y jurisprudencial significativo.

A grandes rasgos la doctrina se ha dividido en dos grupos con criterios interpretativos disímiles, sin perjuicio de los distintos matices que toma ese análisis en la diversidad de autores que conforman uno u otro criterio.

Para el primero el art. 76 bis encierra un solo supuesto, delitos reprimidos con pena privativa de la libertad cuyo máximo no excede de 3 años y que las circunstancias del caso “permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable”. (Así, Juan C. Reynaga, “La ley 24.316: análisis y aplicación de los institutos” L.L. T. 1995-D pág.1486; Carlos Arturo Ochoa “La suspensión del juicio a prueba” L.L. T. 1995-C pág. 1274; Daniel A. Sáez Zamora y Verónica Fantini “Reflexiones sobre la implementación de la ley 24.316 en nuestro sistema penal” L.L. T. 1995-D pág. 1136; Carlos Edwards “La probation en el Código Penal Argentino”. Marcos Lerner Editora.; Alejandro M. Becerra “Probation: ¿Aplicación amplia o restringida?” J.A. agosto 13 de 1997. Pág. 13).

Para el segundo el art. 76 bis encierra dos supuestos escindibles:

A) El supuesto del primer párrafo: “delito de acción pública reprimido con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años”; y

B) El supuesto del cuarto párrafo: delitos que según las “circunstancias del caso” permitirían “dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable”. (En este sentido: Gustavo L. Vitale, “Suspensión del proceso penal a prueba, Editores del Puerto 1996; Miguel Angel Almeyra, “Probation. ¿Sólo para los delitos de bagatela?” L.L. Suplemento de Jurisprudencia Penal. Pág. 7; Eleonora Devoto, “La Probation (A propósito de su incorporación al Código Penal Argentino)” L.L. 23 de agosto de 1994; Carlos M. Bossi y Daniel C. Ranuschio, “Suspensión del Juicio a Prueba (Motivos que justifican su aplicación)” J. A. Octubre 29 de 1997, pág. 19 y “Suspensión del Juicio a Prueba (Ideas para una posible reforma legislativa de los actuales arts. 76 bis y 76 ter del Código Penal)” L.L. Actualidad 24 de marzo de 1998; Marco Antonio Molero, “Probation y Juicio abreviado cuando los cambios vienen marchando”, L.L. 24 de agosto de 1998; Alberto Bovino, “La suspensión del procedimiento en el Código Penal Argentino y la ‘diversion’ estadounidense (Un análisis comparativo)”, L.L. 28 de febrero de 1997; Raul Guillermo López Camelo, “Probation. Algo más acerca de su alcance normativo” D.J. 1997-2 pág. 635; José María Orgeira y Eduardo M. Vaiani L.L. 1996-E Pág. 813 y otros).

Diversas son las razones que me inclinan a adoptar la postura distintiva de dos supuestos en el art. 76 bis, aunque con los matices que explicaré en mi exposición.

Es cierto que la ley establece en el art. 76 bis primer párrafo como derecho del imputado el que se le otorgue la probation en caso de delitos que no excedan de 3 años de reclusión o prisión.





No obstante no habría inconveniente, atento a la naturaleza de la probation, que el juez con el consentimiento fiscal pueda otorgarla en casos que excedan ese límite, mediante un juicio predictivo acerca de las posibilidades de resocialización y conveniencia de la suspensión en el caso concreto (art. 76 bis párr. 4 Código Penal).

Si bien la legislación establece límites respecto a la naturaleza y gravedad del delito, así como la circunstancia de no ser reincidente y la reparación del daño a la víctima como condiciones de la aplicación de la probation, los mismos son requisitos mínimos orientados a satisfacer los dos criterios fundamentales que rigen la medida: a) la posibilidad concreta de la persona de responder con éxito a la medida y b) consideraciones de prevención general.

Por ello es que la investigación personal, ambiental económica y psico-sociológica reviste, previa a la medida, una importancia central al momento de decidir la elegibilidad de una persona para beneficiarse con el instituto.

Además, esa investigación ha de determinar el tipo más adecuado de medidas que constituyen el contenido de la probation en cada caso concreto (confr. Naciones Unidas. Probation and related measures pág. 231-235-1951. Department of Social Affairs).

Por ello la decisión del juez no ha de limitarse solamente al juego de esos requisitos normativos mínimos. Debe apreciar, en cada caso, exhaustivamente, cómo operan esos objetivos valorativos y fácticos en el caso concreto que juzga. En efecto, cuando el art. 76 bis, cuarto párrafo, menciona las circunstancias del caso, incluye en esta referencia la más amplia enumeración de circunstancias personales, sociales y características de hecho a las que se refieren explícitamente los arts. 41 y 26 del Código Penal, circunstancias todas que debe ponderar el juez más allá de escuetas consideraciones de tipo normativo legal.

