

Universidad Abierta Interamericana

Facultad de Ciencias Jurídicas

Carrera de Derecho



“Algunos aspectos de la Probation”

Alumno: **Matías Damián Ludovico**

Tutor: **Esteban Franichevich**

Febrero del 2004
Rosario

Indice

	PÁGINAS
RESUMEN.	1
PROBLEMATIZACIÓN.	3
FUNDAMENTACIÓN.	4
OBJETIVOS.	5

- Parte General -

§ 1. Introducción	6
§ 2. Finalidad	8
§ 3. Orígenes de la Probation	10
§ 4. Naturaleza jurídica	12
§ 5. Concepto	15
§ 6. La Probation en los Estados Miembros del Mercosur	15
§ 7. Interpretación de la ley penal	19

- Parte Especial -

CAPÍTULO I

“Pena que determina la procedencia del instituto previsto en el art. 76 bis y ss. CP”

§ 8. Fundamento de la escala penal comprendida	25
§ 9. Desarrollo del tema.	25
Con respecto a la postura restricta	29
Con respecto a la postura amplia	34
§ 10. Los delitos tentados y la participación delictual	40
§ 11. Resolución de la Cámaras Nacionales de Casación	
Penal en pleno.	43

§ 12. Resolución de las Cámaras Penales de Santa Fe en pleno.	44
§ 13. Resolución del Supremo Tribunal de Justicia de Tierra del Fuego	44

CAPÍTULO II

“Procedencia o no del beneficio cuando el delito tiene prevista pena de inhabilitación.”

§ 14. Introducción.	46
§ 15. Motivos de la exclusión.	48
§ 16. Desarrollo.	50
1- Exclusión del beneficio en todas las especies (inhabilitación principal, alternativa o conjunta).	52
2- Exclusión del beneficio cuando la inhabilitación es principal, conjunta o alternativa(cuando resulte aplicable en el caso)	55
3- Exclusión del beneficio cuando la inhabilitación es principal	55
4- Inconstitucionalidad de la exclusión de la inhabilitación en forma conjunta	57
§ 17. Propuesta.	58
§ 18. Resolución de las Cámaras Nacionales de Casación Penal en pleno.	59
§ 19. Resolución de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba	60

CAPÍTULO III

“El Dictamen del Ministerio Público Fiscal en la suspensión del juicio a prueba”

§ 20. Introducción.	61
---------------------	----

§ 21. ¿Es exigible el consentimiento fiscal para acordar el beneficio?	62
1- Teorías que requieren el consentimiento del fiscal.	
i- Según la teoría restricta o de la unidad del art. 76 bis CP.	62
ii- Según la teoría amplia.	64
iii- Situación de la opinión infundada del fiscal.	66
2- Teoría que no reconocen al consentimiento como requisito imprescindible.	69
§ 22. Contenido del dictamen fiscal.	71
1- Postura amplia.	71
2- Postura intermedia.	72
3- Postura restringida.	73
§ 23. ¿Vinculariedad o no del consentimiento?	73
1- Dictamen favorable vinculante.	74
2- Dictamen favorable no vinculante.	74
§ 24. Resolución de la Cámaras Nacionales de Casación Penal en pleno.	75
§ 25. Resolución de las Cámaras Penales de Santa Fe en pleno.	77
§ 26. Resolución de la Sela Penal del Superior Tribunal de Justicia de Córdoba	77

CAPÍTULO IV

“Los Recursos en la Probation”

§ 27. Consideraciones generales	78
§ 28. Apelación del fiscal	78
§ 29. Apelación del imputado	82
§ 30. Apelación del querellante	84
§ 31. Resolución de las Cámaras Nacionales de Casación Penal en pleno.	88

CAPÍTULO V
“Reparación del Daño”

§ 32. Introducción.	89
§ 33. Ofrecimiento	90
§ 34. Actuación del Ministerio Público Fiscal	94
§ 35. Mediación	95
REFLEXIONES FINALES.	96
CITAS BIBLIOGRÁFICAS.	103
BIBLIOGRAFÍA GENERAL.	106

RESUMEN.

El trabajo que llevamos a cabo se divide en dos partes, la primera de ellas sirve para que el lector tome conocimientos generales sobre el instituto de la suspensión del juicio a prueba, para eso describiremos cuáles han sido las finalidades del instituto, su naturaleza jurídica y sus orígenes.

En la segunda parte, pretendemos llevar adelante la tarea de exponer las distintas interpretaciones que han tenido lugar en el campo jurídico sobre su funcionamiento. No es objeto de esta obra tratar todas las discusiones que han tenido lugar por la ambigüedad del texto sino sólo algunos de ellos. Por eso seleccionamos cinco temas para la conformación de la parte especial.

Para la elaboración de esta segunda parte las obras del Dr. Esteban Franichevich(“Probation. Soluciones Prácticas”) y el Dr. Marcelo Castañeda Paz(“Probation”.) fueron las fuentes más recurridas, además de numerosas publicaciones periódicas y fallos citados oportunamente.

Al inicio de la parte especial vimos adecuado empezar con la discusión que se ha generado sobre el ámbito de aplicación de la suspensión del juicio a prueba.

Allí aceptamos la aplicación restricta del instituto(penas cuyo máximo no exceda de tres años en abstracto) por ser la que atiende en forma plena la intención del legislador.

Como segundo tema propusimos desarrollar la procedencia de la suspensión cuando media pena de inhabilitación(sea principal, conjunta o alternativa), donde concluimos por excluir la viabilidad del instituto en los tres casos.

Seguidamente, el centro de atención recayó en la necesidad o no del consentimiento del fiscal para la procedencia de la probation. La conclusión a la que arribamos es que es necesario el consentimiento fiscal pero no es vinculante para el Juez.

Posteriormente nos referimos a las vías impugnativas para el imputado, el fiscal y el querellante que derivan de la incorporación de la probation a nuestro derecho. La principal discusión se centró sobre el carácter definitivo o no de la resolución que deniega o concede el beneficio donde nos manifestamos a favor de esa calificación.

Además, analizamos el funcionamiento de la reparación de los daños en el trámite de la probation, siendo ella necesaria en el caso de que el imputado cuente con los medios suficientes para ello, en caso contrario, se puede suplir con trabajos.

- Algunos aspectos de la Probation -

Por último, en las reflexiones finales tratamos de dar una respuesta a nuestros objetivos, aportando nuestra opinión a las situaciones estudiadas procurando su adecuación al sistema jurídico.

PROBLEMATIZACIÓN.

La crisis carcelaria y la falta de la resocialización en los centros de detención llevó al legislador a idear situaciones alternativas a las ya conocidas, así se sancionó la denominada “Probation”(ley 24.316). La aplicación de ella en la Argentina ha dado lugar a fallos encontrados que dieron lugar a cierto tinte de injusticia e inseguridad jurídica como producto de tales discordancias, llegando al extremo que, para ciertos delitos, para ser pasible de obtener la probation era necesario tener la suerte de encontrar en turno a un juzgado o tribunal que comulgara con la postura amplia. Esa situación se observó durante muchos años hasta que tuvo lugar el plenario ZALAZAR¹, en Santa Fé, y KOSUTA², en el ámbito nacional que tratan de unificar criterios en algunos aspectos. Sin embargo, muchos están pendientes de resolución no cumpliéndose con uno de los fines de la ley: el descongestionamiento de la tarea judicial.

FUNDAMENTACIÓN.

