



**LA SUSPENSIÓN DEL PROCESO PENAL A PRUEBA  
COMO MEDIO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE  
CONFLICTOS E INSTRUMENTO DE LA  
PREVENCIÓN DEL DELITO**

**TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN**

**JUAN VÍCTOR BREITENSTEIN**

**Abogacía**

**2018**

“Se reconoce que el mayor esfuerzo de la razón humana consiste en reducir los principios productivos de los fenómenos naturales a una mayor simplicidad, y los muchos efectos particulares a unos pocos generales por medio de razonamientos apoyados en la analogía, la experiencia y la observación.”

David Hume

## **Resumen**

El propósito de este ensayo es descifrar el dilema que nuestra sociedad está atravesando hoy en día, por un lado intentando encontrar una solución a la inseguridad sin afectar ningún derecho fundamental y por otro lado proporcionando protección efectiva a todos los ciudadanos.

Tomando el art. 76 bis, ter y quater del Código Penal argentino y todos los cambios pertinentes introducidos mediante la ley N° 24.316 como punto de partida, y considerando que las políticas de persecución criminal de un país democrático deben estar subordinadas a políticas sociales y preventivas, esta investigación tiene la intención de explicar en las siguientes páginas tanto el alcance de la ya mencionada norma como las diferentes interpretaciones a las que puede dar lugar.

## **Abstract**

The purpose of this essay is to unravel the dilemma our society is going through nowadays, on the one hand, trying to find a solution to public insecurity without affecting any fundamental rights, and on the other hand providing affective protection to all citizens. Generally, many States tend to give answers oriented towards repressive measures stating that these will decrease crime.

Taking the 76<sup>th</sup> bis, 76<sup>th</sup> ter and 76<sup>th</sup> quarter article of the Argentinian Penal Code and all the pertinent changes introduced through the Argentinian Law No 24316 as a starting point, and considering the criminal prosecution policies of a democratic country must be subordinate to social and preventive policies, this investigation intends to explain in the following pages both the reach of the already mentioned legal norm and the differing interpretations it gives rise to.

## INDICE

Introducción.....	5
Capítulo I: CONSIDERACIONES GENERALES	
Introducción.....	9
1. Sobre la Suspensión de Juicio a Prueba y la Justicia Restaurativa.....	9
2. Visión Histórica del Delito.....	11
3. Visión del Conflicto Penal en la actualidad.....	13
Capítulo II: CONCEPTO Y PROCEDENCIA. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y DE LEGALIDAD PROCESAL	
Introducción.....	16
1. Concepto.....	16
2. Acerca de su procedencia.....	17
3. La determinación de la pena aplicable.....	18
4. Los delitos reprimidos con pena de inhabilitación.....	20
5. El drama del Principio de Legalidad Procesal .....	25
6. El Principio de Oportunidad .....	27
Capítulo III: LA TESIS AMPLIA Y RESTRICTIVA EN CUANTO A LA INTERPRETACIÓN DEL ART. 76 BIS DEL CÓDIGO PENAL	
Introducción.....	31
3. Criterio “amplio” y “restrictivo” en cuanto a su interpretación.....	31
3.1- La tesis restringida.....	31
3.2- La tesis amplia y algunos argumentos que la sustentan.....	32
3.3- Procedencia según la tesis amplia.....	36
3.4- La finalidad del instituto según la tesis amplia.....	37
3.5- Principio de legalidad procesal e interpretación extensiva... ..	38
Capítulo IV: DISPOSICIONES PROCESALES QUE REGULAN EL INSTITUTO, DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA.	
1. Doctrina y Jurisprudencia.....	41
1.1- Autores de renombre, partidarios de la tesis amplia.....	41

1.2- Antecedentes jurisprudenciales que consagran ambos criterios de interpretación.....	42
2. Legislación comparada y experiencia en otros países.....	47
Conclusión	

## **Introducción**

La suspensión del procedimiento penal a prueba es un mecanismo de simplificación que introduce una excepción al principio de legalidad procesal. Este instituto difiere del procedimiento ordinario porque no requiere cumplir con todas sus etapas para obtener la solución jurídica del caso y, además, porque evita la aplicación de la respuesta tradicional del derecho penal: la pena.

El mecanismo de la suspensión del procedimiento a prueba también representa la abreviación de las reglas procesales. Al mismo tiempo, deja de lado dos principios básicos de los sistemas de justicia penal de los Estados modernos: la persecución penal como obra del Estado, y el principio de legalidad procesal. En este caso se exige que el imputado haya reparado el daño, que haya afianzado la obligación reparatoria, que haya demostrado su imposibilidad de reparar o que hay asumido la obligación de hacerlo.

A más de dos décadas de la vigencia en Argentina de la suspensión del proceso penal a prueba, se puede decir que este instituto ha significado un gran reto, que ha suscitado enfrentar diversas posiciones frente a la respuesta punitiva del Estado y a las distintas alternativas a ella.

En nuestro país, la suspensión del proceso a prueba ha significado la introducción legal de un sustituto del proceso penal tradicional, del posible dictado de una condena o, incluso, de la posible aplicación efectiva de una pena carcelaria de corta duración, además de haber introducido un cierto modo de reparación a la víctima. Estas diferencias se han manifestado en diversas posturas e interpretaciones de la ley penal, concretamente acerca del alcance de los art. 76 bis, ter y quater del C.P., en una serie de cuestiones.

En ese sentido, el eje de investigación de este trabajo consistirá en el análisis de las diversas posturas doctrinarias y jurisprudenciales que gravitan en torno a la tesis amplia y restrictiva en relación a la interpretación de la norma. Por un lado, el criterio

restrictivo postula que el máximo de tres años previsto en el párrafo 1° del art. 76 bis del C.P. es un tope infranqueable para conceder el beneficio de suspensión del proceso penal a prueba.

Por otro lado, en la tesis amplia se plantea el argumento de que la ley prevé dos supuestos por los cuales sería procedente la aplicación del instituto, el primero de ellos previsto en el párr. 1° del art. 76 bis, se dice que son aquellos delitos de acción pública reprimidos con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años, el segundo supuesto, previsto en el párr. 4° se refiere a una situación distinta, que es la de los delitos más graves, para los cuales es condición indispensable la eventualidad de una condena suspensiva.

La tesis adoptada en el presente trabajo es esta última, la cual reconoce su sustento en sólidas razones de política criminal que permiten que la suspensión del juicio a prueba resulte un instrumento verdaderamente útil para lograr la resocialización de las personas que han incurrido en delitos.

Desde la incorporación de este instituto al cuerpo legal, la jurisprudencia ha ido inclinando la balanza en favor de criterios amplios de interpretación, entendiendo la procedencia de la suspensión del proceso penal a prueba no solo a los delitos previstos en el primero y segundo párrafo del art. 76 bis del CP, sino también a aquellos comprendidos en el cuarto párrafo del mismo artículo, los cuales no dependen exclusivamente de la pena prevista en la ley. En suma, la hipótesis del presente trabajo será demostrar que la “tesis amplia” de interpretación de la norma, ha llegado a ser la postura ampliamente aceptada por la mayoría.

Con este marco de investigación planteado, se inició la presente investigación dividiéndola en 4 capítulos en los que se abordaron las diversas temáticas y la hipótesis de investigación.

El capítulo 1 se abocará en definir el marco normativo del instituto de suspensión del proceso penal a prueba y dará un panorama de la Justicia Restaurativa como instrumento de resocialización como asimismo un vistazo al desarrollo histórico del delito como tal.

El capítulo 2 emprenderá un desarrollo más minucioso del instituto en cuanto a su concepto, estableciendo diversas posturas a los fines de indagar en la procedencia del

mismo. Asimismo, se delinearán los conceptos y argumentos más relevantes acerca del Principio de legalidad procesal y el de oportunidad, explicando el alcance y las repercusiones de su aplicación en el sistema penal argentino.

El capítulo 3 se focalizará en desarrollar la hipótesis de investigación dando diversos razonamientos doctrinarios y jurisprudenciales que sustentan la tesis amplia por sobre la restrictiva. A esos fines, se darán los fundamentos necesarios para apoyar la tesis mayoritaria que se pretende defender en el presente, a saber, el criterio amplio de interpretación.

En el último capítulo se expondrán una serie de fragmentos doctrinarios de autores reconocidos, partidarios de la tesis amplia y algunos antecedentes jurisprudenciales tocantes a la temática elegida. Por último, una exposición generalizada de legislación comparada y experiencia en otros países del instituto de suspensión del juicio a prueba.

A los fines de lograr los objetivos planteados en este ensayo, sería prudente ir abriendo camino no solo en lo referente a la internalización de pautas socialmente favorables de conducta en los victimarios y a la protección de la víctima sino también en relación a su carácter de instrumento apto para lograr una vida comunitaria menos conflictiva.

# Capítulo I: “CONSIDERACIONES GENERALES”



## **Introducción**

Para dar inicio a esta investigación, es menester establecer un panorama general del Instituto de Suspensión de Juicio a Prueba, dando algunos lineamientos referentes a su introducción al sistema normativo argentino y una mirada a la justicia penal como fenómeno restaurador. Asimismo, presentar una mirada histórica del delito, como ha sido entendido culturalmente y dar un enfoque actual del conflicto penal.

### **1. Sobre la Suspensión de Juicio a Prueba y la Justicia Restaurativa**

La Incorporación a nuestro Derecho positivo del Instituto de la Suspensión del proceso penal a prueba, había sido prevista por el art. 293 del Código Procesal Penal de la Nación en el año 1991, presagiando su regulación sustantiva en virtud en una ley de fondo que se llevaría a cabo en el futuro. De esta manera, en el año 1994 tuvo lugar la sanción de la Ley nacional N° 24.316 el 4/5/1994 y promulgada el 13/5/1994, incorporando esta figura a nuestro derecho sustantivo a través de la reforma del Código Penal, que agregó en su Título XII, los arts. 76 bis, 76 ter y 76 quater.

En aquellos momentos, la propuesta legislativa no fue bien recibida por la comunidad y menos por el periodismo, puesto que atribuían a este instrumento un aliento a los delincuentes. Por otra parte, la mayoría de los legisladores no conocían a fondo la institución y las diferencias sensibles que poseía en comparación con aquellas vigentes en los Estados Unidos y otros países europeos. La confusión fue tal, que se llegó a sostener por los legisladores que este instrumento impediría encarcelar a las personas en conflicto con la ley penal, mientras que otros resaltaban un efectivo ahorro de los gastos en comparación con el sistema de privación de la libertad (Chiara Díaz y Starck Bibiana, 2009).

Julio de Olazábal define la suspensión del proceso a prueba como:

La introducción de un limitado criterio de oportunidad en el ejercicio de las acciones penales conformado por una paralización del proceso penal, con potencialidad extintiva del ejercicio de la acción, limitada a determinados delitos (detectables por la pena con la que se los conmina) y determinados acusados de

ser sus autores (detectables por la posibilidad abstracta de lograr una condena condicional), sujeta en su operatividad inicial a la petición por el imputado (acompañada de la promesa de reparar el daño causado y someterse a un plan futuro de conducta) aceptada por el juez con consentimiento fiscal, y condicionada finalmente por el plan trazado (OLAZABAL, 1994, p.23).

De este modo, la Ley N 24.316 regula en todo el país, el instituto en cuestión anunciado por el Código procesal penal de la Nación. En virtud de su carácter sustantivo, fue necesario que el Poder Legislativo nacional regulara los aspectos centrales de esta nueva institución con el fin de incorporarla a nuestro derecho penal material. Asimismo, debe considerarse que cada provincia tiene la facultad de regular los aspectos relacionados con su aplicación en el contexto del proceso penal.

La introducción de este Instituto a nuestro marco jurídico sustantivo significa un quiebre a uno de los principios más importantes de la persecución penal estatal, esto es, el principio de legalidad procesal, art. 71, CP. Al respecto, señala *García* “Con el dictado de la ley 24.316, se ha incorporado de manera general al derecho penal argentino un instituto que introduce una considerable excepción a este principio” (García, 1996, p. 319). Esta excepción contribuye a que se priorice la protección de los intereses de los individuos afectados en el conflicto penal: el ofensor y el damnificado.

El solo hecho de pensar que los métodos de resolución de conflictos pueden ser aplicables al ámbito penal, resulta inquietante. Sin embargo, es importante darse cuenta que el sistema del derecho penal es un objeto cultural y por ello es cambiante. En ese sentido, el ejercicio que ha venido desarrollando el Estado en cuanto a su intervención en la disputa entre las personas, podrían ser resueltos aplicando otros métodos y bajo determinadas circunstancias.

En cuanto al prototipo de la Justicia Restaurativa, se puede decir, que su principal objetivo es la reparación del daño causado. Hay una relación manifiesta entre la víctima de la ofensa, el ofensor y la comunidad. En efecto, cuando se ha cometido un delito, el victimario tiene la obligación de regresar a la víctima y por ende a la comunidad, una reparación que pretenda retrotraer el estado anterior a la ofensa. Asimismo, este paradigma no deja de considerar el equilibrio entre la seguridad y la posterior reinserción social del ofensor.

El primer esquema de la Justicia Restaurativa, Chiara Díaz y Starck Bibiana (2009) refieren que se remonta hacia fines de los años setenta, en Estados Unidos, en donde algunos exponentes de políticas criminales y de justicia penal juvenil advirtieron el aumento desmesurado en la cantidad de víctimas de la delincuencia juvenil. Los individuos que incursionan en el mundo delictivo a corta edad, aún están formando su sistema de valores y si se logra que se den cuenta de su accionar, las experiencias indican que se obtienen resultados positivos.