Está ampliamente demostrado, en las experiencias concretas de numerosos servicios de probation, así como en la literatura criminológica, que muchas personas que resultan excluidas por una interpretación restrictiva de la norma pueden beneficiarse con la probation si se cuenta con un servicio altamente capacitado y con amplios recursos técnicos y económicos que provean efectivamente una supervisión intensiva y oportunidades de ayuda efectivamente a las personas en tratamiento. Por ello la mejor solución para el problema de la elegibilidad de las personas en probation es acordar,

sin violentar las normas legales, la más amplia discrecionalidad a los jueces que deben también valorar la efectividad real de los servicios en el medio (Conf. ONU, ob. Cit. Pág. 229).

La exclusión por la norma de delitos graves, se basa en consideraciones de prevención general, esto es que los delitos más graves deben recibir pena, y de otra parte que los delincuentes que los cometen no son susceptibles de ser pasibles de una probation con un resultado exitoso.

Los criterios desde luego no son absolutos y tienen sus excepciones. Por ello con respecto a la polarización de una tesis restrictiva y otra ampliada en que se debate predominantemente la jurisprudencia, soy partidario de una tercera vía que abre al juez en todos los casos un amplio

criterio para decidirla, más allá de la formulación normativa, teniendo en cuenta los objetivos valorativos en cada caso y las circunstancias reales del desarrollo del instituto en nuestro medio tanto respecto a las dimensiones de control como de ayuda que toda probation supone. Decía *ut supra* que esta discrecionalidad que se le acuerda al juez no debe vulnerar las normas legales. Pues bien, existen razones interpretativo-sistemáticas indicativas de que la admisión de la probation para delitos de bagatela en el primer párrafo y en casos excepcionales para los de mediana gravedad en el del cuarto párrafo, es la lectura correcta a hacerse de la norma del 76 bis del Código Penal. Así:

1.- El párrafo primero del art. 76 bis acuerda la posibilidad de solicitar la suspensión del juicio a prueba al imputado de un delito reprimido con pena de “reclusión” o prisión cuyo máximo no exceda de tres años.

A su turno el párrafo cuarto del mismo artículo indica que para otorgar el beneficio, las circunstancias del caso deben permitir dejar en suspenso la condena aplicable. A los efectos de clarificar la antinomia que suscita una lectura restrictiva del artículo, traigo a colación que el art. 26 permite obtener la ejecución condicional de la condena al sentenciado por primera vez a pena de “prisión” que no exceda de tres años. No está permitido al intérprete hacer caso omiso de la letra de la ley, así como “no cabe presumir la contradicción o el absurdo en los términos de la ley, los cuales deben ser entendidos como coherentes”. Al decir de Almeyra: “si la pena de reclusión ha sido implícitamente excluida del beneficio de la condicionalidad por la ley 23.057 (Adla, XLIV-B, 1265), parece extremadamente claro que no existe otra posibilidad que interpretar los dos párrafos transcriptos, como rigiendo situaciones diferentes”. Y más adelante “no hay otra forma, en efecto de conciliar el texto legal que se analiza, pues si es inadmisibles que una condena a reclusión por tres años o menos se imponga en suspenso, sólo puede interpretarse el primer párrafo del dispositivo analizado a partir de la idea de que cuando se trata de un delito menor, la eventualidad de una condena suspensiva no es presupuesto que defina la suspensión del proceso a prueba y que el recaudo si es necesario cuando la escala penal prevista por la ley supere ese margen” (Conf. Miguel Ángel Almeyra. “Probation” ¿Sólo para los delitos de bagatela?. Suplemento de Jurisprudencia Penal. Pág. 7 ).

2.- La posibilidad de un juicio predictivo en el caso del 4° párrafo, sistemáticamente se convalida con la existencia en nuestra ley procesal de casos similares -vgr. Art. 317, inc. 3° del C.P.P.N.- (en este sentido León Carlos Arslanián, “Suspensión del proceso a prueba (probation)”, Revista Plenario, publicación de la Asociación de Abogados de Buenos Aires, pág. 22, julio de 1994).

3.- Desde el punto de vista teleológico, las consideraciones de política criminal, esgrimidas al inicio de este pronunciamiento, así lo aconsejan.

**INHABILITACIÓN**

El texto de la ley establece que “tampoco procederá la suspensión del juicio a prueba respecto de los delitos reprimidos con pena de inhabilitación”. Lo escueto de la norma ha llamado a debate también en este punto. Así, se han sostenido principalmente dos posturas.