La incorporación al ordenamiento jurídico del instituto de suspensión del juicio a prueba en el año 1994 con la ley 24.316, no solo marcó el comienzo de una desviación en la política criminal argentina para el tratamiento de situación delictivas especiales sino que da lugar a cierto margen de consensualidad -pequeño, pero en definitiva innovador- a la solución de los conflictos, visualizado en la necesidad de contar con la conformidad o consentimiento del acusado, el Ministerio Público Fiscal y el Juez tanto para la procedencia del mismo como para la imposición de las reglas de conductas.

Además de ello, forma parte de una corriente que tiende a descomprimir los tribunales de justicia del abarrotamiento de expedientes sin solución algunas más que su futura prescripción y procurar la solución rápida de determinados litigios. Así podemos ver que paralelamente se creó el juicio abreviado por la ley 24.825 y por la ley 24.826 se dio origen al otorgamiento de potestades instructoras a los fiscales. En Santa Fé, la ley 12.162 hizo lo mismo con la incorporación de la instrucción abreviada(art.374CPP) y proceso abreviado(art. 548 CPP).

La evolución de la aplicación de los art. 76 bis, 76 ter y 76 quater no ha sido pacífica, sino que por el contrario ha dado lugar a fallos dispares en lo que hace a la determinación del ámbito de aplicación, la necesidad del consentimiento del fiscal, la aplicación a los delitos que tienen pena de inhabilitación, etc. Ello advierte la vaguedad del texto legislativo, cuya interpretación trajo más de un dolor de cabeza a los profesionales del derecho y, en especial, a quienes resultaron y resultan afectados en sus intereses –los acusados- al haber tantos pronunciamientos vacilante.

Por otra parte, no podemos dejar pasar por alto los resultados de la utilización de esta figura en el campo penal, y su posible propagación para incluir mayor números de delitos -por vía legislativa- en su ámbito de aplicación o no, de acuerdo a los índices estadísticos que nos marcará la mayor o menor conveniencia de acuerdo a la experiencia colectada.

OBJETIVOS.

GENERAL:

Analizar las diversas opiniones –doctrinales y jurisprudenciales- que se han elaborado sobre alguna de las cuestiones del instituto (regulado en los artículos 76 bis, ter y quater) para demostrar como es su funcionamiento en la Argentina.

ESPECÍFICOS:

❖ Observar todos los argumentos que se han esbozados en defensa a la llamada postura amplia y la postura restringida para la determinación de los delitos que se encuentran incluidos o excluidos del beneficio del art. 76 bis CP.

❖ Exponer la exigencia del consentimiento del Ministerio Público, la posibilidad de recurrir la decisión denegatoria de la suspensión del proceso a prueba y la inhabilitación como obstáculo para la concesión.

❖ Desarrollar la exigencia de ofrecer una reparación razonable para lograr la suspensión del juicio.

PARTE GENERAL

§ 1. Introducción.

La vigencia de las penas privativas de libertad en el país existen de larga data, como así también predominan en la mayoría de los sistemas penales a nivel mundial, incluso se sigue admitiendo -en algunos países- penas tan extremas como la de muerte, torturas, tormentos, etc. En ninguno de los países que han tenido esas penas tan desproporcionadas se nota un efecto disuasivo, al contrario, estamos hablando de países de alto grado de violencia social que va creciendo permanentemente.

Algunas de esas penas fueron objeto de exclusión en muchos países como consecuencia en algunos casos de la comprobada ineficacia y, en otros, producto de la adhesión de tratados internacionales que proscribían a la muerte como la madre de las penas.

El desarrollo de una política criminal menos cruel fue instaurada en muchos países dando lugar a una coerción diferente según la gravedad de la conducta del sujeto y el bien jurídico tutelado, es decir, se empieza a traer la idea de adecuación de la pena al injusto y busca procurar una proyección de los efectos sancionatorios tendiente a resocializar al individuo transgresor de la ley para que no vuelva a incurrir en tales faltas.

En el avance de la política punitiva argentina podemos ver que la pena de muerte por razones políticas fue abolida por la Constitución de 1853, quedando comprendida para algunos autores la pena de muerte por razones no políticas por medio de una interpretación dinámica de la constitución. Posteriormente fue reafirmado estos expresamente en numerosos pactos internacionales que obtuvieron rango constitucional en la reforma de 1994(Convención Americana sobre Derechos Humanos: art. 4, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art. 6).

En este camino de adecuación de las penas a la transgresión penal, se fueron sentando las bases para la imposición de sanciones que se ajustaran a la talla del delincuente y a las condiciones que giran alrededor del delito. Así vemos que se empezó a discriminar fijando penas según el tipo de delito que se perpetrara, se establecieron escalas penales para que el juez pueda imponer una mayor o menor condena según ciertas conductas exteriorizadas por el delincuente al momento de cometer el ilícito, se establecen regímenes como la ley 22.278(Régimen Penal de la Minoridad) que procura la no punición de los menores hasta cierta edad imponiéndoles un proceso tratamiento muy particular conforme a la exigencia de esa edad, el agravamiento de las penas cuando el delito acaece en determinado

ámbito (por ej.: ley 24.192 “Violencia en los espectáculos deportivos”) o contra determinadas personas (ej.: agravamiento del homicidio cuando es contra el cónyuge), etc.

En este marco de progresivo retroceso en la imposición de penas privativas de libertad, vemos a la condenación condicional como una primera muestra del sistema punitivo argentino para resocializar y adjudicar al individuo un beneficio conforme a la naturaleza de la pena (que no exceda de tres años) y sus antecedentes penales (primera condena a prisión), en donde luego de transcurrido un proceso judicial donde se declaró su culpabilidad se le deja en suspenso la pena sometiéndose a reglas de conducta que fije el juez para lograr la “evasión” del cumplimiento efectivo de la condena. Esto sucede producto de la búsqueda de medidas alternativas a la pena privativa de libertad para la sanción de los ilícitos.

También, se comienza a advertir dos cosas: el desgaste jurisdiccional innecesario o excesivo para delitos de poca cuantía y, por otro lado, pero yendo de la mano con aquellos los efectos negativos que tiene para un imputado de un delito del transcurso del proceso, produciéndole una incertidumbre durante el transcurso que puede llegar a ser peor que la pena a la que va a ser acreedor.

Estas situaciones son advertidas por nuestros legisladores en la ley 24.825 que introdujo el artículo 431 bis al Código Procesal Penal de la Nación dando nacimiento al juicio abreviado y la ley 24.826 que incorporó al Código Procesal Penal de la Nación los artículos 353 bis y 353 ter que creó instrucción sumaria a cargo del fiscal cuando el juez a prima facie determinare que no procederá la prisión preventiva del imputado.

La evolución legislativa penalista no quedó allí, sino que siguió con la ley 24.316 que dio lugar al instituto de suspensión del juicio a prueba y a la modificación de la condena condicional. Que tiene por objeto darle una resolución distinta a las transgresiones menores como resultado de la ineficacia de la política represiva existente.

El instituto de suspensión del juicio a prueba, denominado vulgarmente “Probation”, viene a introducir el principio de oportunidad al proceso penal admitiendo la posibilidad de no someter a plenario ciertos delitos de poca afectación al bien jurídico tutelado, siendo algunos de los requisitos más sobresalientes que lo solicite el imputado, que hubiere consentimiento del fiscal y resolución judicial en tal sentido.

La probation viene a constituir uno de los paradigmas del derecho penal moderno en Argentina al hacer una selección de delitos sujetos a su ámbito de aplicación - denominados leves - para darles una solución sin recurrir al encierro que tantos problemas dejan al preso luego de su estadía por largos años allí. Se ha llegado a decir en algunos

fallos que los condenados salen de los establecimientos penitenciarios con una mayor calificación para los ilícitos, aumentando la peligrosidad de los delincuentes. Por eso, la conveniencia de idear una solución diferente para quienes transgreden la ley por primera vez es positiva para evitar el “contagio” delictivo. Además, muestra la realidad que en ellos no se reúnen las condiciones de seguridad y salubridad para la vida de los encausados siendo un lugar poco propicio para la resocialización.