Asimismo, se implementaron decenas de programas dirigidos mayormente a los casos juveniles, en donde participaron infractores a la ley penal, no violentos, demostrando voluntad de reparar el daño causado y con signos de arrepentimiento. Estos programas, en su mayoría se articulan en forma conjunta con los tribunales, ya que ponen un énfasis mayor en infractores a la ley penal que han incurrido en delitos de menor trascendencia como robos, hurtos, delitos en los que nadie resultó dañado o sin lesiones en la persona (Chiara Díaz y Starck Bibiana, 2009).

Este paradigma de la Justicia Restaurativa tiene como fin obtener justicia pero cimentada en otros parámetros que no estén basados en el sistema retributivo convencional y para llevarlo a cabo es necesario mucha educación y evolución humana.

Esta evolución podemos identificarla sociológicamente en el ser humano cuando se dirige a modelos menos retributivos. Entonces, este nuevo estereotipo de justicia requiere una forma de pensar más amplia, tratando de humanizar el ejercicio del Derecho, no solo para la ciudadanía en general, sino también para aquellos que trabajan en el contexto de la justicia.

La justicia restaurativa constituye un sistema de sanación en la comunidad y un elemento fundamental para crear una sociedad más justa y pacífica. Además crea un sendero para la construcción de sociedades comprometidas que asumen la responsabilidad y trabajan mancomunadamente con el fin de lograr una sociedad más sana y donde el delito disminuye.

## **2. Visión histórica del delito**

Sería exhaustivo tratar de plasmar la historia de las civilizaciones y su relación con el delito, pero es importante considerar que no siempre la visión del delito ha sido la misma. Al respecto, David Pedro y Fellowes (2003) dicen que en la época de las

civilizaciones tribales, la comisión de un delito significaba un daño hacia la comunidad en su conjunto, por ende, significaba el derecho de todos los integrantes de esa comunidad restablecer la situación, por lo que el ofensor tenía una especie de protección jurídica que le daba esa comunidad. Pero en la mayoría de los casos desembocaba en un castigo desproporcionado en relación a la ofensa y en la persona del ofensor.

Los límites empezaron a vislumbrarse cuando se empezó a insinuar la intervención del Estado. Hasta ese momento no lo había, por lo que los conflictos que se desataban por delitos determinados, se resolvían mediante criterios de fuerza desproporcionados. Empero, la intervención del Estado aparece de manera subsidiaria, como una especie de intermediario entre el ofensor y la víctima con el fin de evitar una venganza o reacción negativa que sea irracional. Estas manifestaciones de “justicia” tuvieron lugar en el derecho germánico antiguo y en el derecho griego. En el derecho romano también, salvo en su última parte en donde aparece una presencia más fuerte del Estado, buscando darle satisfacción a la víctima y no un castigo desproporcionado al delincuente (David Pedro R., Fellowes B. 2003).

Entonces, el Estado intervenía dándole gran poder a la víctima, buscando darle satisfacción por el daño que había recibido mediante un procedimiento sencillo en donde participaban las tres partes: la víctima, el ofensor y quien resolvía el conflicto. Se podría decir, mediante un criterio acusatorio, mediando la intervención del estado en reacción a la pretensión de otra persona.

Cuanto tiene lugar la inquisición, este modelo se modifica drásticamente, ya que este sistema nace como un modo para castigar el pecado, pero con la idea universalista de la religión católica, este modo de castigo comienza a trasladarse a otras conductas y a otras personas sumado a la concentración de poder en los Estados nacionales.

En el sistema de la Inquisición, todas las ofensas son consideradas como un problema social y el representante en la sociedad es el Estado absoluto. Al respecto, argumentan David Pedro R., Fellowes B. (2003) que se produce un cambio rotundo en ese sentido, ya que la víctima no solo pierde el poder que antes tenía de intervenir y decidir acerca del conflicto penal, sino que además es despojada de la defensa legal ante una agresión. Además, una de las formas que tenía la víctima para solucionar el conflictos, la cual tenía que ver con la compensación en concepto de reparación del

daño, se transforma en multa, la cual quedaba en poder del Estado. El estado se apropia de la sanción penal a través de la privación de la libertad.

Es la época en donde no solo hay una expropiación del conflicto y un olvido de la víctima, sino que el sistema penal busca el escarmiento del culpable. Es decir, busca perseguir, encarcelar y castigar a una persona, a veces de la manera más brutal, sin atender al afectado por el conflicto primario. Esto es así, porque se da más importancia a la desobediencia a la ley del estado que a los intereses de la víctima y el daño que se le provoca.

Esto comienza a tener un vuelco en el siglo XX, con el nacimiento y avances en materia de criminología y por las graves consecuencias de las guerras mundiales, generando consciencia en las sociedades de los padecimientos de la víctima (David Pedro R., Fellowes B. 2003).

### **3. Visión del conflicto penal en la actualidad**

Las leyes que le empiezan a dar derechos a las víctimas y participación en los procesos penales, son recientes y por lo general boicoteadas por interpretaciones restrictivas. El principio de legalidad procesal es donde el estado encuentra su cimiento para apropiarse del conflicto, absorbiendo todo y dejando de lado a la víctima, planteándose una especie de puja solo con el autor del delito.

Por otro lado, hay que destacar la imposibilidad del estado de investigar y esclarecer todos los delitos que se suceden en una sociedad, de manera que el argumento de la igualdad ante la ley y el criterio ético de que cualquier ofensa debe ser castigada, está lejos de ocurrir. De modo que los parámetros de selección no son racionales y por lo general son perversos ya que los instrumentos del sistema penal no se distribuyen de manera racional y se terminan dirigiendo hacia los delitos con menor daño social.

David Pedro R. y Fellowes B. (2003) postulan que el modelo inquisitivo se sustenta en este principio de legalidad procesal ya que tiene una visión paternalista del estado. Ello, en el sentido de se coloca en una posición superior a todos los conflictos y en ocasiones confunde aquellos conflictos que afectan intereses de la víctima de los que impactan en intereses sociales. En efecto, la cuestión se basa en el bien jurídico

afectado, y esa es la herramienta del estado para atribuirse la capacidad de reacción frente a un determinado conflicto.

Este panorama, que es inherente a nuestra cultura jurídica y que tiene antecedentes históricos no se puede sostener en la actualidad. Los obstáculos jurídicos para que el estado pueda gestionar todos los conflictos que suceden en una sociedad son evidentes. Por eso estos mecanismos alternativos como lo son: criterios de oportunidad, mediación penal y suspensión del proceso a prueba, comienzan a tomar mayor fuerza en la actualidad para evitar un colapso.

Asimismo estos mecanismos no solo aparecen como una nueva forma de solucionar conflictos sino que apuntan a otras cuestiones relevantes, como los costos que significan las prisiones, la descongestión de los tribunales, etc. En efecto, estas herramientas no solo buscan soluciones a los conflictos entre personas, sino que tienen una visión bastante pragmática.

Otra cuestión importante que destacan David Pedro R. y Followes B. (2003), tiene que ver con la reparación inherente a esta figura penal. Históricamente se relacionó a una cuestión civil y cuando los sistemas penales incluían el ejercicio de la acción civil en el proceso penal, era una cuestión accesoria. Así, esta reparación era una cuestión civil mientras que la prisión tenía que ver con el sistema penal. Actualmente esto fue cambiando, concibiendo la reparación como una potencial reacción frente al delito ofensor.

Cuando se consideran los efectos de la pena privativa de la libertad y sus contribuciones a la reinserción del delincuente, en la mayoría de los casos no logra su fin principal. Como tampoco ha cumplido con los fines constitucionales o legales al respecto. Las prisiones más que lograr una resocialización del delincuente, parecería un lugar de entrenamiento, en donde asimilan nuevas conductas delictivas. En Efecto, este concepto de la reparación puede ser un canal muy importante para lograr no solo los fines retributivos sino lo que hace a los aspectos de prevención.

**Capítulo II: “CONCEPTO Y PROCEDENCIA.  
PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y DE  
LEGALIDAD PROCESAL”**

## **Introducción**

En este capítulo se propone realizar un análisis pormenorizado de los supuestos de aplicación inherentes al instituto y su regulación en el art. 76 bis y ss., del Código Penal, ubicándolos en contexto con el cuerpo normativo vigente y las consecuencias a favor o en contra aparejadas a los fines de su puesta en práctica. Seguidamente, se pondrá en relieve el imperativo de la persecución pública estatal y las consecuencias de su puesto en práctica, y el principio de oportunidad, que surge ante la imposibilidad de llevar a la práctica la persecución de todos los delitos

### **1. Concepto**

En los arts. 76 bis y ss., del Código Penal se haya regulado el Instituto de la Suspensión del Proceso penal a prueba, en este se prescriben los casos en los que será procedente la interrupción condicional de la persecución penal. Es decir, que nuestro derecho positivo prevé un grupo determinado de delitos que pueden ser tratados según las reglas propias de la institución.

De manera que como se ha definido el grupo de casos en los cuales resulta posible aplicar la suspensión del proceso, también se han establecido aquellos que, a pesar de que cumplan con el resto de los requisitos, están exceptuados de su aplicación. Como el caso de los funcionarios públicos imputados en hechos delictivos en el ejercicio de sus funciones como aquellos delitos en los que está previsto pena de inhabilitación.

Considerando de que la persecución pública del sistema penal esta cimentada en el principio de legalidad procesal, amerita enunciar en qué casos es procedente suspender dicha persecución y en cuáles no. Cuando se introducen estas excepciones al sistema, estas son reguladas expresamente por las disposiciones legales.

Cabe destacar que en las legislaciones más modernas, se empiezan a vislumbrar en mayor grado, una disminución de los elementos objetivos, concediendo mayor discreción el encargado de la acción penal pública.



En la legislación comparada, se encuentra uno de los supuestos previstos en el art. 22 del CPP de Costa Rica. El referido artículo establece la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal a cargo del ministerio público en todos los casos en que sea procedente, con arreglo a las disposiciones de la ley y previa autorización del superior jerárquico. En efecto, el representante el ministerio público podrá solicitar que se prescinda, total o parcialmente la persecución penal, que se limite a alguna o varias infracciones o a alguna de las personas que participaron en el hecho.

En el tercero de los supuestos, haciendo referencia al imputado reza: “haya sufrido, a consecuencia del hecho, daño físico o moral grave que torne desproporcionada la aplicación de una pena”. Este supuesto no define en realidad, la gravedad del delito que puede dejar de perseguirse, sino que establece un criterio de proporcionalidad que depende del hecho concreto y la relación con el sufrimiento del propio imputado, como consecuencia de su acto ilícito y la gravedad de la pena aplicable.

## **2. Acerca de su procedencia**

En cuanto a la aplicación de las reglas de conducta se puede ver la similitud con la condena condicional, pero difiere en el aspecto en que el instituto en cuestión no configura una pena ni una medida de seguridad. Esto es así, porque no hay una sentencia ni una declaración de responsabilidad al imputado. El art. 76 bis, en su párrafo 3° reza: “... sin que ello implique confesión ni reconocimiento de la responsabilidad civil correspondiente...”. Además, si la víctima no acepta el resarcimiento ofrecido por el imputado, puede recurrir por la vía civil, debiendo allí acreditar todos los elementos que invoque, todo con independencia de la suspensión de juicio a prueba (García Lois, 2009).

En este sentido, García Lois (2009) argumenta que a diferencia de los otros modos extintivos de la acción penal, como lo son los regulados en el art. 59 del C.P. y el referido al pago voluntario de la multa, art. 64 del mismo cuerpo legal, su actuación depende exclusivamente del presunto imputado. Mientras que la potestad concedida al fiscal y al juez para acogerse al instituto tienen que ver con el principio de oportunidad con excepción al principio de legalidad y oficiosidad regulado en el art. 71 del C.P.

El instituto de suspensión del proceso penal a prueba en su art. 76 bis del C.P. prescribe que será procedente la aplicación de este instituto, cuando se atribuya a una persona la responsabilidad penal de un hecho delictivo de “acción pública”, reprimido con reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de 3 años. En cuanto al carácter público, nuestra doctrina y legislación se refiere a todas las acciones que surgen de la comisión de un presunto delito y que deben iniciarse de oficio. Asimismo, nuestra ley prevé en su art. 71, aquellas acciones, también públicas, pero que su iniciación depende de instancia privada.

En consecuencia, los presuntos autores de un delito de “acción pública” cuya iniciación se realice de oficio, como aquellos también considerados de acción pública pero condicionados por la instancia de los particulares, regulados en el art. 72 del C.P., pueden ser beneficiarios de este instituto.

### **3. La determinación de la pena aplicable**

La regulación de los supuestos en los cuales sería aplicable el instituto, así como aquellos casos que quedan fuera del ámbito de aplicación a pesar de cumplir con los requisitos necesarios se encuentran previstos en el art. 76 Bis del C.P.. Estos supuestos van desde aquellos en que haya participación de funcionarios públicos, o aquellos casos que prevén pena de inhabilitación. Sin embargo, la interpretación de la jurisprudencia en su mayoría está considerando la concesión del instituto aun en esos casos.