Para la primera, “la exclusión de la suspensión del proceso a prueba para delitos reprimidos con pena de inhabilitación debe ser interpretada -de una manera que guarda alguna analogía con la exclusión de los funcionarios públicos- como referida a los delitos reprimidos exclusivamente con esa clase de pena”(Gustavo L. Vitale, op. cit., Pág. 135). Esta interpretación permite la aplicación de la probation para delitos reprimidos con pena de inhabilitación en forma conjunta con una pena privativa de la libertad.

Para la segunda, la improcedencia de la suspensión del juicio a prueba en los delitos reprimidos con pena de inhabilitación debe entenderse que involucra a todos los casos en los que está presente esta especie de pena, sin distinguir su carácter de principal o accesoria, conjunta o alternativa (en este sentido las Salas I, II y IV de esta Cámara).

Soy de la opinión de que sujetándonos a la letra de la ley no es posible hacer ninguna distinción entre pena de inhabilitación como pena única, conjunta o alternativa. Ello así pues no debemos distinguir donde la ley no lo hace.

Se ha dicho que pretender excluir del régimen de probation a los delitos reprimidos exclusivamente con pena de inhabilitación, implica entender que en el texto legal existe una redundancia. Ello así puesto que del catálogo de ilícitos resulta que los delitos reprimidos únicamente con pena de inhabilitación son los cometidos por funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones y este supuesto ya está comprendido en el 7° párrafo del art. 76 bis (confr. Daniel A. Saez Zamora y Verónica Fantini, op. cit.).

A mayor abundamiento, no resulta absurdo pensar que razones de política criminal hayan guiado a los legisladores en el convencimiento de que estos delitos deben ser perseguidos hasta sus últimas consecuencias. Así surge de los dichos del Diputado Hernández A.M. “No se admite la suspensión del juicio a prueba para los dos siguientes casos: a) cuando del delito hubiese participado un funcionario público y b) cuando el delito tuviese pena de inhabilitación, porque en este caso existe un especial interés del Estado en esclarecer la responsabilidad del imputado para adoptar prevenciones al respecto” (Parágrafo 42, Pág. 168, Antecedentes Parlamentarios).

#### **SOBRE EL EFECTO VINCULANTE DEL DICTAMEN FISCAL**

Tengo para mí, que el artículo 76 bis del Código Penal, consagra en nuestra legislación sustantiva el principio de oportunidad reglada que “constituye una excepción más al principio de legalidad en su aspecto procesal. Importa una aplicación del principio de oportunidad en el proceso penal -aunque reglado por la ley y condicionado, en nuestra legislación, a una decisión judicial-, en virtud de la cual el Estado puede renunciar a investigar y juzgar ciertos delitos, por razones de conveniencia.” (Cfr. Gustavo L. Vitale “Suspensión del proceso penal a prueba”. Editores del Puerto s.r.l. 1996). Más aun, como sostiene el distinguido jurista español Enrique

Ruiz Badillo, recientemente desaparecido cuando la oportunidad viene establecida por la ley y está sometida a determinadas reglas o pautas de comportamiento, “la oportunidad reglada se hace

legalidad y su aplicación es correcta y ortodoxa” (Conf. Ruiz Badillo E. “La actuación del Ministerio Fiscal en el Proceso Penal” citado por Cándido Conde - Pumpido Ferreiro, “Alternativas a la pena privativa de la libertad y Principio de oportunidad reglada en el proceso penal” pág. 1012 en “Criminología y Derecho Penal al servicio de la Persona. Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain.” edit. Instituto Vasco de Criminología. San Sebastián 1989; causa n° 2211 -Sala I- “Etchecolatz, Miguel O. s/recurso de casación”, reg. 2767, rta. el 13 de mayo de 1999).

Sin embargo, el fiscal no puede disponer arbitrariamente de la potestad acusatoria. Esta se ve determinada por juicios valorativos positivos respecto del cumplimiento de condiciones, que las hace prevalecer sobre el castigo del delincuente por el hecho concreto con una pena privativa de libertad, cuando el diagnóstico es favorable. El principio de oportunidad se vincula al de legalidad a través del establecimiento de esas condiciones. La claridad en el dictado normativo de los requisitos es fundamental ya que “cuando la oportunidad, en lugar de someterse a criterios reglados, se conjuga con la admisión de la discrecionalidad dejando que sea el libre criterio del Fiscal, y no el del legislador, quien determine los casos en que es o no conveniente ejercitar la acción penal, se convierte a la voluntad de aquél en la dueña del proceso penal y de la posibilidad del castigo de los delitos, dominio que precisa de algún mecanismo correctivo, pues es susceptible, de otro modo, de producir un elemento corruptor del proceso no sólo por contagiar al mismo de los errores de valoración del Fiscal, sino por poder ser utilizado en función de espúreas motivaciones de oportunidad no jurídica sino política.” (Cfr. Cándido Conde - Pumpido Ferreiro op. cit. Pág. 1010/1011).