A su vez, se ve en el derecho comparado que se trata de buscar un acercamiento entre el damnificado y el imputado, en particular lo que se quiere es la reparación de los perjuicios del damnificado. En esta línea, aunque asumiendo un papel más atenuado, el trámite de la probation exige que el imputado ofrezca reparar el daño “en la medida de lo posible”, es decir, que sea razonable el ofrecimiento que puede llegar a ser o no aceptado por el damnificado sin que implique un obstáculo para la concesión del beneficio. Lo que hay que resaltar de esto es la intención del legislador de procurar una rápida solución para el damnificado de los perjuicios que, sin bien no es una “reparación integral” de los daños sufridos puede significar una vía más rápida para el cobro del evento que ha causado un detrimento patrimonial en el damnificado.

Por último, se debe reconocer el carácter autónomo del instituto, ya que no implica una pena como la condena condicional, ni muchos menos su aplicación supone la comprobación de un hecho delictivo respetándose el principio de inocencia al ser necesaria la propuesta personal por el imputado.

§ 2. Finalidad.

Son diversas las motivaciones que dieron lugar a la sanción de la ley 24.316 en el ámbito penal y más variadas van a ser si se tiene en cuenta la discusión doctrinaria sobre el ámbito de aplicación. Es decir, si seguimos a la postura que más adelante conceptulizaremos como restricta llegaremos a la conclusión que solo comprende delitos leves en abstracto, en cambio, si seguimos a la postura amplia veremos que lo que se tiene en cuenta es la levedad en concreto para ser procedente el beneficio.

Son de una utilidad importante los debates legislativos que se sucedieron para apreciar que es lo que llevó a los representantes del pueblo a pronunciarse en este sentido.

En los considerandos del proyecto que el Poder Ejecutivo envió al Congreso se refirió a la necesidad de dar solución al sistema penal pues sólo una reducida cantidad de casos son sometidos a juzgamiento, quedando el resto sometidos a la espera de la extinción

penal por prescripción. Se señaló que “el instituto propuesto no pretende abarcar todas las causas pendientes que año a año acumulan los distintos tribunales, sino tan sólo los de menor gravedad, comprensivas de hechos delictivos que dañan intereses individuales y sociales, actualmente sin respuesta estatal o que reciben una sentencia de ejecución condicional, conforme puede apreciarse en la gestión actual de los tribunales. Ello ocurre no sólo porque el Estado cuenta con recursos limitados para responder a cada ofensa, sino principalmente porque carece de los instrumentos jurídicos que permitan a los jueces y representantes del ministerio públicos actuar con prioridades en la persecución penal, sin dejar por ello de adjudicar a cada caso penal una sanción adecuada y posible”, todo ello se expresó en la Cámara de Diputados de la Nación (orden del día N° 1174), es decir, se tomó conciencia del colapso judicial y con este novel instituto se estimó oportuna la ocasión de dar una bocanada de oxígeno a la estructura tribunalicia.

En los mismos debates se puede apreciar que no es el objetivo de la ley el descongestionamiento de los servicios penitenciarios pues la mayoría de los delitos que resultan admisibles para el instituto son susceptibles de condena condicional, en la cual se permite la excarcelación del individuo. Lo que se lleva a cabo es una selección pormenorizada de transgresiones con el objeto de darles un trato similar, en los cuales el estado ha valorado que la intervención penal se reduzca para evitar el despilfarro de recursos en delitos menores que pueden ser resueltos de otra manera más económica. Correlativamente con esto, al no haber un dispendio innecesario de recursos del erario público es posible dirigir lo no utilizado en la persecución de los delitos de mayor gravedad, donde, ahí sí, existe un interés más notorio del estado y la sociedad en su castigo efectivo.

Otra de las finalidades que tuvo en miras la ley 24.316 es dirigir el beneficio a los que se denominan delincuentes primarios brindándoles una salida para que mediante el cumplimiento de algunas normas de conducta por un tiempo puedan evitarse tener una condena que los marque para toda la vida. Esto es lo que la mayoría de los autores hablan de evitar los efectos estigmatizantes de la condena, además de beneficiarlos con la supresión de una parte del proceso que puede llegar a ser muy densa e inquietante al imputado.

También, se contempla la reparación del hecho por parte del imputado a quien o quienes sean afectados por el delito. De allí, que haga mención a la necesidad de emitir una oferta razonable de reparación, en donde se tendrá en cuenta -entre otras cosas- los daños causados y el patrimonio del imputado, conjuntamente con la solicitud de someterse al régimen de suspensión del proceso a prueba que deberá ser evaluada por el juez. En esta vía

se sigue a la corriente mundial deseosa de mirar más al lado de la víctima del suceso ilícito procurando una rápida y eficiente protección estatal.

Por último, creemos importante traer este comentario lo que dijo la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Padula”: “la finalidad de quien requiere la suspensión del juicio a prueba no es la de obtener una sentencia absolutoria, sino la de no seguir sometido a proceso mediante la extinción de la acción penal”.

Es decir, que el instituto de suspensión del juicio a prueba ha tenido diversas finalidades para su actuación en el campo del derecho penal: algunas ven con más importancia la reeducación, resocialización, rehabilitación, etc. de quienes delinquen por primera vez para no incorporarlos de lleno al ambiente penal por medio de la encarcelación y la condena social producto de la concreción de antecedentes penales que sólo dan lugar a una mayor exclusión social; otras intentan mejorar el funcionamiento de los tribunales de justicia y, en menor medida, se dice que el establecimiento de una reparación en la medida de lo posible del imputado se visualiza como un cambio de pensamiento penalista que empieza a contemplar a la víctima.

§ 3. Orígenes de la Probation.

En la búsqueda de alternativas que combinaran por un lado menores costos para el Estado en el mantenimiento de cárceles, implantación de medidas de seguridad y gastos derivados de procesos y, por otro, la obtención de mayores resultados positivos en el tratamiento de una parte de la población carcelaria se recurrió a la probation o diversión.

La llegada de la suspensión del juicio a prueba a la República Argentina se produjo luego de la implantación de regímenes similares en otros estados con una mayor tradición jurídica. Ellos han servido de fuente directa para la construcción de un sistema que, siguiendo los lineamientos generales de los ya existentes en el derecho comparado, sus resultados obtenidos y la situación política argentina, pudiera dar lugar a soluciones válidas a ciertos casos que el legislador ha creído conveniente encauzar por medio del instituto de suspensión del juicio a prueba.

En el siglo XIX en Worwichehire, Inglaterra, se aplicaba un sistema de estricto control y vigilancia en libertad a jóvenes infractores o delincuentes, tarea que se asignaba a personas de confianza inscriptas en un registro público. También algunos jueces eximían del cumplimiento de la pena de prisión a las personas mayores, sometiéndolas a un sistema estricto de vigilancia.

Esa vigilancia era llevada a cabo por ciertas personas (que más adelante se llamaron oficiales de probation) como lo fue un zapatero de Lexington (Massachusetts) llamado John August, quien tomó a su cargo a un condenado por ebriedad, informando el resultado a la Corte. Luego se fue propagando entre los distintos países con sus características propias en cada uno de ellos.

El derecho norteamericano reconoce a la “probation” y la “diversión” como dos institutos que gozan de cierto parentesco pero su minuciosa comparación demuestra que no es así.