Los párrafos 1 y 2 del art. 76 bis refieren que resulta aplicable ante la imputación de un delito de acción pública o concurso de delitos cuya pena máxima de prisión o reclusión no supere los 3 años. Las diferencias en cuanto a su interpretación surgen al intentar determinar el significado y alcance del párrafo 4, considerando que el art. 76 bis en sus dos primeros párrafos parece hacer referencia a una pena abstracta aplicable “...cuyo máximo no exceda de tres años..”. El párrafo 4 parecería focalizarse en la posible aplicación de la pena en el caso concreto, “...si las circunstancias del caso permitieran dejar en su spenso el cumplimiento de la condena aplicable...”.

Haciendo referencia a la tesis restringida o restrictiva del alcance de aplicación, se afirma que el instituto es procedente a los supuestos de los párrafos 1 y 2, y que el párrafo 4 agrega una condición para que proceda su aplicación y ella es que se trate de

delitos reprimidos con pena privativa de la libertad cuyo máximo en abstracto no supere los tres años, y que permitan en el caso concreto la condena condicional.

En referencia a esta interpretación se dice lo siguiente:

Esta tesis, sostenida por la CNCP ha sido muy criticada, ya que para muchos va en contra del principio de igualdad ante la ley al impedir dar un tratamiento igualitario a casos similares, ya que la aplicación de una sanción de ejecución condicional se determina en relación a cada caso en particular y no solo se tiene en cuenta la pena en abstracto con la que se pena un determinado delito. (García Lois Adian J., 2009, p.35)

Otra crítica a esta postura, gira en torno a que no tiene un sustento objetivo, el hecho de que la suspensión del proceso a prueba se aplique a delitos con pena de prisión o reclusión no mayor de tres años y que además, permitan la condena condicional, pues la reclusión no admite esa posibilidad. (García Lois Adian J., 2009, p.35)

En cuanto a la otra postura conocida como el “criterio amplio”, se pueden distinguir tres pasos para su aplicación. 1) El de los párrafos 1 y 2, en cuyo supuesto deberán ser procedentes los requisitos objetivos que se requieren para aplicar la suspensión, esto es, que el delito o concurso de delitos no supere en su pena máxima en abstracto los tres años de prisión o reclusión y que el imputado haya ofrecido un monto en concepto de reparación del daño causado. 2) se haya informado a la parte damnificada sobre dicho ofrecimiento. 3) posteriormente resolver sobre la razonabilidad del ofrecimiento y si se concede el beneficio. (García Lois, 2009)

Para los delitos cuya pena en abstracto supere los tres años de prisión pero, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, (casos comprendidos en el párrafo 4) la eventual aplicación de condena haría posible su cumplimiento en forma condicional, conforme lo prevé el art. 26 del CP. Un requisito indispensable en este caso será el consentimiento del fiscal mediante una evaluación de oportunidad sobre la conveniencia de la aplicación de la suspensión.

En este supuesto se deberán verificar objetivamente la procedencia de la ejecución condicional de la pena y en caso afirmativo, evaluar su otorgamiento conforme lo prescribe el art. 26 del C.P.

#### **4. Los delitos reprimidos con pena de inhabilitación**

Los supuestos enunciados en el artículo 76 bis del CP que han despertado problemas de interpretación son aquellos previstos específicamente en los casos en que el instituto no puede ser aplicado. En su párrafo VIII, se haya previsto uno de esos supuestos y dispone que no “Procederá la suspensión del juicio a prueba respecto de los delitos reprimidos con pena de inhabilitación”. Esta disposición ha generado una discusión acerca de si la exclusión abarca a los delitos que prevén solo pena de inhabilitación, o si comprende, además, a los delitos que comprenden la pena de inhabilitación como pena conjunta o alternativa.

Si se analiza el supuesto del párrafo IV, art. 76 bis, CP de forma independiente, se infiere que el texto legal no resulta concluyente para optar por la tesis amplia o restrictiva respectivamente. Empero, varias razones dan mayor aceptación a la interpretación restrictiva que formula la imposibilidad de aplicar la suspensión solo cuando el delito prevé la pena de inhabilitación como pena única.

Si bien el párrafo IV no es determinante tomándolo en sentido literal, el texto parece indicar referirse a la inhabilitación como pena única. Cuando en el párrafo V del mismo artículo se indica la pena de multa, contiene la salvedad respecto del carácter conjunto o alternativo expresamente para determinado supuesto, esa circunstancia también apoya la tesis de que la limitación sólo alcanza la inhabilitación como pena única. La falta de aclaración sólo tendría sentido para abarcar la inhabilitación como pena conjunta, pero resultaría irracional cuando estuviera prevista como pena alternativa o conjunta y, en el caso concreto, no resultara aplicable.

El principio de que la pena accesoria depende de la pena principal, además, permite afirmar que cuando la pena de inhabilitación esta prevista conjunta o alternativamente con la pena privativa de libertad, la inhabilitación sigue la suerte de las soluciones previstas para la pena principal. En consecuencia, si la pena privativa de libertad permite la suspensión del procedimiento, dicha suspensión también incluye a la inhabilitación impuesta conjunta o alternativamente, pues se trata de la pena accesoria. Vitale sostiene que: “los delitos que tienen previstas pena carcelaria e inhabilitación – en forma conjunta o alternativa- no podrían estar legítimamente excluidos del régimen de la suspensión a prueba debido a la pena de menor gravedad. Si se admite a la suspensión para los casos de penas más graves –como son, las privativas de la libertad

personal-, no es razonable entender excluidos esos casos en razón de las penas más leves que la acompañan.” (Vitale G., 1996, p. 135)

En el párrafo VIII del art. 76 bis, describe los delitos reprimidos con pena de inhabilitación en el mismo sentido en que el art. 64 del CP lo hace con aquellos que prevén pena de multa. Se refiere a la extinción de la “acción penal por el delito reprimido con multa”, por el pago voluntario del mínimo o del máximo de la multa, según la etapa procesal en la que se encuentre al momento del pago.

El párrafo V del art. 76 bis del CP prevé el ordenamiento específico de la multa conjunta o alternativa y solo es procedente cuando el delito permite la aplicación del instituto, exceptuando otros casos. En efecto, Bovino refiere respecto de la posición que se discute que:

El art. 64 CP, comprende todos los delitos que prevén única, conjunta o alternativamente la pena de inhabilitación que no admiten la suspensión del procedimiento. Así, si quienes sostienen esa interpretación del párrafo VIII del art. 76 bis fueran consecuentes, deberían afirmar que si un delito prevé prisión perpetua y pena de multa conjunta, el pago voluntario del mínimo de la multa extinguiría la acción penal mientras no se hubiera iniciado el juicio, pues el art. 64 se refiere a la pena de multa del mismo modo que el art. 76 bis se refiere a la pena de inhabilitación. (Bovino, 2001, p. 72)

Si la tesis criticada fuera correcta, tampoco se comprendería la redacción del nuevo art 27 bis, incorporado por la ley 24.316, la misma ley que incorporó los art. 76 bis y ss., en el Título XII del CP, que regula la suspensión del procedimiento penal a prueba. El inc. 5 del art. 27 bis, CP, en este sentido, establece una condición aplicable a quién solicita la suspensión del proceso a prueba, según lo dispone el art. 76 ter, CP: “El tribunal establecerá las reglas de conducta que deberá cumplir el imputado, conforme las previsiones del art. 27 bis”. (Bovino, 2001, p. 73)

La regla de conducta que se prevé en el art. 27 bis, CP permite imponer la obligación de realizar estudios o prácticas necesarias para su capacitación laboral y profesional. Esta regla sería lógica en caso de aplicarlas a individuos que podrían haber recibido condena a inhabilitación especial conjunta con una pena de prisión. Por

ejemplo, en el supuesto de un homicidio culposo en un accidente de automotor, al imputado se le podría imponer como regla de conducta asistir a cursos de conductores y normas de tránsito; asimismo, en los casos en la inhabilitación fuera necesaria, “hubiese sido más lógico... establecer como regla de conducta... una actividad relacionada con el delito que cometió”.

Considerando que el párrafo VIII del art. 76 bis, CP, excluye a los “delitos reprimidos con pena de inhabilitación”, el impedimento de solicitar la suspensión del procedimiento se aplica a todas aquellas personas imputadas por un delito que, en abstracto, prevé la posibilidad de imponer la pena de inhabilitación. Ello significa que, aun cuando no fuera posible imponer la pena de inhabilitación en un caso particular, por las circunstancias propias del caso –v. gr., una persona que causa lesiones culposas por el uso imprudente de un cuchillo eléctrico-, el impedimento subsiste, pues el delito es uno de los “reprimidos con pena de inhabilitación” (Bovino A., 2001).

Otra consecuencia negativa de esa interpretación consiste en el hecho de que, además de limitar las posibilidades prácticas de aplicación del instituto, esa restricción permite la suspensión de la persecución de los casos más graves e impide el mismo tratamiento para los delitos de menor gravedad. Mientras que las lesiones culposas quedan excluidas, se podría admitir la suspensión en el caso de un homicidio doloso cometido en estado de emoción violenta (art. 81, inc. a, CP, si se admite la existencia de los dos supuestos).

Aun con la posición restrictiva del supuesto único, las soluciones absurdas abundan. Más allá de la injusticia de excluir, por regla, los delitos culposos, manifiestamente menos graves que los delitos dolosos, existen casos concretos que agregar razones para rechazar el criterio. Según esta interpretación, el homicidio culposo del art. 84 quedaría excluido. Al mismo tiempo, el homicidio preterintencional (art. 81, inc. b, CP), cuya pena máxima es de tres años y no contiene la pena de inhabilitación, permitiría la suspensión. Ambos supuestos incluyen un homicidio culposo, pero el más grave de ellos, el homicidio preterintencional, permite la suspensión, mientras que el de menor gravedad no la permite. (Bovino A., 2001).

En este punto, se debe recordar que la gravedad del hecho es una variable de especial importancia en el régimen de aplicación de la suspensión del procedimiento penal a prueba. Por ello, resulta innegable que una de las principales variables que

determina la integración de los diversos supuestos es, precisamente, la gravedad del hecho. En esa línea argumentativa Bovino (2001) considera que esta circunstancia no solo surge de los supuestos reconocidos en el art .76 bis, párrafos I, II y IV, CP, sino, además de las mayores exigencias previstas para el supuesto de casos de mayor gravedad –v. gr., consentimiento del fiscal, en los casos del párrafo IV-. La importancia central que reviste la gravedad del hecho también se halla expresada en el art. 76 ter, párrafo I, CP, que dispone: “El tiempo de la suspensión del juicio será fijado por el tribunal entre uno y tres años, según la gravedad del delito”.

En suma, cabe mencionar que el texto literal de la ley no define decididamente el problema. Sin embargo, debe preferirse la interpretación que limita la no aplicación de la suspensión del procedimiento penal a los delitos que prevén la pena de inhabilitación como pena única.

Diversas circunstancias sugieren que el texto se refiere solamente a esos delitos. Por otro lado, la interpretación que incluye en la limitación a los delitos que contienen la pena de inhabilitación conjunta o alternativamente genera consecuencias prácticas injustas y absurdas en su aplicación, que restringen las posibilidades de realizar los fines político-criminales del instituto. Por todos estos motivos, y dado que ambas interpretaciones son posibles, debemos elegir aquella que pueda ser aplicada de modo más racional, que evite la imposición de soluciones injustas que carecen de justificación y, adicionalmente, que permita alcanzar los fines propios del instituto.

Frente a los resultados injustos de la interpretación restrictiva, se propone que le corresponde a la doctrina y fundamentalmente, a la tarea de los jueces, buscar las soluciones ante dicha situación. Interpretando, en definitiva, que los delitos que contienen penas conjuntas de prisión e inhabilitación podrán suspenderse el proceso a prueba.

Un argumento adicional para restringir la excepción a los delitos con pena única de inhabilitación se vincula con la redacción del art. 26, CP, que regula la condenación condicional. El art. 26, párrafo III, CP, dispone que “... no procederá la condenación condicional respecto de las penas de... inhabilitación”. Ello significa que la condenación condicional permite dejar en suspenso la pena de prisión no mayor a tres años sin tener en cuenta la concreta existencia de una pena conjunta de inhabilitación. Ello implica que para el condenado, la excepción citada sólo exige el cumplimiento de

la inhabilitación sin impedir que se suspenda la pena de prisión, y ello sólo cuando ambas penas han sido efectivamente impuestas (Bovino A., 2001).

El ejemplo indica que es posible evitar el cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad -que se suspende condicionalmente, art. 26, párrafo I, CP- sin necesidad de ligar su destino a la eventual necesidad de imponer y hacer cumplir una sanción como la inhabilitación, aun en los casos en que esta última se considere indispensable.

La decisión de dejar en suspenso el cumplimiento de la pena, por otra parte, se aplica a personas que ya han sido condenadas, luego de un juicio rodeado por ciertas garantías. Sin embargo, a estas personas sólo se les impone, eventualmente, reglas de conducta (art. 27 bis CP) y la obligación de no cometer un nuevo delito.

El imputado que solicita la suspensión del procedimiento en su contra, a pesar de ser jurídicamente inocente, se halla en una situación más desventajosa que el condenado. Según algunas posiciones, la mera posibilidad de que corresponda condena por inhabilitación -cuando es alternativa- o, lo que es más grave, la mera presencia de la inhabilitación en el tipo penal invocado, aun cuando en el caso resulte, excluyen la suspensión del procedimiento íntegro. Esto es, la persecución penal que pretende tanto la imposición de la inhabilitación como la pena de prisión.