Atento a lo manifestado hasta aquí, adelanto, desde ya, que el carácter vinculante o no del consentimiento fiscal, en el análisis sistemático del art. 76 bis del Código Penal, está íntimamente relacionado con la existencia de dos supuestos distintos. El primero, claramente dirigido a los llamados “delitos de bagatela” (primer párrafo) y el segundo abarcativo de delitos que no reúnen las condiciones de éstos, pero que por las circunstancias del caso, se pudiera dejar en suspenso la ejecución de la condena (segundo párrafo). Ilustrativa es la opinión de Alberto Bovino: “El sentido de la necesidad del consentimiento del fiscal en este segundo supuesto se vincula a la gran variedad de casos comprendidos en él. Esta variedad reclama un juicio de oportunidad político-criminal acerca de la conveniencia de continuar o interrumpir la persecución penal. Mientras que el supuesto anterior comprende casos de escasa gravedad que no presentan grandes diferencias entre sí, el segundo supuesto, en cambio, puede abarcar casos muy diversos.” (Conf. “La suspensión del procedimiento en el Código Penal argentino y la ‘diversion’ estadounidense. (Un análisis comparativo)”, L.L. 28/2/1997 Pág. 4).

Por el primer párrafo, se consagra el derecho del imputado como norma general de obtener la suspensión del juicio a prueba, en tanto y en cuanto se reúnan dos requisitos taxativamente enumerados, a saber: a) que se trate de un “delito de acción pública”; y b) que el ilícito se encuentre “reprimido con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años”. Pero el juez, además de esos requisitos mínimos, debe valorar la conveniencia o no de otorgarla fundamentando siempre su decisión, atenta la naturaleza del beneficio que requiere en todos los casos, como veremos luego, la posibilidad concreta de la persona de responder con éxito a la medida y a consideraciones de prevención general. La ley no hace mención alguna al

consentimiento fiscal para el otorgamiento de la suspensión del juicio en este supuesto. Sin embargo, el Fiscal debe siempre ser oído, pero el juez puede otorgar el beneficio incluso con la oposición de aquel.

El cuarto párrafo, no obstante, consagra un caso de excepción en la sistemática del instituto de probation, regulando una situación diferente. Se trata de abarcar delitos que, aunque no contemplados en el art. 76 bis primer párrafo, sean merecedores de probation reuniendo los siguientes requisitos: a) que “las circunstancias del caso” permitan “dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable”; y b) que exista “consentimiento fiscal”.

Es oportuno aclarar que, no obstante el carácter vinculante que con esta interpretación le adjudico al dictamen fiscal en este excepcional y restrictivo supuesto, dicho dictamen, que por disposición del art. 69 del C.P.P.N. debe formularse motivadamente, queda igualmente sujeto al control de su legalidad y fundamentación por parte del juez. “Los jueces están siempre habilitados para efectuar un examen de razonabilidad sobre los criterios emanados del Ministerio Público en sus dictámenes.” (Conf. José María Orgeira y Eduardo M. Vaiani “La suspensión del juicio a prueba y los delitos con pena mayor de tres años” L.L. 1995-E pág. 813).

Además como sostuve en autos “Ávila, Blanca Noemí s/ Recurso de Casación e Inconstitucionalidad” (Reg. N° 18. Sala II, 2 de julio de 1993) en un sistema acusatorio mixto como el consagrado en la sistemática de nuestro Código Procesal Penal “el Tribunal es quien ejerce la función jurisdiccional. El actor penal es el sujeto que ejerce la acción penal, haciendo valer la pretensión jurídico penal que se basa en el delito; generalmente, actúa como tal un órgano específico del Estado (Ministerio Público)”.

#### LEGITIMIDAD DEL QUERELLANTE PARA RECURRIR

Es sumamente importante al analizar la legitimidad del querellante para recurrir el auto de suspensión del juicio a prueba, visualizar el rol que se le ha asignado a la víctima en los últimos tiempos a través de diversos instrumentos internacionales.

Así en la “Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder” (La Habana, Cuba, 29 de noviembre de 1985) se afirma la necesidad de adoptar medidas nacionales e internacionales con el fin de garantizar el reconocimiento y el



respeto universales y efectivos de los derechos de las víctimas de delitos. Es claro en este sentido el artículo 6, inc. b: “Se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas: b) Permitiendo que las opiniones y preocupaciones de las víctimas sean presentadas y examinadas en etapas apropiadas de las actuaciones siempre que estén en juego sus intereses, sin perjuicio del acusado y de acuerdo con el sistema de justicia penal correspondiente.”