La “probation” está prevista en el Federal Criminal Code and Rules, donde establece que es aplicable a toda persona que cometa un delito, ya sean graves o pequeñas infracciones (salvo aquellos para los cuales esté especialmente vedado el otorgamiento del beneficio o cuando procesalmente fuera imposible, como en el caso de que esté cumpliendo una condena anterior, debido a que uno de los requisitos para el otorgamiento de la probation es la no comisión de un nuevo delito durante el período de prueba). Una vez declarada la culpabilidad se puede llegar a un acuerdo entre el estado y el delincuente por el cual este último admite someterse a algunas obligaciones que el juez impone por un período de tiempo. Habiendo transcurrido el período de prueba correctamente, según los informes de los oficiales de probation, se extingue la acción penal y no queda registrado como antecedente. En cambio, si no cumple con lo prometido el juicio se desenvuelve ordinariamente.

No es eso lo que sucede en la diversión, donde se desestiman los cargos por parte del fiscal de la causa, contra la promesa del imputado de someterse a un programa de rehabilitación durante un determinado tiempo sin encarcelamiento alguno. Cabe advertir que sólo es utilizado para los delitos de menor cuantía o para delincuentes primarios y encuentra su fundamento en el poder que tienen los fiscales en negociar las acusaciones (plea bargaining).

Para Sáenz en base a estos conceptos en los primeros tres párrafos del art. 76 bis CP se ubicaría la diversion y, en el resto, la probation (en igual sentido se manifiestan Jose María Orgeira y Eduardo M. Vaiani).

Desde otro ángulo, Almeyra, reconoce en el mismo artículo la existencia en nuestro derecho de la “diversion”, siendo criticado por Bovino por surgir en momentos distintos, en Estados Unidos para solucionar rápidamente el caso en las etapas iniciales del proceso y, en la Argentina, para descongestionar los tribunales y las cárceles. Además, en el

sistema ideado en nuestro país se procura satisfacer la parte damnificada con una reparación dejando un poco de lado el tradicional modelo punitivo.

Podemos redondear el tema diciendo que en general se concuerda en la identificación del artículo 76 bis CP con el funcionamiento de la llamada “diversión”, sin embargo, se ha receptado y elegido el término “probation” para la designación del instituto incorporado por la ley 24.316. Si bien es un hecho menor el nombre con el que se designan los institutos (más trascendente es el funcionamiento del mismo) es importante hacer la advertencia para no caer en errores cuando se consulte obras extranjeras.

Concordamos que la “probation argentina” se ha generalizado de tal manera que, aunque se diferencie notoriamente con el instituto madre extranjero, es la manera con la que vincularemos a la suspensión del juicio a prueba nacida en nuestro derecho.

§ 4. Naturaleza jurídica.

Para tener un conocimiento más sólido sobre la cuestión que nos ocupa resulta conveniente ver la naturaleza jurídica de la probation. No va a ser sorpresa que sobre ella se encuentren divididas las voces que se han puesto a estudiar sobre su funcionamiento, características y elementos.

a- *Como pena.* Desde una parte de la doctrina ven en la suspensión del juicio a prueba una pena al restringir la libertad del sujeto. Así se ve reflejada en el sometimiento a vigilancia, prohibición de concurrir a determinados lugares, obligación de presentarse en un lugar cuando lo estipule el juez, etc. Todas las actividades a las que se ve sometido la persona hace crear en el sujeto un sufrimiento o estigma que lleva a afirmar que se esta en presencia de una verdadera pena³.

No creemos que se trate de una pena en sentido estricto pues no media un juicio previo que posibilite la declaración de culpabilidad por el juez o tribunal, además, el sometimiento es voluntario no coactivo. Si bien desde el punto de vista de la psicología implica un padecimiento leve no alcanza para conceptualizarla como una pena en el sentido técnico de la palabra.

b- *Como medida de seguridad.* Hay quienes hacen reposar en la probation una medida de seguridad, lo hacen por la confianza que tiene el juez en la persona sometida a probation, diciéndose que no es una medida penal sino judicial, pues, no tiene entidad aflictiva y tan simplemente constituyen aspiraciones reeducadoras⁴. Se hace extensiva la crítica llevada a cabo en el punto anterior sobre la identificación de la probation con la pena.

c- *Como nueva reacción penal.* Se la ve como una alternativa a la pena o medida de seguridad, correría en forma paralela a ella pero sin identificarse con las mismas. Sería como una novedosa innovación dada por el estado en política criminal procurando ser beneficiadas un grupo indeterminado de personas que reúnen algún punto en común como puede ser la infracción por primera vez de la norma penal fomentando su resocialización y reconociendo la innecesariedad de un registro condenatorio que traería un gravamen social para el condenado que no contribuiría con su incorporación a la sociedad⁵.

d- *Como causal de extinción de la acción penal y, subsidiariamente, causal de suspensión de la prescripción de la misma.* Funciona de la siguiente manera: En el sentido principal tiene lugar cuando “el sujeto sometido a la suspensión del juicio a prueba ha cumplido con las condiciones que le fueron impuestas”, teniendo lugar la extinción de la acción penal, “por lo que debe leerse como una nueva causal del artículo 59 del Código Penal”. Va a entrar en escena la subsidiariedad de la figura cuando el sujeto no cumpla con las obligaciones, ocasionando la suspensión de la prescripción de la acción penal, generándose así una causal más de las previstas por el Código Penal en el artículo 67⁶.

e- *Como introducción del principio de oportunidad procesal.* El principio de oportunidad consiste “en fijas pautas selectivas que determinen cuáles hechos presuntamente delictivos merecen ser investigados, pautas éstas que serán establecidas por la política criminal, es decir, frente al principio de legalidad por el que debe investigarse obligatoriamente todo ilícito del cual la autoridad competente tenga conocimiento, se presenta el principio de oportunidad como una alternativa realista ante la crisis por la que atraviesa el de legalidad, atento la gran cantidad de causas en trámite y el insuficiente número de tribunales judiciales para resolverlas”. Anteriormente, ante la avalancha de causas la selección de la persecución se realizaba judicialmente, con la ley 24.316 esa discriminación tiene lugar por medio de la ley penal siendo la opción más justa e igualitaria permitiendo que los órganos judiciales se aboquen “al conocimiento y decisión de las causas que se refieran a delitos graves, reservándose la probation para los delitos leves⁷”.

En concordancia con este pensamiento también se ha dicho que “no es una alternativa a la pena de prisión, sino a la realización de una de las dos etapas fundamentales del proceso: la del juicio” y “...mediante la ley sustantiva se incorpora el principio de oportunidad o disposición de la acción penal, por medio del cual el Ministerio Público Fiscal –en algunos supuestos selectivos- puede renunciar a investigar y juzgar ciertos delitos, por razones de conveniencia dispuesta por criterios de política criminal⁸”.

f- *Como instituto bifronte.* Se dice que “por una parte tiene la predicada capacidad extintiva de la acción” y “por otra se manifiesta claramente como instauradora de un principio de oportunidad en el ejercicio de las acciones penales. Ello es así por cuanto el otorgamiento al Ministerio Público Fiscal y al juez, de la capacidad para decidir acerca de la pretendida paralización del juicio o de su prosecución, importa introducir una excepción al ejercicio oficioso de las acciones penales previsto por el art. 71 del Código Penal”. De modo que se esta en presencia de “una nueva forma de extinción de la acción penal, que si bien no ha sido incorporada al art. 59 del Cód. Penal, no puede generar excesivo escándalo, ya que se limita a repetir lo que ocurría con la oblación voluntaria de la multa del art. 64 del Cód. Penal, y con la muerte del ofendido en el delito de adulterio del art. 74 del mismo Código, ambas causas de extinción de la acción penal que, sin embargo, tampoco figuran en el detalle del citado art. 59⁹”. Reluce como novedosa, al igual que en la oblación de la multa, la posibilidad de extinguir la acción según la voluntad del ofendido entre otras cosas.

g- *Como excusa absolutoria.* Se critica a quienes siguen este camino que las excusas absolutorias extingue irremediamente la potestad punitiva en ciertos hechos, es decir, que deja impunes algunas conductas por razones políticas. En cambio, no sucede lo mismo en la suspensión del proceso donde la punición continua hasta tanto se cumplan con las pautas fijadas legal y judicialmente para considerar extinguida la acción. Derivando en la prosecución del juicio si incumple con las conductas exigidas pudiendo imponerse una pena si se comprueba la culpabilidad.