En consecuencia, el condenado por estos delitos tiene derecho a suspender el cumplimiento de la pena de prisión, independientemente del hecho de que la pena de inhabilitación se hubiera hallado prevista de manera alternativa o conjunta con la pena de prisión. Por otro lado, no pesa sobre él la necesidad de ofrecer y cumplir un acuerdo reparatorio. El imputado que se somete al régimen de la suspensión, por otro lado, tiene, además de las dos obligaciones previstas para la condenación condicional -reglas de conducta (art. 27 bis, CP), y no cometer nuevos delitos (art. 27, párrafo I,CP)-, el deber eventual de ofrecer y cumplir con un acuerdo reparatorio.

En conclusión, de la comparación de ambos regímenes legales surge claramente que contiene más requisitos el referido a la suspensión del procedimiento antes que el de la condenación condicional, Las principales diferencias son:

**a)** La condenación condicional se aplica luego de una sentencia condenatoria. La suspensión se aplica a persona aún no condenadas -inocentes-.



**b)** Si bien la pena de inhabilitación no se impone condicionalmente, ello no impide que la pena de prisión dictada en el mismo fallo no se suspenda de modo independiente. Aun en los casos en que se ha impuesto efectivamente la inhabilitación como pena principal conjunta, se suspende el cumplimiento de la privación de libertad. Según las opiniones más conservadoras, el simple hecho de que la pena de inhabilitación esté conminada en el tipo penal no permite que se aplique la suspensión del procedimiento, provocando una decisión eventualmente condenatoria. Aun si en el caso concreto no se pudiera aplicar o no se esperara la pena de inhabilitación, hay quienes sostienen que todos estos supuestos caen, también, en la excepción que impide aplicar la suspensión. (Bovino A., 2001).

**c)** Los requisitos a cumplir en la condenación condicional consisten en no cometer un nuevo delito y en respetar las reglas de conducta eventualmente impuestas. A estas dos obligaciones se les suma, en el caso de la suspensión del procedimiento, la obligación de reparar el daño causado por el delito. Ello significa que se imponen más exigencias a una persona inocente que a una persona ya condenada.

**d)** En síntesis, se puede afirmar que es más exigente el régimen legal previsto para la suspensión de la persecución de personas inocentes que el aplicable a la condicionalidad de la pena de prisión de personas condenadas. En el marco de la tesis restrictiva acerca de los supuestos legales del art. 76 bis, CP, por otra parte, esta mayor exigencia sobre los inocentes recae sobre delitos necesariamente menos graves que los que permiten la condenación condicional.

Según la tesis restrictiva, se requiere que el máximo de la pena privativa de libertad no exceda los tres años, que se repare o se acuerde reparar, que resulte procedente en el caso la condena condicional y, además, que se cuente con el consentimiento del fiscal. En consecuencia, la tesis restrictiva determina que sean los delitos menos graves los que puedan ser resueltos a través de la suspensión del procedimiento y, paradójicamente, que se impongan mayores exigencias al mecanismo jurídico que atiende los casos más leves.

## **1. El drama del Principio de Legalidad Procesal**

Uno de los fundamentos principales de nuestro marco normativo, que ha contribuido fuertemente a profundizar este drama, es la persecución penal pública

obligatoria de los delitos, regulado en el art. 71, CP. Desde el ámbito de la interpretación en nuestro derecho, este principio establece la obligación de los órganos del estado, consistente en el deber de promover la persecución penal de todos los hechos contrarios a la ley penal que vengan a conocimiento de los mismos. Los que no pueden dejarse de perseguir ni hacer cesar bajo ningún criterio.

Es decir, los órganos estatales están obligados, bajo este principio, a intervenir fehacientemente ante todo hecho punible. Asimismo, este principio implica que la persecución penal es ineludible para el Ministerio Público.

Este imperativo se sustenta en criterios con validez dudosa y acarrea consecuencias mayormente negativas. Respecto de ello afirma Maier, frente al “rechazo, al menos parcial, en el Derecho penal, de las teorías absolutas o retributivas sobre la pena y el ingreso masivo de teorías utilitarias para legitimar la pena y acordarle su fin, el principio de legalidad pierde todo sustento ideológico” (Maier, 1996, p. 831).

Otro problema que se presenta con este principio, consiste en la falsa creencia de que es posible que los órganos estatales apliquen el derecho penal de forma igualitaria y en todos los casos posibles. En términos experimentales, esta idea se ha demostrado que no se puede realizar, ya que la planificación político-criminal de nuestros Estados resulta imposible de alcanzar. Una prueba de ello es la “zona oscura de la criminalidad”, ya sea porque las víctimas consideran inútil denunciar, porque los hechos son insignificantes, por errores policiales o judiciales. Todo ello, sin dudas, desmejora la imagen y credibilidad de la población sobre la actuación de la policía y la justicia (Bovino A., 2001).

En este sentido, el imperativo del principio de legalidad procesal, además de inalcanzable, contribuye al desarrollo de prácticas de la justicia penal irracionales e ilegítimas. Al respecto advierte Sáenz:

Hasta el presente, hipócrita sería negarlo, han funcionado criterios informales de selección de los casos que procesa el sistema penal, ante la imposibilidad comprobada de atender a todos ellos. De este modo, durante décadas hemos asistido y participado a un doble discurso totalmente pernicioso para la sociedad: por un lado, la proclamación irrestricta de la legalidad procesal... por el otro, la salida de casos del sistema por efecto de un proceso informal de selección,

totalmente caótico e irracional, y con una carencia absoluta de criterios firmes (este proceso se realizaba, con la vieja ley procesal, especialmente por aplicación del sobreseimiento provisional). (SAENZ, 1994, p.950)

En referencia al mandato de persecución penal obligatoria en virtud de este principio, aparece este factor conocido como “selectividad” al proceso de selección, en mérito del proceso penal. Que básicamente establece de todos los casos posibles, los que serán efectivamente procesados, por eso González Álvarez señala que: “El problema de la obligatoriedad de la acción, entendida como contraria a la discrecionalidad y a la oportunidad, adquiere trascendencia por dos razones fundamentales. Por un lado no es reciente que los criminólogos hayan mostrado como la ley penal se aplica más enfáticamente contra determinados sectores de la sociedad, mediante un encubierto sistema selectivo, en el cual encuentra su mayor incidencia al principio de obligatoriedad”. (González Álvarez, 1996, p. 19)

A partir de este factor, hay una saturación en la justicia penal y contribuye a que el proceso de selección sea irracional. En efecto, es probable que en términos prácticos, el principio de legalidad procesal coopere en una tendencia a que la justicia penal intervenga en mayor grado, en los hechos menos graves como lo son los delitos contra la propiedad. Y recaiga su atención en perseguir de manera diferenciada a determinados sectores de la población. A causa de esto, el principio en cuestión obra como un obstáculo irracional al momento de la persecución penal del estado.

Otro problema, es el hecho de que este principio encuentra como única opción, imponer una sanción penal al ofensor, independientemente de las circunstancias en la comisión de un delito. En efecto, es un obstáculo para optar por otra vía que no sea la sanción penal, aun cuando las circunstancias del hecho permitan otro camino a tomar, ignorando además, los intereses y necesidades de la víctima del hecho delictivo.

## **2. El Principio de Oportunidad**

Este principio surge ante la imposibilidad de llevar a la práctica la persecución de todos los delitos que supone el principio de legalidad procesal. Según este, puede no iniciarse o suspenderse la persecución penal, por razones de conveniencia, de utilidad o de asignación de recursos. En cuanto a su aplicación, existen dos modelos, en uno de ellos la aplicación de este es la regla, en el otro es la excepción.

Bovino A. (2001) refiere que en los Estados Unidos, este principio se aplica como regla primaria del sistema penal y los tribunales lo han priorizado por sobre las leyes que establecen el carácter obligatorio de la persecución penal. En ese sentido, los fiscales actúan con sobrada discrecionalidad en su actividad persecutoria. Entonces, el fiscal estadounidense puede evaluar si existe causa probable para creer que un individuo ha cometido un delito y luego decidir si investiga, si inicia formalmente la persecución, si garantiza la inmunidad o si negocia con él. Asimismo, puede elegir que, cuando y donde formula los cargos.

El principio de división de poderes estadounidense, en el que la persecución penal es una tarea ejecutiva, es una de las causales de impedimento en las decisiones del fiscal, es decir, el poder discrecional de los fiscales en este aspecto no puede ser afectado por decisiones ejecutivas. Tampoco el tribunal puede influir en los motivos de oportunidad del fiscal, ya sea para abstenerse de la persecución o a favor de ella (Bovino A., 2001). La crítica a este modelo, pasa por el elevado nivel represivo que pueda resultar la persecución y por otro lado lo arbitrario que puede ser, quedando ello en el poder discrecional del fiscal.

En segundo lugar tenemos los países donde adoptaron el modelo de legalidad procesal en la persecución penal. En estos, el criterio de oportunidad puede ser aplicado excepcionalmente y en casos determinados por la ley. Este modelo es esencialmente opuesto al anterior, Guariglia dice al respecto:

Los poderes discrecionales del Ministerio Público se circunscriben a la posibilidad de renunciar a la persecución penal, no promoviendo la acción correspondiente, o desistiendo de su ejercicio, cuando esto le es permitido, si hubiera sido promovida; asimismo, las condiciones para la aplicación del principio de oportunidad se hallan taxativamente enumeradas en la ley y, por regla general, su ejercicio está sujeto a la aprobación del tribunal (Guaraglia, 1993, p. 92)

En efecto, las teorías utilitarias de la pena y las teorías preventivas son el fundamento para reconocer la aplicación del derecho penal como un instrumento orientado a la prevención de hechos sociales considerados disvaliosos. Maier considera respecto de este modelo:

Oportunidad significa, en este contexto, la 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, condicionada o incondicionada, por motivos de utilidad social o razones político- criminales. (Maier, 1996, p. 836)

En nuestro ámbito de Justicia Penal, este principio de oportunidad, se aplica en casos excepcionales y determinados por la ley, siendo el principio de legalidad procesal lo primero a tener en cuenta. En relación a esto último, Bovino refiere que: “Dos son los objetivos principales para que la aplicación de criterio de oportunidad se pueda convertir en un auxilio eficaz: la descriminalización de hechos punibles, evitando la aplicación del poder penal allí donde otras formas de reacción frente al comportamiento desviado pueden alcanzar mejores resultados o donde resulte innecesaria su aplicación”. (Bovino, 2001, p.34)

Este modelo de justicia penal también es propuesto por los derechos humanos internacionales reafirmando la necesidad de aplicar este tipo de excepciones al principio inquisitivo de la persecución penal obligatoria. Las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (reglas de Tokio), en su regla número 5 dispone lo siguiente:

Cuando así proceda y sea compatible con el ordenamiento jurídico, la policía, la fiscalía u otros organismos que se ocupen de casos penales deberán estar facultados para retirar los cargos contra el delincuente si consideran que la protección de la sociedad, la prevención del delito o la promoción del respeto a la ley y los derechos de las víctimas no exigen llevar adelante el caso. A efectos de decidir si corresponde el retiro de los cargos o la institución de actuaciones, en cada ordenamiento jurídico se formulará una serie de criterios bien definidos. En casos de poca importancia el fiscal podrá imponer las medidas adecuadas no privativas de la libertad, según corresponda.

El sistema penal debe ser apto como método de control social y tener como finalidad destrabar una justicia penal rebalsada. Debe posibilitar el tratamiento de aquellos hechos que deber ser solucionados fehacientemente por el sistema e intentar revertir la desigualdad que provoca la rigidez del principio de legalidad procesal.

Capítulo III: LA TESIS AMPLIA Y  
RESTRICTIVA EN CUANTO A LA  
INTERPRETACIÓN DEL ART. 76 BIS DEL  
CÓDIGO PENAL

## **Introducción**

En este capítulo, se analizarán de forma minuciosa los argumentos que sustentan, tanto el criterio amplio como el restrictivo respecto de la interpretación del Art. 76 bis del Código Penal. En su desarrollo, se darán sobradas razones para sustentar el criterio amplio. Entendiendo aplicable el instituto, tanto a los delitos previstos en los párrafos primero y segundo del artículo referido, como aquellos comprendidos en el cuarto párrafo y que no dependen del máximo de pena prevista en la ley.

### **3. Criterio “amplio” y “restrictivo” en cuanto a su interpretación**

#### **3.1- La tesis restringida**

A los fines de abordar este tema, compete hacer referencia a la doctrina establecida por el Acuerdo N° 1, en el plenario 5 de la C.N.C.P., “Kosuta, Teresa R. s/recurso de casación, del 17 de agosto de 1999”.

En el precedente se estableció como doctrina plenaria, por mayoría:

La pena sobre la que debe examinarse la procedencia del instituto previsto en el art. 76 bis y ss. del Código Penal, es la reclusión o prisión cuyo máximo en abstracto no exceda de tres años; que no procede la suspensión del juicio a prueba cuando el delito tiene prevista pena de inhabilitación como principal, conjunta o alternativa y que 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; y por unanimidad que: 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.

En ese fallo, una minoría apoyó la procedencia de la llamada tesis amplia, en contrapartida la mayoría se inclinó a favor de limitación de la aplicación del instituto a delitos reprimidos con pena de reclusión o de prisión cuyo máximo en abstracto no exceda de tres años.