La Corte Suprema de Justicia haciendo eco de este clamor, dijo: “Que si bien incumbe a la discreción del legislador regular el marco y las condiciones del ejercicio de la acción penal y la participación asignada al querellante particular en su promoción y desarrollo, desde que se trata de lo atinente a la más acertada organización del juicio criminal (Fallos: 253:31), todo aquel a quien la ley reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos está amparado por la garantía del debido proceso legal consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional (Fallos: 268:266, consid. 2°). Y más adelante consideró que ello era así “en el marco del derecho a la jurisdicción consagrado implícitamente en el art. 18 de la Carta Magna y cuyo alcance, como la

posibilidad de ocurrir ante algún órgano jurisdiccional en procura de justicia y obtener de él sentencia útil relativa a los derechos de los litigantes (Fallos: 199:617; 305:2150 -La Ley, 1984-B, 206-, entre otros), es coincidente con el que reconocen los arts. 8°, párr. Primero, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” (C.S.J.N. “Santillán, Francisco A., rta. 13 de agosto de 1998).

#### CONCLUSIONES

Por todo lo dicho propugno:

A) Que el art. 76 bis del C.P. abarca dos grupos de delitos: 1°) aquellos delitos de acción pública que tienen prevista pena de prisión o reclusión cuyo máximo no exceda de 3 años (primer párrafo).

2°) aquellos que previstos con pena mayor de 3 años, según las circunstancias del caso, mediante un juicio predictivo, permitirían dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable (4° párrafo).

B) Que no procede la suspensión del juicio a prueba, en ningún caso, para delitos reprimidos con pena de inhabilitación.

C) Que es vinculante el dictamen fiscal en los delitos comprendidos en el 4° párrafo del art. 76 bis, quedando sujeto siempre al control de legalidad y fundamentación por parte del juez.

D) Que el querellante posee legitimación autónoma para recurrir el auto de suspensión del juicio a prueba.

Por el mérito que ofrece la votación que antecede, el Tribunal establece la siguiente doctrina plenaria, por mayoría, los puntos 1°, 2° y 3°, y por unanimidad el punto 4°, que siguen a continuación:



1°) La pena sobre la que debe examinarse la procedencia del instituto previsto en el artículo 76 bis y siguientes del Código Penal es la de reclusión o prisión cuyo máximo en abstracto no exceda de tres años.

2°) No procede la suspensión del juicio a prueba cuando el delito tiene prevista pena de inhabilitación como principal, conjunta o alternativa.

3°) La oposición del Ministerio Público Fiscal, sujeta al control de logicidad y fundamentación por parte del órgano jurisdiccional, es vinculante para el otorgamiento del beneficio.

4°) El querellante tiene legitimación autónoma para recurrir el auto de suspensión del juicio a prueba a fin de obtener un pronunciamiento útil relativo a sus derechos.

Regístrese, hágase saber y archívese.

Firmado: doctores Liliana E. Catucci, Eduardo R. Riggi, Guillermo J. Tragant, Ana María Capolupo de Durañona y Vedia, W. Gustavo Mitchell, Amelia L. Berraz de Vidal, Jorge O. Casanovas, Juan C. Rodríguez Basavilbaso, Raúl R. Madueño, Alfredo H. Bisordi, Juan E. Fécoli, Gustavo M. Hornos y Pedro R. David, Jueces de Cámara. Ante mí: doctora Claudia B. Moscato de Santamaria, Secretaria de Jurisprudencia.-

### **FALLO “ACOSTA”**

Procuración General de la Nación

-1-

S u p r e m a C o r t e :

I

La Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal declaró mal concedido el recurso interpuesto contra lo resuelto por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de la provincia de Santa Fe, en cuanto no hizo lugar a la suspensión del juicio a prueba solicitada por el imputado (fs. 4/9 y 11/16).

En este sentido, consideró insustancial la protesta por falta de tratamiento del planteo vinculado con el artículo 10 de la ley 24.050, al sostener su constitucionalidad en consonancia con la jurisprudencia vigente de V.E. y los argumentos vertidos en un precedente del mismo tribunal que citó al efecto. Asimismo, atribuyó una defectuosa fundamentación al recurso en relación con la presunta violación de la garantía de igualdad, ante el dispar acatamiento por los tribunales con asiento en la provincia de la doctrina plenaria sentada in re "Kosuta" (fs. 19).

Contra ese pronunciamiento la defensa oficial interpuso recurso extraordinario, cuya denegatoria a fojas 36 dio lugar a la articulación de esta queja.