Reconocemos que la naturaleza mixta, que reconoce en la suspensión del juicio a prueba como una nueva causal de extinción de las acciones penales y la introducción del principio de oportunidad procesal, es la descripción más completa de la variante incorporada a el Código Penal en los art. 76 bis y sigs. A ello debemos anexarle, como carácter accesorio, la capacidad de recomposición que emerge de la concesión del beneficio, a las que podemos ver materializadas en dos instancias, la primera de ellas se refleja en la posibilidad de obtener una reparación por el daño causado a favor del damnificado, en tanto, la segunda la vemos impresa en solución propuesta por el acusado voluntariamente en la que, aunque no lo diga el articulado, podrá proponer los trabajos(si le obligaren a ello) para los que sea más aptos a fin de que el período no sea tomado como un peso de tal naturaleza que lleve al acusado a librarse de la carga haciendo abandono del mismo. Además, exigiéndole un tra-

bajo afín a su experiencia laboral y capacidad correrá una mejor suerte el éxito de la resocialización promovida por la sanción de la ley.

§ 5. Concepto.

Como primera medida pasaremos a citar los conceptos que se dan en doctrina sobre el instituto, la que nos servirá para ir tomando conocimiento sobre el mismo y luego nos abocaremos a tratar de dar una definición propia.

De Olazábal lo define como “una paralización del proceso penal, con potencialidad extintiva del ejercicio de la acción, limitada a determinados delitos(detectables por la pena con 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 reparación del daño causado y someterse a un plan futuro de conducta), aceptada por el juez con consentimiento fiscal, y condicionada finalmente al cumplimiento del plan trazado”

Castañeda Paz describe al instituto de la siguiente manera: “es el instituto del derecho material por el cual un individuo imputado de un delito de acción pública bloquea una posible condena, mediante una solicitud de reparar el daño causado –en la medida de sus posibilidades- y el sometimiento a normas de conducta establecidas”.

Por lo visto, no se dan conceptos que sean ilustrativos de todas las facetas de la figura jurídica, sino que se procura enunciar a grandes rasgos los elementos principales de la figura, pues sus elementos particulares necesitan ser elaborados y tratados con mayor amplitud. Por eso, en eso va a estar asentada nuestra definición sobre la probation, es decir, que le va a permitir al lector tener un primer acercamiento a la figura que luego iremos desarrollando.

Consideramos a la suspensión del juicio a prueba *como la posibilidad que tiene el imputado de uno o varios delitos de acción pública determinados de obtener la extinción de la acción penal luego de haber cumplido con normas de conductas en un período de tiempo fijado por el juez siempre que no se den situaciones objetivas(ej.: pena que no es susceptible de ser condicional) o subjetivas(Ej.: las del art. 26 CP, no poseer antecedentes condenatorios) que impidan su procedencia.*

§ 6. La Probation en los Estados Miembros del Mercosur.

Hoy nos parece inconcebible pensar un estado con sus puertas cerradas al mundo, como así también la fluidez con la que se producen los cambios en el mundo jurídico nos obligan mantenernos actualizados en el campo que nos ocupa. Para lograr tales objetivos de suma importancia será conocer la situación penal de otros países y, particularmente, con los países con los que ya hemos concretado una unión regional.

En consecuencia, en una sociedad globalizada donde los estados procuran día a día hacer caer las murallas culturales, comerciales, sociales para conformar un gran estado a los fines de procurar una mayor integración y unificación de criterios (ya plasmados en muchos casos en convenciones internacionales), resulta de real trascendencia investigar si los estados del Mercosur adoptan o no el sistema de la probation o similares en miras de una futura integración legal.

A ello debemos agregar la función comparativa, que se puede desplegar con los estados en donde se estatuyen sistemas que a grandes rasgos se asemejen a la probation, por medio de los resultados obtenidos, discriminados en ventajas y desventajas para ir formando un sistema jurídico con una mayor solidez y eficacia en el tratamiento de las situaciones delictivas.

Para llevar adelante esta tarea tomaremos como base la obra de Carlos Alberto González “La probation en los estados miembros del Mercosur¹⁰”, en donde se hace un análisis pormenorizado de la cuestión.

Situación en la República Federativa del Brasil.

El artículo 77 del Código Penal brasileño prevé la *suspensión condicional de la pena*, es decir, que se acusa, se produce la prueba y en la sentencia donde se declara la culpabilidad se la deja en suspenso o no a la condena cuando se fije una pena privativa de libertad no superior a dos años. El plazo por el cual se suspende va de dos a cuatro años, no debiendo ser reincidente, además de gozar de un panorama que demuestre la conveniencia de adoptar tal decisión (para lo cual se verá sus antecedentes, conducta posterior al ilícito, peligrosidad, arrepentimiento, etc.). Una vez vencido el plazo y cumplida adecuadamente las condiciones por las cuales se concedió, se considera extinguida la pena privativa de libertad.

El mismo plexo normativo prevé la *libertad condicional* en el artículo 83, donde requiere para concederla que se condene a una pena privativa de libertad de dos años o su-

perior y goce de buena conducta. Exige, además, si el condenado no es reincidente haber satisfecho más de un tercio de la pena; en caso de haber sido declarado reincidente se requiere haber cumplido con la mitad de la condena.

Con la Ley Federal N° 9099 de 1995 dio lugar a la creación de un nuevo procedimiento sumarísimo para las infracciones penales consideradas menores y la introducción en el sistema penal brasileño de la “*suspensión condicional del proceso*”. Pasaremos a describir rápidamente los institutos.

En el primero de los procedimientos, luego de producido el hecho delictivo se cita a las partes (imputado y víctima) a una audiencia donde concurrirán con sus respectivos abogados donde el juez le hará saber sobre la posibilidad de reparar los daños causados y de la aceptación de una propuesta de aplicación inmediata de pena no privativa de libertad. El acuerdo a que se llegue se hace por escrito y es homologado por el juez. Si el juez acepta la propuesta sólo puede imponer una multa o restricción de derechos.

La suspensión condicional del proceso tiene lugar cuando el fiscal la propone conjuntamente con la denuncia, suspendiéndose por un plazo de dos a cuatro años siempre que el acusado no esté siendo procesado o no haya sido condenado por otro crimen y cuando se presente los demás requisitos que autorizarían a la suspensión condicional de la pena. Aceptada la propuesta por el acusado y su defensor, el juez fija un período de prueba y las reglas de conducta que debe observar en el mismo. Cumplido el plazo probatorio en forma positiva, sin objeciones, queda extinguida la punibilidad.

Esta última figura (la de la suspensión condicional del proceso) es la que más se asemeja con lo normado en el artículo 76 bis del Código Penal por la necesidad de reparar el daño causado si le es posible, por las prohibiciones de concurrir a ciertos lugares, por la fijación de un plazo determinado dentro del cual se ha de efectivizar esas conductas, etc. Pero, fácilmente, vemos que tiene lugar en un estadio más temprano que nuestra figura de la probation, ya que la primera se produce ad initio del proceso penal y nuestra institución tiene lugar para evitar el período de producción de las pruebas.