Los razonamientos empleados para llegar a tal conclusión giran en torno a la circunstancia de que la introducción del instituto de la suspensión del juicio a prueba en nuestro cuerpo penal vigente, posibilita la descongestión de puntos críticos de la organización judicial argentina. A su vez tiene como finalidad evitar la imposición

innecesaria de penas a individuos que, encontrándose involucrados en delitos de gravedad mínima tipificados con penas cuyo máximo en la escala penal no supere los tres años de prisión (“insignificantes”, “de lesión mínima al orden jurídico”, “faltas de baja potencialidad ofensiva” o “delitos de bagatela”) se sometan a los requisitos previstos en dicha norma. Esta inteligencia se fundamenta, sobre todo, en el análisis del proceso legislativo que gestó la sanción de la ley 24.316 y en las manifestaciones vertidas en este sentido por los legisladores.

No obstante, aun considerando la ambigüedad que encierra los términos de la ley 24.316, Sayago en defensa de esta tesis plantea que:

Ante semejante elocuencia del texto de la ley, nos parece que las interpretaciones que amplían ese margen y por aplicación autónoma del 4º párrafo sostienen que también se concederá por delitos cuya escala penal sea superior al tope establecido en los primeros párrafos, cuando fuera factible la imposición, en el caso concreto, de una condena de ejecución condicional, está desvirtuando la norma, al permitir la suspensión del juicio a prueba en causas seguidas por delitos de mayor entidad penal a los tenidos en mira por el legislador. (Sayago, 1996, p.27)

En suma, siguiendo esa línea de argumento, surge una crítica a la aplicación de la suspensión del juicio a prueba para delitos con pena máxima de más de tres años susceptibles de condenación condicional. Esta se focalizó en que, ante su aceptación y de conformidad a la redacción del párrafo 4 del art. 76 bis del C.P., sería susceptible de aplicarse el instituto con el único requisito de conformidad fiscal sin que se exija la necesaria solicitud del interesado al respecto.

### **3.2- La tesis amplia y algunos razonamientos que la sustentan**

Se puede afirmar que es la posición que ostenta la aceptación mayoritaria, tanto desde la doctrina como desde la jurisprudencia en general. Mediante la utilización de argumentos que van desde la declaración de inconstitucionalidad del art. 10 de la ley 24.050, hasta considerar que el tema se encuentra vinculado con el ejercicio de la acción penal en cabeza del Ministerio Público Fiscal. Asimismo, que la conformidad con la concesión del beneficio se relaciona directamente con la normativa del art. 120 de la



C.N., la suspensión del juicio a prueba es práctica cotidiana en la mayoría de nuestros tribunales orales (García Lois, 2009).

Son muchos los argumentos que apoyan esta postura. A modo de síntesis, en esta línea argumentativa corresponde reseñar la postura sustentada en el fallo “Kosuta” por el voto minoritario de los Dres. Casanovas y Tragant.

Respecto a la aplicación de la tesis amplia, argumenta García Lois que:

Los magistrados sostuvieron que 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 drogodependientes; así como también que la incorporación de este tipo de medidas debe enfocarse desde la perspectiva de la búsqueda de la economización y racionalización de la intervención penal, como además, la valoración negativa de los fines de la pena privativa de la libertad como la “reina de las penas. (García Lois Adrián J., 2009, p. 39)

Como primer razonamiento a favor de la tesis amplia, en cuanto a la mayor probabilidad que esa interpretación ofrece para realizar los fines político-criminales del instituto. Quizá sea por esta razón, que la jurisprudencia haya aplicado este criterio, al menos en cierta medida. De acuerdo con esto, el texto legal solo permite una interpretación posible, pues tanto el párrafo I como el párrafo II del art. 76 bis CP, comprenden casos que prevén pena de reclusión y considerando que dicha pena no es susceptible de condena condicional, el párrafo IV excluye toda posible vinculación con los supuestos de los párrafos I y II.

Respecto de esto, Bovino argumenta lo siguiente:

No se puede sostener que la suspensión se aplica a delitos con pena de prisión o reclusión no mayor de tres años que, además, permitan la condena condicional pues la reclusión no admite esa posibilidad. Si la condenación condicional del párrafo IV es solo una exigencia adicional a los casos de los dos primeros supuestos, la referencia que ellos contienen a la pena de reclusión carece de todo sentido. Es impensable que el legislador defina dos grupos de casos que autoricen la aplicación del instituto – delitos con pena de prisión y delitos con

pena de reclusión- y, posteriormente, imponga una condición exigible a ambos grupos que tenga el efecto de eliminar íntegramente uno de los dos grupos definidos como supuesto de aplicación –delitos con pena de reclusión-. Si esa hubiera sido la intención del legislador, se debería haber evitado, necesariamente, la referencia a los delitos con pena de reclusión. Difícilmente se puede sostener que se trata de un error del legislador, especialmente si se tiene en cuenta que se menciona la pena de reclusión en dos oportunidades (art. 76 bis, párrafos I y II, CP). (Bovino A. 2001, p. 54)

En contra del argumento anterior se suele objetar la opinión de algunos legisladores durante la discusión parlamentaria o, también, la aserción de que ella es diferente al criterio del legislador. Así, por ejemplo, se señala que la tesis amplia “está desvirtuando la norma, al permitir la suspensión del juicio a prueba en causas seguidas por delitos de mayor entidad penal a los tenidos en mira por el legislador” (Sayago, 1996, p.27). En este sentido se han pronunciado todas las salas de la CNCP. Para fundar el criterio restrictivo, la Sala I dijo:

Fallo “Aquilino” de la Sala I de la CNCP dictado el 13/3/98: ... no procede la aplicación de la suspensión del juicio a prueba cuando la escala penal abstracta –escala legal- supera los tres años de reclusión o prisión prevista para el delito de que se trata.

Fallo “Ponce” de la Sala I de la CNCP dictado el 5/6/97: ...sin que haya mediado opinión doctrinaria autorizada, puede sostenerse que de los argumentos que se apoyan en los antecedentes parlamentarios....

En otro orden de ideas, si se piensa en “la voluntad del legislador”, además de ser un concepto ambiguo, no libera de la exigencia de respetar la decisión efectivamente plasmada en el texto legal. Más allá de lo que se puede decir respecto de esa “voluntad del legislador”, Solo se puede conocer la opinión de quienes se expresaron. Aun cuando se pudiera conocer la voluntad de quién haya propuesto o redactado personalmente la ley, nunca se podría saber qué fue lo que creyeron aprobar los demás.

En el supuesto que el legislador haya tenido la intención de restringir un derecho y, sin embargo, lo plasmó en el texto finalmente aprobado, su pretensión carece de relevancia en la misma medida en que difiera del contenido expresado del texto legal. La práctica de invocar la supuesta intención del “legislador” para ignorar derechos

establecidos legalmente se distingue sustancialmente de aquella otra que implica la aplicación y el respeto de derechos expresamente reconocidos por el ordenamiento jurídico. La distancia entre ambas prácticas es tan grande como la que separa el valor reconocido a la voluntad de los gobernantes de un Estado absoluto o en un Estado de derecho. Si no fuera necesario objetivar las decisiones políticas en los textos jurídicos, el Estado de derecho carecería de significado y de sentido (Bovino, 2001).

Al fin y al cabo, cabe preguntarse porque misteriosas razones algunos intérpretes que acuden al sentido pretendidamente literal de ciertas reglas jurídicas, o a la indescifrable “voluntad del legislador”, se olvidan completamente de esa técnica de interpretación cuando deben asignar sentido a disposiciones que protegen los derechos del imputado. ¿Por qué, a pesar de que el art. 18, CN, prohíbe literalmente, y en términos absolutos, la posibilidad de imponer una pena antes de un juicio previo, se justifica la regulación legal del encarcelamiento preventivo como regla?

Esta tesis amplia también es apoyada en la manera en que el Instituto está regulado en la legislación comparada, por ejemplo, en el nuevo CPP Costa Rica se regula la suspensión del procedimiento a prueba en sus artículos 25 a 29. El art. 25 dispone que “en los casos en que proceda la suspensión condicional de la pena, el imputado podrá solicitar la suspensión del procedimiento a prueba”. En el mismo sentido regulan la procedencia del instituto el CPP El Salvador art. 22) y el CPP Guatemala (art. 27).

Ese ordenamiento permite establecer un ámbito de aplicación objetivo del instituto atendiendo a la gravedad del caso concreto. Los defensores de la tesis restrictiva pretenden considerar de manera exclusiva a la pena abstracta prevista para el hecho imputado. Si la finalidad es lograr construir una política de persecución penal igualitaria, racional y acorde con las exigencias del Estado de derecho, es fundamental dar tratamiento igualitario a los casos similares.

En este sentido, la única manera de definir el ámbito de aplicación de la suspensión del procedimiento penal a prueba, atendiendo a la gravedad del hecho imputado, consiste en la consideración de la pena concreta eventualmente aplicable al caso, según sus circunstancias particulares.

Uno de los elementos que definen la gravedad del delito imputado es la escala penal que se le atribuye. La amplitud de las escalas legales, junto con los demás aspectos que determinan la gravedad de un caso concreto, sin embargo, relativizan su importancia, diversas reglas jurídicas alteran o minimizan el valor de la pena conminada en abstracto en el tipo penal.

En consecuencia, Bovino A. (2001) plantea que las reglas de la tentativa, de la participación y de la responsabilidad personal pueden alterar la escala penal. La gravedad del ilícito, la magnitud de la culpabilidad y las demás circunstancias que influyen sobre la determinación judicial de la pena, por su parte, pueden minimizar el valor indicativo de la pena máxima respecto de la gravedad del hecho concreto. En efecto, se debe reconocer la validez de la tesis amplia, no solo por el hecho de permitir el tratamiento igualitario de los casos penales atendiendo a sus circunstancias concretas sino porque representa la única interpretación posible del texto legal.

En definitiva, se puede decir que la tesis amplia es idónea para administrar de manera óptima los recursos de la justicia penal, ya que sería infructuoso todo el desgaste jurisdiccional que produce un proceso que en el peor de los casos, concluirá con el dictado de una pena de ejecución condicional.

### **3.3- Procedencia según la tesis amplia**

García (1996) señala que, según la tesis amplia, el primer supuesto no exigiría consentimiento del fiscal, y que por ello los jueces podrían suspender un proceso sin conformidad del fiscal, en contra del artículo 12, CN, y del art. 5 CPPN.

En referencia al primer supuesto del Art. 76 bis del C.P., algunos de los que adhieren a la tesis amplia, postulan que no requiere del consentimiento fiscal. En el primero y en el segundo supuesto, el tribunal debe verificar el requisito legal de la escala penal abstracta del hecho imputado, y realizar el análisis de razonabilidad de la oferta reparatoria. Hasta aquí, tales actividades no pueden ser consideradas ilegítimas, pues aun los partidarios de la tesis restrictiva reconocen que ambas funciones están a cargo del tribunal. Hecho esto, el juez no cuenta con discreción alguna para decidir sobre la procedencia de la suspensión, sino que debe otorgarla (Bovino, 2001).

Ello supone que en el texto de la ley el legislador tomó la decisión de suspender el procedimiento en caso de proceder esos requisitos. La única forma de impedir la

intromisión del tribunal en una decisión acerca de la persecución se vincula a aquellos casos que no cuentan con parámetros legales sobre los cuales el tribunal debe tomar su decisión. Otra cuestión sería cuando el legislador impone la verificación de criterios objetivos, definidos legalmente, para poner límites a la persecución.

Ejemplo del párrafo precedente, se haya en las excusas absolutorias, en las que el legislador ha formulado un juicio sobre la inconveniencia político-criminal acerca de la persecución de ciertos hechos definidos como punibles. Por este motivo, el tribunal no puede depender de la opinión del fiscal para no imponer la pena en este tipo de casos, lo mismo sucede por ejemplo, con la decisión político-criminal de no perseguir ciertos delitos patrimoniales entre parientes, contemplados en el art. 185 del CP.

Por otra parte, resulta un tanto inconsecuente afirmar que la decisión del tribunal de conceder la suspensión vulnera el art. 120 de la constitución nacional y, al mismo tiempo, admitir la validez de procesamientos, encarcelamientos preventivos y elevaciones a juicios dictadas de oficio por los tribunales penales. Decisiones todas ellas manifiestamente persecutorias que ninguna relación pueden tener con la función judicial.

### **3.4- La finalidad del instituto según la tesis amplia**

Una de las metas principales en la defensa de la tesis amplia es descongestionar el volumen que representa el trabajo judicial. En contrapartida se podría decir que el ahorro de trabajo resulta ficticio ya que este se traslada a los tribunales de ejecución, lo que significa que la prescripción de las causas resultaría más efectiva.

La tesis amplia puede fundarse, como de hecho sucede, atendiendo primordialmente a los intereses del imputado y de la víctima. Estos intereses pueden ser protegidos con absoluta independencia del ahorro de actividad jurisdiccional. Aun así, tales intereses, considerados prioritarios, podrían ser protegidos de manera tal de beneficiar, además, a la administración de justicia, ordenar la suspensión en las etapas iniciales del proceso, imponer reglas de conducta solo excepcionalmente.