II

En la presentación de fojas 20/29 la recurrente atribuye arbitrariedad al fallo impugnado, pues entiende que se omitió tratar cuestiones oportunamente propuestas y referidas a que aquella norma, en cuanto establece que la interpretación de la ley aceptada en una sentencia plenaria de la Cámara Nacional de Casación Penal es de aplicación obligatoria para ésta y los





tribunales inferiores que de ella dependan, resulta incompatible con la Constitución Nacional. En este sentido, sostuvo que el a quo sólo se remitió a expresiones dogmáticas mencionadas en causas anteriores e impidió, de esa forma, el ejercicio efectivo del derecho al recurso que le asiste al encausado. También puntualizó que dicha resolución carecía de fundamento suficiente, al responder el agravio sobre la transgresión al principio de igualdad con fórmulas genéricas y abstractas, en detrimento de la garantía de la defensa en juicio y debido proceso (art. 18 C.N.).

Agregó que tampoco recibieron tratamiento las críticas que, como consecuencia de la aplicación en el caso de la citada doctrina plenaria, estaban sustentadas en la afectación al principio de igualdad y en la denegatoria a un derecho penal de "mínima intervención" que respetara más la libertad y dignidad personal del imputado.

### III

Entiendo que el remedio federal no cumple con el requisito que exige el artículo 15 de la ley 48, en la medida que no contiene una crítica prolija y detallada de todos y cada uno de los fundamentos en que se apoya la resolución impugnada para arribar a las conclusiones que causan agravio (Fallos: 310:1766; 314:117 y 840; 315:361 y 2052; 316:420; 327:352, entre otros).

En efecto, contrariamente a lo que sostiene la recurrente, entiendo que en el fallo se efectuó un adecuado tratamiento de su crítica que satisface el recaudo de fundamentación suficiente que deben cumplir los pronunciamientos judiciales. Pienso que ello es así, pues la presunta transgresión al principio de igualdad que alega la recurrente como principal motivo de agravio, parte del aislado acatamiento por los tribunales de la cuestionada doctrina plenaria sin que se advierta que tal circunstancia, aún en el supuesto de coincidir con el relevamiento por ella realizado, alcance a "Acosta, Alejandro Esteban s/ infracción art. 14, primer párrafo de la ley 23.737 – causa N° 28/05" S.C.A. 2186, L.XL Procuración General de la Nación conmoviendo las razones vertidas en el fallo sobre el punto (ver fojas 19, punto 3°), en cuanto concluye, entre otros motivos, que esa garantía no se ve afectada por la aplicación que de la ley hacen los tribunales, sino por la arbitraria discriminación entre situaciones semejantes que consagre su texto, lo que no sucede en el caso.

Por otra parte, tampoco encuentro que el recurso pueda prosperar con base en los principios constitucionales y convencionales de similar rango que se invocan en el recurso, atento que la cuestión a resolver no se relaciona directamente con su inteligencia y alcance, sino con la de una norma de derecho común, como lo es el artículo 76 bis del Código Penal.

En cuanto a la constitucionalidad del artículo 10 de la ley 24.050, la defensa tampoco rebatió los argumentos invocados en el precedente que se cita a tal efecto y que coinciden, además, con la jurisprudencia vigente de V.E. sobre la materia (Fallos: 315:1863). Por tal motivo, conforme lo sostuve ante una situación similar en la causa M. 1948, XXXIX "Miraldi, Roque Luis s/causa 4849", resuelta el 28 de febrero de 2006, tal defecto torna insustancial el recurso y la





remisión de la Cámara, en esas condiciones, a pronunciamientos anteriores, constituye fundamento bastante para descartar la tacha de arbitrariedad (Fallos 311:2293; 313:1621, voto del doctor Fayt; 315:2822; 327:787; 328:4343, voto del doctor Fayt)..

Tampoco advierto en el sub júdice que la sola invocación de haberse transgredido diversas cláusulas constitucionales alcance para demostrar de qué manera éstas resultaron vulneradas por la disposición legal en cuestión, defecto que se mantiene en esta presentación directa al no hacerse cargo la recurrente de todas las razones vertidas por el Fiscal de Cámara en el dictamen de fojas 31/35, a las que se remitió el a quo en el auto denegatorio. Por lo tanto, resulta inoportuno quejarse por la parquedad de los fundamentos expresados para rechazar el recurso extraordinario, cuando ni siquiera se ha llegado a demostrar, por los motivos expuestos, la lesión que pudo derivarse de ello a las reglas del debido proceso (conf. Fallos: 314:1704).