Situación en la República del Paraguay.

La ley 1160 en 1998 dio lugar a un nuevo Código Penal, en su artículo 44 contempla la *suspensión a prueba de la ejecución de la condena* exigiendo para su procedencia que sea una pena privativa de libertad menor a dos años, que exista perspectiva de buena conducta y el período de suspensión de la ejecución oscila entre dos a cinco años. Dio lu-

gar a una asesoría de prueba, para llevar adelante la vigilancia y supervisión del sujeto en período de prueba. Esta institución tiene gran semejanza con la probation autóctona, tal como se concibió en el derecho americano por la emisión de una sentencia declarativa de culpabilidad y por la instrumentación de una organización especializada en el seguimiento de los condenados. No presenta similitudes con la probation argentina en primer lugar por estar aquella preparada para un grado más avanzado, en tanto, la suspensión del juicio a prueba se presenta mucho antes de haberse comprobado la culpabilidad, en segundo lugar, podemos resaltar la puesta en marcha de un sistema real de seguimiento del condenado en el país vecino, mientras que en nuestro país no hay inversión en ese rubro.

También, se prevé la suspensión del pago de multas por medio trabajo en libertad a favor de la comunidad. Las multas se calculan por medio de días-multas, esa medida tiene un valor determinado. Por cada día-multa debe prestarse un día de trabajo, siendo las tareas encomendadas por el juez. Creemos que esas tareas se ajustaran a las aptitudes de la persona sometida a prueba. La multa puede ser sustituida por pena privativa de libertad, cuando no satisficere su pago y fuera imposible ejecutarla en los bienes del condenado. Un día de multa equivale a un día de privación de la libertad. Esta de más aclarar que en cualquiera de las situaciones cabe la posibilidad de revocar el beneficio por no haber cumplido con las condiciones impuestas.

En otra parte el texto punitivo, en su artículo 21, se ocupa de *la suspensión condicional del procedimiento* que va a tener lugar cuando sea posible la suspensión a prueba de la ejecución de la condena en las condiciones establecidas en el código penal. El imputado debe prestar consentimiento con la medida, admitir los hechos que se le imputan y reparar el daño ocasionado, haya firmado un acuerdo con la víctima en ese sentido o demostrado su voluntad de reparación. Cumplido exitosamente el período se produce la extinción de la acción penal. El art. 76 bis y sigs. del Código Penal argentino tiene gran similitud con este último instituto penal tratado.

Situación en la República Oriental del Uruguay.

El artículo 126 del Código Penal no enseña que se puede considerar extinguido el delito cuando el juez, al dictar sentencia, resuelve suspender la condena, siempre que el beneficiado, además de cumplir las obligaciones que le fueren impuestas por la ley o judicialmente, se abstuviere de cometer delitos, durante un período de cinco años. Se trataría de un caso de *suspensión condicional de la pena*.

Por otra parte, se encuentran institutos como la *libertad condicional* y la *libertad anticipada*(para los condenados).

Luego de haber hecho una rápida consulta a los sistemas penales en el ámbito del Mercosur nos parece correcto afirmar que la institución que ha nacido en nuestro sistema jurídico a partir de la ley 24.316 constituye un mecanismo de avanzada en la órbita penal, lo que no significa exitoso, ya que por intermedio de los resultados de su puesta en marcha tendremos un panorama más claro.

Brasil y Paraguay consagran mecanismos que tienen cierta similitud con la suspensión del juicio a prueba en Argentina en donde se puede apreciar que son rasgos comunes los siguientes: se produce en las etapas iniciales del proceso, hay un sometimiento del imputado a reglas de conducta, media un período en donde se deben materializar esas conductas y la producción de la extinción de la persecución penal cuando se cumplen con las obligaciones legales y judiciales impuestas.

§ 7. Interpretación de la ley penal.

Producida la vigencia de la suspensión del juicio a prueba para que, entre otras cosas, los tribunales de justicia dediquen más tiempo al estudio, investigación y decisión de los delitos más graves, se puede observar que esa finalidad fue satisfecha en poca medida. Esto se debió a la ambigua y desprolija redacción de los artículos 76 bis, 76 ter y 76 quater del Código Penal que trajo una ardua lucha entre quienes ven en los artículos dos supuestos diferentes(postura amplia) o un único caso(postura restringida), entre otras cuestiones.

La disparidad de criterios se debió en gran parte a la mayor preponderancia de un método interpretativo sobre otro. Debido a esto nos parece importante dedicar unas breves líneas a la interpretación de la ley penal. Para llevar adelante este objetivo tomamos como núcleo la exposición realizada por Carlos Creus en su obra “Sinopsis de Derecho Penal¹¹”.

Concepto.

Es la investigación dogmática que permite descubrir el sentido de la ley con el fin de aplicarla a casos concretos. Ello lleva inevitablemente a que los juicios de valor resultante de la actividad interpretativa no sean concordantes en algunos casos.

Necesidad.

La necesidad de la interpretación no depende de la oscuridad o claridad de la ley. Toda ley necesita ser interpretada en cuanto debe ser aplicada, lo cual es comprender lo que

expresa la ley en abstracto para poder hacer su aplicación en particular. Sin embargo, se levantaron voces negando la interpretación del juez penal argumentando que no son legisladores o porque en los gobiernos republicanos surge la imposición a los jueces de remitirse a la letra de la ley. A ello hay que sumarle que se temió un quebrantamiento del Derecho Penal en beneficio del auto y con ello, un debilitamiento de la autoridad estatal.

Actualmente, la interpretación es una necesidad en materia jurídica y la búsqueda de la correcta interpretación es lo que más atrapa a los operadores jurídicos.

Objeto.

La interpretación tiene por objeto descubrir la real voluntad de la ley, no la del legislador: porque la voluntad de la ley puede no coincidir con la del legislador, ya que éste, por defectos técnicos (por ejemplo, errores de expresión), puede haber formulado la ley de modo imperfecto con respecto a lo que pensaba, o sea decir algo distinto de lo que quiso decir; porque las conclusiones de la interpretación pueden ser diferentes en el momento de la aplicación de la ley con respecto al momento de su creación, lo que puede deberse a cambios operados en el resto del ordenamiento jurídico durante su vigencia o a cambios en las contingencias históricas con influencia sobre la ley.

De esto último se deduce la interpretación progresiva, en donde se dice que resulta muy difícil que las leyes puedan contemplar en su seno cuáles son las transformaciones que se van a producir en la sociedad, por lo cual el juez debe, según esta interpretación, adecuarlas a las necesidades de la sociedad que pueden ser diferentes a las existentes al momento de la sanción de la ley.

Naturaleza.

La interpretación tiene un carácter estrictamente cognoscitivo, porque es una forma de pensar en la ley “que ya existe” y el interprete sólo aprehende los pensamientos que ya están en esa ley, no crea.

De las reglas que rigen la interpretación.

Según Creus no son principios lógicos sino normas jurídicas contenidas en distintos ordenamientos que van a estar dirigidas al juez imponiéndole deberes a los que debe atender en su tarea interpretativa. Las mismas no pertenecen al derecho procesal sino material, puesto que no disponen “cómo” ha de efectivizarse el derecho, sino cuál es la voluntad de la ley misma respecto de su interpretación.

Los distintos procedimientos interpretativos pueden referir a la forma de la ley o a su contenido.

a- Procedimientos referidos a la forma de la ley(gramatical-sintáctico).

Tienen por objeto examinar la fórmula legal para determinar, de acuerdo con las reglas gramaticales y el sentido de los vocablos utilizados, qué es lo que efectivamente dice la ley. Algunas de las pautas interpretativas que pueden ser tenidas en cuentas son las siguientes:

- La fórmula debe ser tomada en su total literalidad, es decir, no se puede fraccionar interpretando separadamente cada una de sus partes.