Lo que sí es seguro es que la tesis amplia ahorra más esfuerzos y de manera más racional. Ello pues las decisiones de los fiscales deberían ajustarse, entre otros criterios, al de concentrar los recursos limitados teniendo en cuenta las particulares necesidades preventivas locales y temporales. Sólo así la suspensión, cumpliendo sus fines

principales, podría colaborar, también, a racionalizar la organización de la función persecutoria

### **3.5- Principio de legalidad procesal e interpretación extensiva**

Partiendo de la base de que la suspensión del procedimiento es una institución comprendida en el concepto de principio de oportunidad, García sostiene:

Puesto que el principio de oportunidad es una excepción al de legalidad que impone perseguir todos los delitos de acción pública, porque en ese caso no se afecta la prevención general positiva, la excepción no tolera interpretaciones extensivas que perjudiquen esa finalidad. (García, 1996, p. 339).

Bovino (2001) refiere respecto del párrafo precedente que la calificación del principio de legalidad procesal como regla y del principio de oportunidad como excepción a dicha regla no autoriza a extraer las conclusiones que se formulan en el párrafo transcripto.

La interpretación extensiva es perfectamente válida en el ámbito del derecho penal -en sentido amplio, esto es, abarcando el derecho sustantivo, formal y penitenciario-, a menos que exista una regla jurídica válida que requiera atenerse a la interpretación restrictiva- art. 2 del CPPN-. Tanto en el caso de la interpretación restrictiva como en el de la declaración extensiva, el intérprete aplica una solución comprendida por la norma, esto es, cuando la regla jurídica de que se trate abarca el supuesto al cual se aplica. La diferencia entre interpretación restrictiva y extensiva no se vincula a supuestos ajenos al conjunto de supuestos abarcados por la norma en cuestión.

En el caso de la interpretación extensiva, se trata de interpretar la norma de manera tal que el resultado de la interpretación permite aplicar la solución contenida en ella al mayor grupo de casos posibles, pero, todos ellos, comprendido en el conjunto de casos definidos por la regla.

Así por ejemplo, frente a una norma que prohíba ingresar a un autobús con “armas”, la interpretación extensiva permite afirmar que la prohibición abarca todos los casos en los cuales alguien pretenda ingresar con algún objeto que coincida con la definición regular del término “arma” – v. gr., un arma de fuego, un arma blanca, una

granada-. Sin embargo, dejaría de utilizarse la interpretación extensiva si la prohibición se extendiera a lo que la jurisprudencia ha denominado “arma impropia” –v. gr., un bate de béisbol-, pues allí se trataría, claramente, de aplicación analógica (Bovino A, 2001).

En efecto, solo debería aplicarse el criterio de la interpretación restrictiva, si en el marco normativo vigente existiera una norma que ordenara expresamente dicha interpretación para la suspensión del proceso a prueba. En este sentido, el criterio restrictivo propuesto por García supra, no está avalado por ninguna regla jurídica vigente. Contrariamente, la solución de nuestro marco jurídico es aplicar el principio de que la regla especial prevalece sobre la regla general. Ello significa que en el instituto de la suspensión del proceso penal a prueba, al contener reglas especiales, ellas deben ser aplicadas en todos los casos comprendidos.

Por otro lado, es importante tener en cuenta que el instituto de la suspensión del procedimiento penal se haya fundamentado sobre criterios político criminales opuestos al principio de legalidad procesal. Así que, en sentido opuesto a lo que propone García, no sería consistente aplicar ese modelo de derecho penal que se pretende reemplazar.

Los criterios de oportunidad tienen su origen en la necesidad de subsanar las consecuencias dañinas de principios tales como el de legalidad procesal. Resulta descabellado tener que recurrir a pautas fundamentales de la persecución penal pública y obligatoria, cuyos defectos el principio de oportunidad pretenden revertir

Más allá de todo eso, el principio de legalidad procesal es sólo un principio político del derecho penal sólo establecido con rango legal, con excepción de algunos supuestos especiales.

**Capítulo IV: DISPOSICIONES PROCESALES  
QUE REGULAN EL INSTITUTO, DOCTRINA Y  
JURISPRUDENCIA.**



## **1. Doctrina y Jurisprudencia**

### **1.1- Autores de renombre, partidarios de la tesis amplia**

Ricardo O. Sáenz (1994) hace una distinción entre los supuestos contenidos en los primeros 3 párrafos del art. 76 bis y el del cuarto párrafo diciendo lo siguiente: “partiendo de la distinción entre diversion y probation, la ley prevé claramente dos supuestos. En efecto, en los tres primeros párrafos del artículo hace referencia a la suspensión conocida como “diversion” durante la primera etapa, es decir, la instrucción. En cambio, al momento de referirse a la suspensión del juicio, el Código dispone que el tribunal, con el consentimiento del fiscal, pueda suspender la realización del debate, si las circunstancias del caso permitirán dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable. En efecto podrían comprenderse delitos cuyo máximo supere los tres años (por ej. robo en poblado y en banda, tenencia ilegítima de arma de guerra, etc)”. (p.1.)

Se puede inferir en el argumento de Sáenz una concepción amplia más ajustada a nuestro derecho positivo y a la finalidad del instituto en el sentido de su aplicabilidad en cualquier delito que proceda la condena condicional.

Olazábal (1994) postula que la suspensión es procedente para cualquier delito mientras sea posible para condena condicional. Argumenta que la reforma comprende aquellos casos en los cuales la pena, es la que se perciba como aplicable en el caso concreto, aunque pudiera haber sido mayor desde el punto de vista abstracto. Esta interpretación la sustenta “sin por ello restringir la aplicabilidad de la probación a los apelados delitos correccionales, puesto que, ya hemos visto, es posible por otras vías ampliar el campo de vigencia de la probación hacia delitos que en su conminación abstracta superan los tres años de reclusión o prisión, siempre que ese tope en la pena se perciba como concretamente aplicable al caso” (Olazábal Julio de, 1994, p.51).

Cabe destacar la interpretación amplia que defiende este autor, ya que considera que el instituto de la probation es procedente a cualquiera delito que tenga previsto en la ley un máximo de prisión mayor a tres años, con lo cual sustenta la finalidad político-criminal de la reforma, adhiriendo también al criterio amplio de interpretación.

La tesis amplia también es sustentada por Bovino (1991), quién sostiene que aun cuando el máximo de la pena aplicable al delito en cuestión exceda de los tres años, el párrafo 4 del art. 76 Bis del C.P. permite la suspensión del juicio. Cuando haya consentimiento del fiscal y cuando las circunstancias del caso permitieran dejar en

suspensión el cumplimiento de la condena aplicable. Para el primer grupo de delitos no se requiere el consentimiento fiscal ya que ese grupo engloba delitos de escasa gravedad. Es decir, son aquellos previstos en la ley cuyo máximo de la pena privativa de libertad aplicable no exceda de tres años. Por este motivo, el legislador formuló el juicio de oportunidad sobre la conveniencia político-criminal de suspender la persecución penal. Para el segundo supuesto, es lógico requerir el consentimiento del fiscal, ya que el legislador confirió el juicio de oportunidad debido a que puede abarcar delitos de relativa y mediana gravedad.

## **1.2- Antecedentes Jurisprudenciales que consagran ambos criterios de interpretación**

CNCP, Sala I “Luongo, Miguel y otros s/ recurso de casación”, (22/6/06)

1. Cabe dejar sin efecto la sentencia que concedió la suspensión del juicio a prueba a quien se encontraba imputado en orden al delito previsto en el art.302, inc. 3° del Cód. Penal pues, siendo que la pena máxima prevista para dicho delito excede los tres años de prisión y conlleva además inhabilitación especial, resulta aplicable la doctrina sentada por la Cámara Nacional de Casación Penal en el plenario “Kosuta” en cuanto impide otorgar dicho beneficio cuando el delito atribuido prevé una pena máxima en abstracto que excede los tres años o tiene a la inhabilitación como pena principal, conjunta o alternativa.

2. El hecho de que el fiscal haya prestado su conformidad para el otorgamiento de la suspensión del juicio a prueba no implica que el ejercicio de la acción penal se encuentre suspendido desde que, atento a lo dispuesto por la doctrina plenaria sentada por la CNCP en el precedente “Kosuta”, la opinión del fiscal es vinculante para el tribunal cuando se opone a la concesión del beneficio, y no cuando está de acuerdo.

CNCP, Sala I, 29/05/06, “Beer, Rodolfo D. S/recurso de Casación”

1. Cabe dejar sin efecto la sentencia que concedió la suspensión del juicio a prueba a quien se encontraba imputado en orden al delito de lesiones graves pues, siendo que la pena máxima prevista para dicho delito excede los tres años de prisión, resulta aplicable la doctrina sentada por la CNCP en el plenario “Kosuta” en cuanto impide otorgar dicho beneficio cuando el delito imputado prevé una pena máxima en abstracto que excede los tres años.

2. Los fallos plenarios dictados por la Cámara de Casación Penal en ejercicio de la facultad-obligación consignada en el art. 10 de la Ley 24.500, no constituye una arrogación de facultades legislativas sino que, importa el dictado de una jurisprudencia clara que otorga certeza al justiciable y tiende al respecto del principio de igualdad ante la ley.

Cpen., Jujuy, Sala I, 27/3/06, “Durán, Elías J.”

1. Cabe hacer lugar a la suspensión del juicio a prueba solicitada por quien se encuentra procesado en orden al delito de estafa pues, la concesión de dicho beneficio debe supeditarse a la pena que se considere aplicable en el caso concreto, aunque en abstracto ésta supere el máximo de tres años de prisión o reclusión.

2. El art. 76 bis, párrafo 4, CP, está destinado a los delitos cuyas penas en abstracto superan los tres años, y siempre que el juez estimare que ante una eventual condena ésta podría ser de ejecución condicional.

3. La concesión de la suspensión del juicio a prueba debe atender a la naturaleza del hecho, a la personalidad del autor y a las circunstancias previstas en el art. 41, inc. 1 y 2 del CP ya que, no siempre un hecho subsumido en una figura penal cuya escala no supera los tres años debe ser susceptible de una condena de ejecución condicional, así como, ciertos hechos cuyas penas superan ese tope legal pueden ser pasibles de ese tipo de condena.

4. La suspensión del juicio a prueba solo puede otorgarse cuando la escala penal correspondiente al delito imputado no supera en su máximo los tres años de prisión o reclusión.

STJ, Chaco, Sala II en lo Criminal y Correccional, 30/06/05, “Silguero, Claudio A.”

1. Los párrs. 1 y 2 del art. 76 bis del CP establecen la procedencia de la suspensión del juicio a prueba respecto de los delitos reprimidos con una pena menor de tres años, mientras que el cuarto párrafo de la citada norma extiende la procedencia del beneficio a supuestos en los cuales la pena en abstracto supera ese tope pero pudiere corresponder en concreto una pena en suspenso.

2. El hecho de que la ley 25087 al reformar el art. 132 del CP faculte al tribunal a disponer la suspensión del juicio a prueba en caso de avenimiento entre la víctima

mayor de 16 años y el imputado por uno de los delitos descriptos en los arts. 119, 120 y 130 del citado ordenamiento, permite interpretar que, a través de aquella ley posterior, el Congreso de la Nación ha dejado en claro que el instituto procede en supuestos en los cuales la pena en abstracto es mayor a tres años.

C 1ra Crim., General Roca, 7/10/06, “Alvarez, Cristina C.”

1. Cabe conceder la suspensión del juicio a prueba solicitada por quien se encuentra imputado en orden al delito de falso testimonio ya que, el art. 76 bis, párr. 8° del CP solo prohíbe el otorgamiento del beneficio cuando la pena de inhabilitación esta prevista como pena única.

2. Sostener que la pena de inhabilitación en forma alternativa o conjunta impide el otorgamiento de la suspensión del juicio a prueba, llevaría a la disvaliosa consecuencia de que resultarían incluidos muchos delitos dolosos y excluidos otros culposos, es decir que, se favorecería a los imputados por delitos más graves en desmedro de los menos graves, consagrándose así una solución irrazonable.

3. La pena de inhabilitación como principal es la única que impide el otorgamiento de la suspensión del juicio a prueba desde que ello implica interpretar el art. 76 bis, párr. 8° del CP de la forma que mejor se concilia con el principio de mínima intervención penal.

SCJ, Salta, 12/7/06, “Toledo, Ramiro R. s/recurso De casación

1. La posibilidad de aplicare el instituto de la probation a los casos en los que el delito imputado tenga como pena accesoria la inhabilitación –en el caso, lesiones culposas- se condice con una interpretación del texto legal de aplicación que no implica, en modo alguno, ejercer facultades legislativas por parte de los jueces.

2. Si se acepta que el Instituto de la probation es un instrumento adecuado a los fines que el legislador se fijó para su implementación, los que pueden sintetizarse como la necesidad de racionalizar la respuesta penal ante “el delito”, una interpretación que recepte los extremos señalados es aquella que solo ve en el último párrafo del art. 76 bis del CP una limitación a la admisibilidad de la suspensión del juicio a prueba –en el caso, se trataba del delito de lesiones culposas-, cuando el delito imputado prevea pena única de inhabilitación y no cuando la prevé en forma conjunta.