Por último, se torna manifiestamente inadmisibile el agravio sustentado en el irregular trámite que, según la defensa, se habría suscitado en la convocatoria del citado plenario, al pretender ahora invocar esa circunstancia como alternativa para soslayar su aplicación al sub júdice, en tanto se apoya en contingencias de otro proceso que no se vincula con el presente. Ello, sin perjuicio de advertir que tal cuestión es producto de una reflexión tardía al no haber sido oportuna y debidamente planteadas ante los jueces de la causa, sino que recién fue introducida en el recurso extraordinario (Fallos: 311:372; 312:2340; 313:342; 314:110 y 1404; 315:1350, entre otros).

Una vez más cabe reiterar que la supuesta vulneración al derecho a recurrir que le asiste al encausado, incluso, con el alcance que le otorga la mencionada doctrina de Fallos: 328:3399, no autoriza a sortear el cumplimiento de tales recaudos. Por el contrario, a mi modo de ver, se tornan aún más exigibles, pues mal puede afirmarse un menoscabo al derecho de obtener la revisión del fallo sobre aspectos que la misma parte no refutó adecuadamente, o bien, no sometió a su consideración.

Por lo tanto, aún cuando la decisión impugnada no se ajuste al criterio que informa la Resolución P.G.N. 86/04 de esta Procuración General, pienso que los defectos que presenta la queja obstan su revisión en esta instancia. "Acosta, Alejandro Esteban s/infracción art. 14, primer párrafo de la ley 23.737 – causa N° 28/05" S.C.A. 2186, L.XL Procuración General de la Nación

IV

En consecuencia, soy de la opinión que V.E. debe desestimar esta presentación directa.

Buenos Aires, 16 de Abril de 2007.

ES COPIA EDUARDO EZEQUIEL CASAL

A. 2186. XLI.

RECURSO DE HECHO



Acosta, Alejandro Esteban s/ infracción art. 14, 1° párrafo ley 23.737 Ccausa N° 28/05C.  
Buenos Aires, 23 de abril de 2008

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la defensora oficial de Alejandro Esteban Acosta en la causa Acosta, Alejandro Esteban s/ infracción art. 14, 1° párrafo ley 23.737 Causa N° 28/05C", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Santa Fe no hizo lugar a la suspensión del juicio a prueba solicitada por el imputado Alejandro Esteban Acosta, respecto de quien se había formulado requerimiento de elevación a juicio por la presunta comisión del delito previsto en el art. 14, primer párrafo, de la ley 23.737. Para así resolver, sostuvo que la conformidad fiscal con la procedencia de la suspensión del proceso no era vinculante y que "...al prever dicha figura en abstracto y en su máximo una pena de seis años de prisión, el beneficio se torna improcedente, pues supera el límite de tres años de prisión que impone el art. 76 bis, 1° y 2° párrafos del Código Penal. En idéntico sentido, la Cámara Nacional de Casación Penal en fallo plenario de aplicación obligatoria (art. 10, ley 24.050) ha expresado que la pena sobre la que debe examinarse la procedencia del instituto previsto en el art. 76 bis y sgtes. del Código Penal es la de reclusión o prisión cuyo máximo en abstracto no exceda de tres años (Kosuta, Teresa, del 17 de agosto de 1999)".

2°) Que la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal declaró mal concedido el recurso de casación deducido contra dicho pronunciamiento, lo que motivó la interposición de un recurso extraordinario federal cuya denegación dio origen a esta queja.

3°) Que como en la especie se debate la exégesis acodada a una norma de derecho común, no le cabe a la Corte establecer su inteligencia (art. 15 de la ley 48) sino verificar si se configura un supuesto que habilita su intervención con ajuste a la doctrina según la cual la aplicación inadecuada de una norma de derecho común, que la desvirtúa y la vuelve inoperante, equivale a decidir en contra o con prescindencia de sus términos y constituye una causa definida de arbitrariedad (Fallos: 295:606; 301:108; 306:1242; 310:927; 311:2548; 323:192; 324:547, entre otros).

4°) Que el art. 76 bis del Código Penal, en lo que al caso interesa, establece lo siguiente:

El imputado de un delito de acción pública reprimido con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años, podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba.

En los casos de concurso de delitos, el imputado también podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba si el máximo de la pena de reclusión o prisión aplicable no excediese de tres años.

Al presentar la solicitud, el imputado deberá ofrecer hacerse cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible, sin que ello implique confesión ni reconocimiento de la responsabilidad civil correspondiente. El juez decidirá sobre la razonabilidad del ofrecimiento en resolución fundada.

La parte damnificada podrá aceptar o no la reparación ofrecida, y en este último caso, si la realización del juicio se suspendiere, tendrá habilitada la acción civil correspondiente.