- La ley no contiene vocablos superfluos: todo vocablo comprendido en la ley tiene un significado dentro de ella, el intérprete no puede dejar de lado ninguno.

- La tarea interpretativa debe tener como primera fuente legal a las palabras utilizadas en la ley dándole prioridad al significado técnico de las palabras por sobre el concepto vulgar de los términos. De Ruggiero dice que “de ellas deben deducirse el pensamiento y la voluntad legislativa, no considerando las palabras aisladamente, sino en su conexión lógica y sintáctica¹²”.

- Donde la ley no distingue no se debe distinguir. Así como no se le puede negar valor a lo que la ley dice, no se le puede otorgar valor a lo que no dice.

b- Procedimientos referidos al contenido de la ley(teleológico).

Son lo que procuran determinar cuál es el verdadero sentido de la punición de la ley, es decir, cuál es el bien jurídico que protege y en qué medida lo protege. Se compone de dos procedimientos principales:

- Procedimiento sistemático: se realiza a través de dos indagaciones fundamentales, una propiamente teleológica, en los que se procura la exacta determinación de los verdaderos fines de la ley, en el sentido de cuál es el bien jurídico protegido. La otra, la sistemática, se procura corroborar los resultados de la anterior por medio de la determinación de dos ordenes de relaciones de la ley: las de conexión de la ley penal particular con el resto del ordenamiento jurídico-penal y las de conexión de la ley penal con el resto del ordenamiento jurídico.

- Procedimiento histórico: puede referirse tanto nacimiento de la ley cuanto a su posterior evolución. En cuanto al nacimiento de la ley se procura determinar la “ocatio legis”, es decir, el motivo que suscitó la sanción de la ley; y el pensamiento del legislador sobre la “ratio legis”, para lo cual resultarán de suma utilidad los trabajos preparatorios, las discusiones parlamentarias, etc. En cuanto a la evolución de la ley, comprende dos descripciones principales: la de la evolución general del sistema jurídico y la de la evolución

de la realidad social en la que la ley se inserta. No hay dudas que la interpretación previsoramente forma parte de esta al formar al ser un estadio previo al dictamen judicial consistente en imaginarse las consecuencias y efectos que pueda tener en la sociedad la aplicación de las normas¹³.

c- Relación entre los procedimientos.

En el mundo jurídico, a través del tiempo, una cuestión que inquieta a los juristas recae sobre la prevalencia o no de un método interpretativo sobre otro. Primero, nos encontramos con la Escuela de la Exégesis, donde el derecho positivo y la intención del legislador era todo; como crítica a esta escuela surgió la Escuela Científica del Derecho que nos enseña que existen fuentes reales como son la experiencia y la razón, y fuentes formales que expresan o traducen las fuentes reales, es decir, son la norma legal, la norma consuetudinaria y las normas que eventualmente derivan de la jurisprudencia y de la doctrina. También, podemos encontrarnos con la Escuela Libre del Derecho que otorga al juez amplias facultades decisorias.

Según Carlos Creus estos procedimientos no son excluyentes los unos de los otros, ni algunos de ellos tienen una exclusiva función de corroboración de los resultados de los otros, sino que necesariamente deben ser actuados conjuntamente. Concluye diciendo que un correcto examen gramatical no se puede realizar sin recurrir al procedimiento teleológico que demostrará en qué sentido el legislador ha utilizado ciertos vocablos, y el resultado del examen del contenido de la ley no puede ser motivo para desechar las conclusiones a que se arribe en el examen de la fórmula literal.

Clases de interpretación.

Según el origen tenemos las interpretaciones procedentes de organismos estatales y la doctrina.

Se encuentran comprendidas en la interpretación estatal la auténtica y judicial.

A la primera se la reconoce por ser la declaración del sentido de la ley producida por el mismo órgano que la dictó, por medio de un acto de igual jerarquía legislativa, ya sea en el mismo contexto de la ley interpretada (contextual, ej., art. 77 CP) o en una ley distinta (posterior). Se sostiene que la ley interpretativa posterior sólo se encarga de aclarar el contenido de la anterior no constituyendo una nueva ley con la particularidad de no poder modificar sentencias firmes pero ser aplicables a los sucesos antes de su vigencia que no han sido juzgados. Parte de la doctrina niega la retroactividad de la ley aclaratoria cuando sea en perjuicio del imputado.

La interpretación judicial es la que realiza el órgano jurisdiccional para resolver la adecuación de la ley a un caso concreto, es aquella que sólo hace surgir efectos entre las partes del proceso salvo que se este en presencia de una sentencia plenaria o sentencias casatorias. Se dice que el juez ante errores materiales en donde se podrían corregir por la autoridad jurisdiccional, peor cuando esa corrección implique modificar el sentido de la ley no le estaría permitido. Algunos sólo lo admiten, en este último caso, cuando sea en beneficio del reo.

La interpretación doctrinal es la efectuada por los juristas por medio de la declaración del sentido de la ley para su aplicación a los casos concretos, careciendo de todo efecto vinculante.

Según los resultados tenemos a la interpretación declarativa, la restrictiva y extensiva.

La interpretación declarativa se da cuando de la investigación del contenido de la ley se desprende que ésta coincide exactamente con lo que ella expresa en su literalidad.

La restrictiva aparece cuando la investigación del contenido demuestra que casos aparentemente comprendidos en la literalidad de la ley quedan excluidos por no coincidir con la finalidad de la misma. Esta va a ser necesaria cuando, de considerarse el caso dubitado incluido en la ley, ésta no cumpliría sus finalidades.

La extensiva se da cuando la investigación del contenido demuestra que la literalidad de la ley no expresa taxativamente casos que quedan comprendidos implícitamente en la misma. La ley dice mucho menos de lo que ha querido decir.

La interpretación es siempre declarativa, en cuanto es función del interprete coincidir la forma y el contenido de la ley.

Toda interpretación penal que se haga debe tener como base el texto legal, pudiendo recurrir a otros medios cuando el texto es insuficiente o confuso pues de lo contrario se podría afectar garantías constitucionales al imponer una sanción cuando la ley no pena esa conducta.

Bueno es traer a conocimiento unas palabras de Joaquín S. Ruiz Pérez¹⁴ que no hacen más que ilustrar con sabias palabras la actividad interpretativa judicial: "...la verdadera tarea interpretativa supone, en esencia y antes que nada, la búsqueda de la legalidad aplicable que los valores superiores del derecho no puedan ser negados ni desconocidos; y todavía más: para que queden concretados y plasmados valores éticos extralegales y conte-

nidos culturales y económicos vigentes en la sociedad donde actúa, asumiendo así el importante papel que le corresponde en la creación judicial del derecho... Es por ello que el juez no puede ser un simple autómatas aplicador de la normativa, que se desentienda de la práctica social y de los dictados de la equidad. Ha de estar muy atento a las precisiones de la sociedad en que actúa y a la filosofía de sus aspiraciones. Ha de preguntarse, constantemente, por los fines de su propia acción y por los resultados de ésta... Para el juez, el proceso no sólo debe ser una técnica: también ha de ver y conocer el conflicto humano que hay tras de él, prever las consecuencias de sus decisiones y tener presente siempre que los destinatarios de su acción son el hombre y la sociedad. No olvidemos que el juez pulsa una actividad que se mueve entre la limitada finitud de los conflictos humanos y una infinita ansiedad de realización de justicia...”