3. La suspensión del juicio a prueba es procedente cuando el delito prevé pena de inhabilitación en forma conjunta con la de privación de la libertad –en el caso, se trata de delito de lesiones culposas-, pues que la pena de inhabilitación no admita su ejecución condicional no contradice ni impide que se puedan fijar reglas de conducta de naturaleza similar, a los fines de someter a prueba al imputado y así obtener su voluntaria actuación para reivindicar la vigencia de la norma afectada, de conformidad a lo establecido por el art. 301 del CPP de la Provincia de Salta

4. La tendencia moderna, tanto doctrinaria como jurisprudencial, se orientan en sostener que solo se encuentran excluidos de la posibilidad de suspender con pena de inhabilitación –en el caso, se trata de un proceso por el delito de lesiones culposas-, pues no resulta razonable ni concuerda con el régimen establecido en el art. 76 bis del CP que los delitos sancionados con pena privativa de libertad resulten excluidos debido a que tienen también prevista una pena de menor gravedad como la inhabilitación, máxime si ésta puede hacerse efectiva en el marco de la “probation”, como una regla de conducta, siempre y cuando el imputado así lo solicite libremente (del voto del Dr. Román).

5. Si el art. 76 bis del Cód. Penal, en su último párrafo, dispone que no procederá la suspensión del juicio a prueba respecto de los delitos reprimidos con pena de inhabilitación- en el caso, se trata de delitos de lesiones culposas-, los supuestos disensos que la doctrina ha puesto de manifiesto entre la excepción consagrada y la teleología del instituto representan razones que pudieran hacerse valer de cara a una eventual reforma legal, pero en modo alguno pueden admitirse para modificar el sentido de una disposición que aparece como clara y expresa (del voto en disidencia de la Dra. Garrós Martínez).

6. Resulta inadmisibles la suspensión del juicio a prueba cuando la pena de inhabilitación se encuentra prevista en forma conjunta con la privativa de libertad –en el caso, se trata de lesiones culposas-, pues si se recurre a la voluntad del legislador como medio para la mejor inteligencia del sentido de la norma, este método hermenéutico viene por añadidura a reforzar su claridad, con el resultado de tornar inviable, que, por vía pretoriana, se establezcan interpretaciones abrogatorias de la norma que consagra la excepción a la procedencia del instituto (del voto en disidencia de la Dra. Garrós Martínez).

7. No existe afectación al derecho de igualdad porque se establezca la improcedencia de la suspensión del juicio a prueba en supuestos en los cuales la pena de inhabilitación se encuentra prevista en forma conjunta con la de prisión o reclusión –en el caso, se trata de un proceso por lesiones culposas-, pues el distingo legal tiene un motivo concreto, consistente en garantizar que se imponga efectivamente una interdicción a determinada actividad que aparece directamente vinculada con el delito, lo que solo puede lograrse si el hecho es concretamente juzgado y si respecto de él, recae sentencia condenatoria (del voto en disidencia de la Dra. Garrós Martínez)

8. La interpretación restrictiva del art. 76 bis del Cód. Penal, en cuanto resulta improcedente la suspensión del juicio a prueba cuando el delito investigado prevé pena de inhabilitación, ya sea en forma conjunta o única –en el caso, se trata del delito de lesiones culposas-, guarda absoluta coherencia con el resto del ordenamiento jurídico y particular concordancia con el art. 26 del mismo ordenamiento, que expresamente establece la exclusión de la condena condicional respecto de las penas de multa o inhabilitación (del voto en disidencia de la Dra. Garrós Martínez).

TSJ, Córdoba, Sala Penal, 10/2/06, “Melchior, Angel A.”

1. Corresponde denegar la suspensión del juicio a prueba solicitada por quien se encuentra imputado en orden al delito de homicidio culposas desde que, la oposición del fiscal a la concesión de dicho beneficio resulta vinculante para el juez, en tanto se funda en la falta de consentimiento del imputado a cumplir una regla de conducta que implique una restricción a su actividad profesional equivalente a la derivada de la pena de inhabilitación

2. A efectos de que la negativa del fiscal respecto a la solicitud de la suspensión del juicio a prueba sea vinculante para el juez, es necesario que dicho dictamen cuente con fundamentación suficiente.

3. La suspensión del juicio a prueba resulta procedente respecto de cualquier delito reprimido con pena de inhabilitación y, no solo ante los cometidos empleando automóviles, en la medida en que el interés general es neutralizar el riesgo de continuidad de la actividad pueda garantizarse eficazmente mediante la imposición de una regla de conducta que impida tal desempeño, ello margen de la medida cautelar del art. 361 bis del CPP, Córdoba.

1. Corresponde casar la sentencia por la cual se rechazó la suspensión del juicio a prueba sobre la base de un dictamen fiscal denegatorio, toda vez que este no resulta vinculante para el juez en tanto se aparta de la doctrina sentada por el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba en orden a la procedencia del referido instituto para los delitos reprimidos con pena de inhabilitación –en el caso, homicidio culposo agravado- sin desarrollar argumentos que, por su carácter novedoso, no hayan sido considerados aun por el mencionado cuerpo.

2. A partir del rango constitucional de los principios de mínima suficiencia y de máxima taxatividad interpretativa, las disposiciones legales relativas al requisito de la pena a considerar a los fines de la procedencia de la suspensión del juicio a prueba, no pueden interpretarse haciendo eje en la literalidad del primer y segundo párrafo del art. 76 bis del CP, sino que la jerarquía constitucional de los mencionados principios obliga a la adopción de la tesis amplia.

3. La alusión a la pena de reclusión consignada en el art. 76 bis del CP no desarmoniza con la posterior remisión que la ley penal efectúa a los requisitos propios de la condena de ejecución condicional, por cuanto la pena de reclusión nunca se establece como pena única, sino que siempre figura como alternativa a la prisión.

4. Siendo el instituto de la suspensión del juicio a prueba una manifestación del principio constitucional de mínima suficiencia, implicaría un contrasentido que un tribunal, aunque estimara prima facie procedente la condena condicional a favor de un imputado antes del inicio del debate, no pudiera otorgarle dicho beneficio y debiera proseguir el juicio, arribando a una condena que hubiese podido evitarse.

5. Si bien la procedencia de la probation siempre exige una hipotética condena condicional y, por ende, una posible futura condena a pena de prisión no mayor a tres años, pueden existir supuestos frente a los cuales procederá la condena condicional y no el beneficio previsto en el art. 76 bis del CP, ello por ejemplo, cuando la oferta de reparación resulta irrazonable o ha participado en el delito un funcionario público en el ejercicio de sus funciones.

6. Cuando la víctima manifiesta haber sido indemnizada por el daño sufrido a raíz del hecho atribuido el acusado –en el caso, homicidio culposo-, carece de sentido

exigir un ofrecimiento de reparación como condición de la suspensión del juicio a prueba, sin perjuicio de que no basta con la declaración unilateral del imputado en el sentido de que ha satisfecho el perjuicio ocasionado, sino que es necesario dar audiencia a la víctima.

7. El art. 76 bis del CP exime al acusado de efectuar la oferta de reparación del daño causado si la víctima ya ha sido indemnizada, pues una interpretación contraria implicaría propiciar una situación de enriquecimiento sin causa por parte de las víctimas que manifestaron haber sido ya satisfechas en su derecho.

8. La indemnización pagada por el asegurador a los familiares de la víctima de un accidente de tránsito resulta apta para tener por satisfecho el requisito consignado en el art. 76 bis del CP, ya que quien hizo efectiva la reparación no reviste la calidad de tercero ajeno, sino que estaba obligado a pagar dicha suma en virtud de la relación contractual que lo unía con el imputado.

9. Cabe denegar la suspensión del juicio a prueba solicitada por quien se encuentra imputado en orden al delito de homicidio agravado, reprimido con una pena de prisión de dos a cinco años, toda vez que a efectos de evaluar la procedencia de la probation debe tenerse en cuenta la escala penal en abstracto prevista para el delito atribuido, cuyo máximo no debe ser mayor a tres años de prisión o reclusión (del voto en disidencia de la Dra. Battistelli).

## **2. Legislación comparada y experiencias en otros países**

Desde su aparición en el mundo jurídico, la figura ha evolucionado bastante y ha originado otros sistemas concebidos dentro de los denominados modos alternativos de prisión. Las últimas noticias provenientes de Inglaterra, según Cid Moline y Larrauri Pijoan, expresan que la tradicional probation anglosajona, a partir de la Criminal Justice Act de 1991 ha sufrido, al menos en Inglaterra, modificaciones significativas. Ahora, en ese país, la probation se impone como una de las llamadas “condenas comunitarias” y requiere para su imposición que el delito sea lo suficientemente grave como para imponer tal condena (pues en caso de no ser así debería dictarse la dispensa de pena o la multa). De entre las sanciones comunitarias debe acogerse aquella que sea más idónea para el ofensor y requiere su consentimiento. La duración de la condena es de seis



meses a tres años y, durante el período que el Juez o Tribunal determine, el condenado debe asistir a los encuentros con el agente de probation y, en su caso cumplir alguna o algunas de las obligaciones específicas que se le hayan impuesto, tales como la residencia en un albergue de probation, la participación en determinadas actividades, o la obligación de someterse a tratamiento psiquiátrico o de deshabitación (Cid Moline, Larrauri Pijoan E., 1997).

El incumplimiento de las obligaciones mencionadas puede comportar la imposición de una multa o de un trabajo en beneficio de la comunidad o revocación de la probation. La comisión de un nuevo delito no se considera incumplimiento pero permite la revocación de la condena de probation y la imposición de un nuevo castigo por el delito que cometió.

Ahora bien, en el llamado sistema continental, basado en el modelo franco-belga de la “sursis”, el Juez o Tribunal, dicta la sentencia que ha de contemplar necesariamente no solo la declaración de culpabilidad, sino también la condena y la pena impuesta y lo que se deja en suspenso es la ejecución de dicha pena, normalmente privativa de la libertad. Si el reo no vuelve a delinquir en el plazo que se determine, la pena queda remitida, aunque en principio queda subsistente la anotación en el Registro de antecedentes correspondiente. No es frecuente en este tipo de sistemas la imposición de reglas de conducta o condiciones distintas de la no volver a delinquir, pero en cualquier caso, cuando tal posibilidad existe, estas se hallan taxativamente recogidas en la ley (Cid Moline, Larrauri Pijoan E., 1997).

Si bien el término no es el más correcto, en España la institución que más claramente puede referirse al terreno del sometimiento a prueba para evitar la privación de libertad es la suspensión condicional de la pena, conocida como “condena condicional”, prevista en el Código Penal Art. 92, I que utiliza esta última expresión, aunque también la de “remisión condicional”. Al acordarse esta medida se pronuncia el fallo de culpabilidad y se dicta condena que produce unos determinados efectos, mientras que lo que se remite o suspende es únicamente la ejecución de la privación de libertad. Es importante saber que puede suspenderse por un plazo de dos a cinco años, determinándose el tiempo “atendidas las circunstancias del hecho y la duración de la pena impuesta”.

En Italia, la tradicional institución de la suspensión condicional de la pena, prevista en el Código Penal italiano, ha sido reformada por un Decreto Ley del 11 de abril de 1974, n. 99 convertido en Ley el 7 de junio de 1974, n.220) y por la Ley de “Modificación del sistema penal”. Lo que han modificado estas leyes, es el límite de las penas que pueden ser suspendidas, ampliándolas hasta dos años, con ciertas variaciones a favor de menores de edad. En todos los casos la suspensión se mantiene durante cinco años si la condena es por delito, pero durante dos años si es por contravención. El art. 164 exige como presupuesto para conceder la “suspensión condicional de la pena” la presunción del juez de que el culpable se abstendrá de cometer ulteriores delitos. La existencia de una condena precedente no impide la concesión de la suspensión, salvo que la nueva pena acumulada a la anterior no supere los límites del art. 163. Generalmente se subordina su concesión al cumplimiento de la obligación de restitución, resarcimiento o reparación del daño, según el art. 165. La revocación tendrá lugar cuando el condenado cometa un delito o contravención de la misma índole, o no cumpla las obligaciones impuestas, o cuando tenga lugar otra condena que acumulada a la ya suspendida, supere los límites del mencionado artículo 163, no obstante existen otros parámetros como la clase y gravedad del delito, aunque este no supere los límites de acumulación de penas, para que el juez revoque la suspensión condicional. (Cid Moline, Larrauri Pijoan E., 1997).

La legislación alemana: en la República Federal Alemana es de interés mencionar que la suspensión de la pena con sometimiento a prueba prevista en el art. 56 del StGB, consiste en una institución prácticamente equivalente al sistema de “probation” anglosajón. La suspensión de la condena como decisión fundamentada jurídicamente se introduce en el derecho penal de jóvenes en 1923, permitiéndose la remisión de la pena por buen comportamiento durante dos años (o hasta cinco como máximo). Actualmente, están previstas medidas especiales de asistencia, que no preveía la primera regulación. Es en 1945 que se desarrollan una serie de iniciativas en decisiones concretas, que se orientan al modelo anglosajón de probation y al francés de “libertad vigilada” (Chiara Díaz y Starck Bibiana, 2009)..