Si las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable, y hubiese consentimiento del fiscal, el tribunal podrá suspender la realización del juicio.

5°) Que, como se dijo, la suspensión del juicio a prueba fue denegada por considerar que la pena sobre la que debe examinarse la procedencia de este instituto es la de reclusión o prisión cuyo máximo en abstracto no exceda de tres años. Para el apelante, por el contrario, el art. 76 bis comprende dos grupos de delitos, un primero que encierra a aquellos que tienen prevista una pena de reclusión o prisión cuyo máximo no supera los tres años (párrafos 1° y 2°), y un segundo que comprende a delitos no incluidos en el primer grupo que, previendo la ley penal un máximo de pena superior a los tres años de privación de libertad, permiten el dictado de una condena cuyo cumplimiento puede dejarse en suspenso de acuerdo al art. 26 del Código Penal (párrafo 4°).

6°) Que para determinar la validez de una interpretación, debe tenerse en cuenta que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra (Fallos: 304:1820; 314:1849), a la que no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino el que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos (Fallos: 313:1149; 327:769). Este propósito no puede ser obviado por los jueces con motivo de las posibles imperfecciones técnicas en la redacción del texto legal, las que deben ser superadas en procura de una aplicación racional (Fallos: 306:940; 312:802), cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho (Fallos: 310:937; 312:1484). Pero la observancia de estas reglas generales no agota la tarea de interpretación de las normas penales, puesto que el principio de legalidad (art. 18 de la Constitución Nacional) exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la ultima ratio del ordenamiento jurídico, y con el principio pro homine que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal.

7°) Que, en tales condiciones, cabe concluir que el criterio que limita el alcance del beneficio previsto en el art. 76 bis a los delitos que tienen prevista una pena de reclusión o prisión cuyo máximo no supere los tres años se funda en una exégesis irrazonable de la norma que no armoniza con los principios enumerados, toda vez que consagra una interpretación extensiva de la punibilidad que niega un derecho que la propia ley reconoce, otorgando una indebida preeminencia a sus dos primeros párrafos sobre el cuarto al que deja totalmente inoperante.

Por ello y habiendo dictaminado el señor Procurador Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada.

Hágase saber y vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que se dicte un nuevo pronunciamiento. RICARDO LUIS LORENZETTI - ELENA I. HIGHTON de NOLASCO (en



disidencia) - CARLOS S. FAYT - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (en disidencia) - JUAN CARLOS MAQUEDA - E. RAÚL ZAFFARONI -

ES COPIA

DISIDENCIA DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA DOÑA ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO Y DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

Que el recurso extraordinario cuya denegación originó esta queja, es inadmisibile (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, oído el señor Procurador Fiscal, se desestima la queja. Hágase saber y, archívese, previa devolución de los autos principales.

ELENA I. HIGHTON de NOLASCO - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI -

ES COPIA

Recurso de hecho interpuesto por Alejandro Esteban Acosta, representado por la señora defensora pública oficial ante la Cámara Nacional de Casación Penal Tribunal de origen: Cámara Nacional de Casación Penal Tribunales que intervinieron con anterioridad: Tribunal Oral en lo Criminal de Santa Fe.-



## Formulario descriptivo del Trabajo Final de Graduación:

### Identificación del Autor

Apellido y nombre del autor:	<b>FERREYRA, Claudia Elena</b>
E-mail:	<b>claudiaferreyranqn@hotmail.com</b>
Título de grado que obtiene:	<b>Abogada</b>

### Identificación del Trabajo Final de Graduación

Título del TFG en español	<b>“PROBATION”</b>
Título del TFG en inglés	<b>“PROBATION”</b>
Integrantes de la CAE	<b>Dra. Sonia Cabral y Dra. Roxana Ramos</b>
Fecha de último coloquio con la CAE	<b>26/04/2010</b>
Versión digital del TFG: contenido y tipo de archivo en el que fue guardado	<p><b><u>Contenido:</u> Suspensión del Proceso a Prueba “Probation”. Análisis e Interpretación de la Aplicación, esto es, Tesis restringida (delitos correccionales) o Tesis amplia (Delitos criminales); a partir del Plenario “Kosuta” (Cámara Nacional de Casación Penal ) y Fallo “Acosta” (Corte Suprema de Justicia de la Nación)</b></p> <p><b><u>Tipo de Archivo:</u> Documento Word 97-2003.doc-PDF-</b></p>



## Autorización de publicación en formato electrónico

Autorizo por la presente, a la Biblioteca de la Universidad Empresarial Siglo 21 a publicar la versión electrónica de mi tesis. (marcar con una cruz lo que corresponda)

**Publicación electrónica:**

**Después de..... mes(es)**

---

**Firma del alumno**