En la regulación penal alemana, se distingue entre los jóvenes y los adultos, nos referiremos solo a estos últimos pues los primeros se rigen por un sistema especial. En el derecho penal general (StGB), la suspensión condicional de la pena en sus distintos supuestos, se asienta generalmente sobre la exigencia de una prognosis social favorable

al reo, y así se contemplan tres grados en la concesión de la suspensión: -Las penas inferiores a seis meses, se suspenden siempre que exista una prognosis favorable, sin poderse tomar en cuenta otras consideraciones. – Las penas comprendidas entre seis y un año, se suspenden también en todos los casos normales. El límite establece que la ley aparece también en la sustitución de la pena corta de prisión por multa, no podrá suspenderse la pena si la defensa del ordenamiento jurídico impone su ejecución. Se entiende que la ejecución de la pena es solo necesaria, cuando su implicación produciría un serio peligro para la actitud de la población ante el derecho, como consecuencia de la disminución de la confianza en la Administración de Justicia. –En penas comprendidas entre uno y dos años, pese a que exista prognosis favorable, sólo podrá acordarse en casos excepcionales si el tipo de delito y la personalidad de su autor lo aconsejan. (Estos casos excepcionales podrían ser los supuestos de muerte a petición de la víctima, delitos pasionales, y otros). (Chiara Díaz y Starck Bibiana, 2009).

El período de prueba a acordar es de dos a cinco años, pudiendo ampliarse o reducirse dentro de estos límites según la evolución del condenado.

Como característica de la legislación alemana se puede destacar la distinta orientación de las instrucciones y obligaciones que pueden imponerse al condenado durante el período de prueba. En ese sentido, las obligaciones tienen una finalidad reparadora del daño causado por el delito y por ello se inscriben en la genérica función retributiva de las penas. Estas obligaciones están previstas en forma de catálogo cerrado, sin que puedan imponerse otras distintas: indemnización de daños, pago de una cantidad de dinero a una institución benéfica o estatal y prestaciones en beneficio de la comunidad. Pero las instrucciones tienen finalidad preventivo espacial y de control de resocialización del sometido a prueba. Para éstas no existe catálogo cerrado y pueden imponerse las que se consideren adecuadas a los fines señalados. Se trata de instrucciones referentes al lugar de residencia, educación, trabajo, utilización del tiempo libre, deber de presentación ante las autoridades, prohibición de frecuentar determinados lugares, entre otras.

También se prevé, en cuanto al sometimiento a la dirección y vigilancia, de un delegado de probation, que supone la intervención permanente sobre el comportamiento del condenado y, por ello, solo se impone si son suficientes otras medidas menos

radicales. Sin embargo, se impondrá normalmente en suspensiones de pena superior a nueve meses y si el condenado es menor de veintisiete años.

En el mismo sentido, el Código Penal belga admite la concesión de la “suspensión de la sentencia y probation” en los casos de delitos reprimidos con pena privativa de libertad de hasta tres años cuando el autor no ha incurrido previamente en un delito criminal o ha incumplido pena inferior a los seis meses de prisión. Se prevén dos formas: la suspensión del Juzgamiento (con o sin probation) y la suspensión de la sentencia (con o sin probation). Se denomina probation a la supervisión y el sistema admite alternativas de paralización del proceso y de suspensión del cumplimiento de la pena, como se dijo.

Igualmente en Noruega coexisten la suspensión del pronunciamiento de la sentencia y de la ejecución de la pena. En Suecia es muy profusa la aplicación de las sanciones alternativas y se contempla junto a la sentencia condicional, la probation a la que se considera una sanción en sí misma y no una alternativa de prisión. Es una casa de supervisión por un período fijado. En el derecho suizo conviven tres modalidades: la sursis pura y simple, la sentencia suspendida con cumplimiento de reglas de conducta y sentencia suspendida con supervisión, que es la conocida como probation.

Y en Holanda se pueden apreciar dos puntos interesantes: uno es la previsión de paralización del proceso, con condiciones de observancia cuya decisión corresponde al Ministerio Fiscal; y el otro, que tanto la suspensión del juicio como la remisión de la pena que la aplica el Juez, no están limitadas a los delincuentes primarios, como en otras legislaciones.

En Norteamérica, se aplicó la probation desde las últimas décadas del siglo pasado; pero teniendo en cuenta las características de su normativa, la diversidad entre los distintos estados y de regulación por el antecedente judicial, sólo se describirán ciertas características en el marco del sistema federal y el estatuto del estado de Nueva York. Por eso el “criminal law” define a la probation como la acción asumida antes de que la puerta de la prisión sea cerrada, por eso la “parole” se refiere a la acción llevada a cabo “after the door has closed”.

Los distintos estados admiten la medida tanto antes del debate como cuando ha comenzado la aplicación de la sentencia. En los antecedentes se hace referencia

frecuentemente a la posibilidad de suspender la imposición o ejecución de la sentencia en todos los supuestos de delitos con excepción de aquellos en que se prevea una pena de muerte o prisión perpetua.

Se imponen condiciones compromisorias para cumplir los objetivos esclarecidos para el sistema, que pueden ser: evitar personas, lugares; reparar o restituir a la parte agraviada, reembolsar al gobierno por la defensa otorgada al probado y consentir determinadas investigaciones, cateos y controles del oficial de prueba.

En nuestro país se prevé el sistema de la “condenación condicional”, entendida como una condena de ejecución condicional con medidas pues a partir de la sanción de la Ley 24.316 se incorporan al Código Penal nuevos artículos 27 bis y 76 bis, que modifican el Código Penal argentino y sustituye al art. 64 de ese cuerpo legal. La modificación sustancial incluye básicamente tres instituciones: la condena de ejecución condicional, la suspensión de juicio a prueba y la extinción de la acción por el pago de la multa.

La condena condicional funciona de la siguiente manera: como se entiende que constituye una pena, es pronunciada por el Juez penal como consecuencia de la comisión de un delito, implica una restricción a la libertad individual a tenor de las condiciones de comportamiento impuestas por el juez y la observancia de estas condiciones debe ser judicialmente controlada; no solo la comisión de un nuevo delitos sino también la inobservancia de las condiciones durante el período de prueba son causas de reenvío al juez y de cumplimiento efectivo de la condena en la forma suspendida.

El plazo de prueba puede ir de los dos a los cuatro años según la gravedad del delito y entre las reglas a imponerse pueden ser tuitivas –someterse al cuidado de un patronato-, educativas, curativas, etc. El tribunal puede elegir imponer todas, algunas o ninguna de esas reglas. La ley faculta al Juez la posibilidad de modificar las medidas –según resulte conveniente-. En caso de incumplimiento de las condiciones durante el plazo de prueba, el tribunal puede disponer que no se compute como plazo de cumplimiento todo o parte del tiempo transcurrido y, recién entonces, ante la persistencia o reiteración del incumplimiento, revocará la condicionalidad y ordenará el cumplimiento total de la pena privativa de la libertad.

Haciendo una breve síntesis en cuanto a la procedibilidad del instituto, los presupuestos exigidos son: a) que el delito que se imputa tenga una pena de prisión o reclusión menor de tres años; b) que el imputado solicite la suspensión del juicio; c) que sea concretamente aplicable al caso una condena de ejecución condicional; d) que el imputado ofrezca hacerse cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible. e) que exista acuerdo fiscal; f) que el imputado abandone a favor del Estado los bienes que resultarían decomisados en caso de condena; g) que el tribunal quiera suspender la realización del juicio.

### **Conclusión**

Respecto del criterio restrictivo, se concluye que se aleja abiertamente del texto expresado en la norma, debido a que ignora la inclusión de la pena de reclusión en los dos primeros párrafos del art. 76 bis del Código Penal. En consecuencia, si se acepta este criterio y se entendiera por ello, que el instituto resulta aplicable nada más que a los delitos comprendidos en los dos primeros párrafos del art. 76 bis, pero solo en la medida que sea aplicable condena condicional, se estaría eliminando un supuesto previsto en la ley. Esto es, aquellos delitos que prevén pena de reclusión y que por lo tanto, no son procedentes de condena condicional.

Además, se puede inferir que la tesis restrictiva no se ajusta al texto expreso de la ley, ya que no es sustentable su interpretación de que el cuarto párrafo del artículo 76 bis C.P., se refiera a la pena de reclusión, pues precisamente la aplicabilidad de esa especie de pena carcelaria resulta incompatible con la condenación condicional.

En suma, la tesis restrictiva aporta fines más exigentes, constituyendo un obstáculo a los fines de racionalizar la persecución penal y cumplir los objetivos político-criminales para los cuales fue impulsada.

Al finalizar el tema de investigación, es propicio esgrimir algunas conclusiones generales a la que se ha arribado, referente al artículo 76 Bis del CP, que confirman precisamente la tesis amplia de interpretación, que:

- En el párrafo 1 se prevé pena en abstracto cuyo máximo no exceda de 3 años, en tanto que en el párrafo 4 se considera la pena en concreto, con clara alusión al art. 26 del C.P.

- Tanto el párrafo 1 como el 4 prevén distintas especies de penas privativas de la libertad, pena de reclusión o prisión y pena de prisión respectivamente.
- En razón del uso que la ley hace de los términos “juez”, en el párrafo 3 del art. 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.
- La exigencia del dictamen fiscal favorable en el cuarto párrafo legitima la existencia de dos supuestos diferentes.
- El criterio amplio resulta más coherente con la finalidad perseguida por la norma a los fines de brindar una herramienta eficaz para el des congestionamiento de los puntos críticos de toda la organización judicial. Como así también a la necesidad de utilizar medios alternativos que limiten o reduzcan los efectos estigmatizantes de la reacción penal.

Como conclusión general, se puede decir, que se ha abordado el tema pormenorizadamente, abarcando de manera general y particular la temática elegida, dando razones suficientes para confirmar la hipótesis sostenida.

En el camino, se han esgrimido posiciones que, limitando el alcance del instituto, exigen siempre la conformidad del fiscal, de manera que no aplican la suspensión si el fiscal no la acepta, aunque sea legalmente admisible y aunque sea una mejor solución para el caso, ignorándose a sí mismos la potestad de aplicar la ley, incluso a favor de una resolución alternativa de conflictos, que busca inyectar mayores cuotas de racionalidad de y humanismo.

En suma, el afianzamiento de nuestra débil democracia, además de enfrentarnos con una reforma penal crecientemente autoritaria y paulatinamente deteriorante, nos ha permitido también, de un modo alentador, ir consolidando un pensamiento penal reductor de la irracionalidad punitiva, de la mano de la labor que vienen llevando a cabo tantos seres humanos con el fin de implementar instrumentos menos violentos de solución de problemas sociales, al servicio de una convivencia lo más pacífica posible. A ese fin reductor y humanitario debe servir el instituto de la suspensión del proceso penal a prueba.

## **Bibliografía**

### **Doctrina**

Chiara Díaz C.; Starck Bibiana (2009) El delito como conflicto, la Probation y otros medios alternativos de solución de conflictos (Compendio de resúmenes de ponencias de los autores del Primer Congreso Internacional de Probation y otros medios Alternativos. Realizado en 2008, en Paraná, Entre Ríos, Argentina). Buenos Aires: Voros S. A.

OLAZABAL, julio de (1994) Suspensión del proceso a prueba. Buenos Aires: Astrea

García, Luis M. (1996) La suspensión del juicio a prueba según la doctrina y la jurisprudencia, en “Cuaderno de Doctrina y Jurisprudencia Penal”. Buenos Aires: Ed. Ad-Hoc

David Pedro R., Fellowes B. (2003) Suspensión del Juicio a Prueba (Perspectivas y Experiencias de la Probation en la Argentina y el mundo). Buenos Aires: Depalma

Bovino, Alberto (2001) La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código Penal argentino. Buenos Aires: Editoriales del Puerto

Sáenz, Ricardo O. (1994) La suspensión a prueba del proceso penal. Buenos Aires: La Ley

González Alvarez (1992) La obligatoriedad de la acción en el proceso penal costarricense. San José: Investigaciones jurídicas

Guaraglia Fabricio O. (1993) Facultades discrecionales del ministerio público e investigación penal preparatoria: el principio de oportunidad. Buenos Aires: Ad-Hoc

Sayago, Marcelo (1996) Suspensión del juicio a prueba. Córdoba: Ed. Lerner

García Lois Adrián J. (2009) La suspensión del juicio o proceso a prueba. Buenos Aires: Cátedra Jurídica

Vitale Gustavo L. (1996) Suspensión del proceso penal a prueba. Buenos Aires: Ed. Del Puerto

Cid Moline, José; Larrauri Pijoan, E. (1997) Penas alternativas a la prisión. Barcelona: Editorial Casa S. A.



## **Jurisprudencia**

CNCP, “Kosuta, Teresa R. s/recurso de casación”, (17/08/99)

CNCP, “Aquilino”, (13/3/98)

CNCP, “Ponce”, (5/6/97)

CNCP, “Luongo, Miguel y otros s/rec. de casación”, (22/6/06)

CNCP, Sala I, 29/05/06, “Beer, Rodolfo D. S/recurso de Casación”

Cpen., Jujuy, Sala I, 27/3/06, “Durán, Elías J.”

STJ, Chaco, Sala II en lo Criminal y Correccional, 30/06/05, “Silguero, Claudio A.”

C 1ra Crim., General Roca, 7/10/06, “Alvarez, Cristina C.”

TSJ, Córdoba, Sala Penal, 10/2/06, “Melchior, Angel A.”

TSJ, Córdoba, Sala Penal, 17/6/05, “Abrile, José A. J.”

## **Legislación**

### **a) Nacional**

Código Penal argentino

Código Procesal Penal de la Nación

Ley N° 24050

Ley N° 24316

### **b) Internacional**

Código procesal penal de costa rica

Código procesal penal del Salvador

Código Procesal penal de Guatemala

Código Penal Italiano

Código Penal Español

Reglas de Tokio. Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la Libertad.