Según la Corte Suprema de Justicia de la Nación “la primera fuente de interpretación de la ley es su letra, pero además la misión judicial no se agota en ello, ya que los jueces, en cuanto servidores del derecho para la realización de la justicia, no pueden prescindir de la intención del legislador y del espíritu de la norma, todo esto, a su vez, de manera que las conclusiones armonicen con el ordenamiento jurídico restante”(Estado Nacional v. Rudaz, Martín A.) y en Cupeiro, Jorge v. A.C.A. se dijo: “... el art. 18 de la reformada, en particular del art. 41 proscribire la aplicación analógica o extensiva de la ley penal, pero no su razonable y discreta interpretación tendiente al cumplimiento de los propósitos de sus preceptos...”

PARTE ESPECIAL

CAPÍTULO I

“Pena que determina la procedencia del instituto previsto en el art. 76 bis y ss. CP”

§ 8. Fundamento de la escala penal comprendida.

Podemos adelantar que las aguas no están tranquilas en el capítulo que estamos comenzando a desarrollar y esa es una de las razones por la que elegimos estudiar el tema.

La finalidad de la penalidad objeto de la probation tiene mucho que ver con las dos corrientes que se van a pasar a esbozar próximamente, sin embargo, sucintamente podemos decir que para algunos es brindar una solución para los delitos denominados leves en abstracto y en concreto (de competencia correccional) buscando evitar los efectos estigmatizantes del proceso y beneficiando a los delincuentes primerizos con la posibilidad de la extinción de la acción penal si cumplen con las reglas de conducta que la ley dispone. En tanto, otros dicen que no sólo comprenden los delitos leves en abstracto, sino los de mediana gravedad en abstracto pero que por la condena aplicable en concreto demuestran su levedad (párr. 4to. del art. 76 bis CP) encontrándose con el dictado de una condena que deja en suspenso la ejecución de la pena, pudiendo ser de competencia correccional o de instrucción. Razones de economía procesal y de resocialización del delincuente primario, al igual que la vertiente anterior, fundamentan esa brecha de individuos autorizados a pedir su aplicación. La última de las interpretaciones aumenta el espectro de los delitos pasibles de ser encausados por vía de la probation.

§ 9. Desarrollo del tema.

Para que sea de mejor comprensión el debate jurídico en torno a la aplicación amplia o restringida del instituto es necesario tener presente el texto legal a partir del cual se genera tal situación, por lo que transcribiremos el art. 76 bis indicando los párrafos:

Párrafo 1º: “El imputado de un delito de acción pública reprimido con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años, podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba”.

Párrafo 2º: “En los casos de concursos de delitos, el imputado también podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba si el máximo de la pena de reclusión o prisión aplicable no excediese de tres años”.

Párrafo 3º: “Al presentar la solicitud, el imputado deberá ofrecer hacerse cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible, sin que ello implique confesión ni reconocimiento de la responsabilidad civil correspondiente. El juez decidirá sobre la razonabilidad del ofrecimiento en resolución fundada. La parte damnificada podrá aceptar o no la reparación ofrecida, y en este último caso, si la realización del juicio se suspendiere, tendrá habilitada la acción civil correspondiente”.

Párrafo 4º: “Si las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable, y hubiese consentimiento del fiscal, el tribunal podrá suspender la realización del juicio”.

Párrafo 5º: “Si el delito o alguno de los delitos que integran el concurso estuviera reprimido con pena de multa aplicable en forma conjunta o alternativa con la de prisión, será condición, además, que se pague el mínimo de la multa correspondiente”.

Párrafo 6º: “El imputado deberá abandonar a favor del Estado, los bienes que presumiblemente resultarían decomisados en que recayera condena”.

Párrafo 7º: “No procederá la suspensión del juicio a prueba cuando un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, hubiese participado en el delito”.

Párrafo 8º: “Tampoco procederá la suspensión del juicio a prueba respecto de los delitos reprimidos con pena de inhabilitación.”

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

Sobre este texto se tejen dos posturas bien diferenciadas que inevitablemente conducen a resultados no uniformes en la aplicación de la probation.

Por un lado, nos encontramos con una postura denominada “restricada” y, por el otro, observamos que parte de la doctrina y jurisprudencia se inclina por vertiente que se la denomina “amplia”, en virtud que la solución que pregonan aumenta el número de delitos en los cuales son susceptibles de ser encuadrados en la normativa de los art. 76 bis, ter y quater.

Al comienzo de la aplicación del instituto de suspensión del juicio a prueba se podían ver claramente las dos cadenas argumentales:

“Es exigencia ineludible para que proceda la suspensión del proceso a prueba que la sanción prevista para los delitos que se le imputan al procesado no supere el tope de 3 años de prisión (art. 76 bis, parte 1ra., CP)¹⁵”.

“No surge de los extensos discursos legislativos de la ley 24316 ninguna mención a una doble posibilidad de solicitar la suspensión del proceso, ni tampoco se deja entrever en ninguna de las manifestaciones, duda alguna acerca de que el régimen está destinado íntegramente a ser aplicado a delitos cuya pena máxima no exceda de 3 años¹⁶”.

“Lo establecido en el apartado cuarto del art. 76 bis, agrega a las exigencias de los apartados anteriores del mismo artículo, como condición sine quanon, la probabilidad de una sentencia futura de condena en forma condicional por lo que de ninguna manera configura un diferente supuesto, ya que de esa forma se estaría ante una forzada interpretación, ajena a la ley¹⁷”.

“La norma prevista, menciona pura y exclusivamente la exigencia de que la pena en abstracto no supere los tres años de prisión, y si hubiera querido decir otra cosa, lo hubiera dicho, y no hubiera tenido la redacción contenedora de la exigencia de que la pena prevista para el delito intimado en la imputación procesal -procedimiento-, no supere ese monto penal. El art. 76 bis del Código Penal ha introducido en el ordenamiento legal argentino, un sistema limitado a delitos cuya pena máxima no supere los tres años de prisión o reclusión, sin posibilidad de hallarse un paralelo entre lo atinente a la probation propiamente dicha y la previsión del párrafo 4º del artículo 76 bis del Código Penal¹⁸”.

De la otra vereda la cuestión se veía de otra manera, así podemos ver los siguientes fallos hablando de dos supuestos de procedencia:

“El párrafo 4º del art. 76 bis del C.P. introduce un supuesto de procedencia de suspensión del juicio a prueba diverso al previsto por el párrafo 1º de la misma norma, al que satisface la expectativa de condicionalidad de la pena aplicable, más allá del máximo legal de la pena conminada para el delito de que se trate. Sostener que, por el contrario sólo introduce un requisito más – la estimación de condenación condicional- al establecido, entre otros, en el párrafo 1º -tope temporal en tres años de reclusión o prisión-, importa una interpretación que entraña contradicciones dogmáticas al propio tiempo que parece desatender criterios de razonabilidad¹⁹”.

“El párr. 4 del nuevo art. 76 bis CP. -versión ley 24316 -, extiende su aplicación a aquellos ilícitos, que teniendo una máxima superior a los 3 años, atento a las "circunstancias del caso" pueden llegar a una condena en suspenso”²⁰.

“Una interpretación restrictiva de la suspensión del juicio a prueba que limitara su aplicación sólo a penas inferiores a 3 años, traería como consecuencia negativa que acciones delictivas más graves, tales como el hurto en algunos casos, la ocultación de menores a la investigación de la justicia o el abuso de armas entre otros, pudieran ser objeto de suspensión a prueba, y no el hecho consistente en la falsificación de un certificado de estudios secundarios, lo cual resultaría a todas luces contrario al principio de equidad y a los fines perseguidos con la reforma legal introducida”²¹.

Similar situación acaeció en la doctrina. Desde muy temprano Julio De Olazábal fue uno de los primeros defensores de la tesis amplia, así nos enseñaba: “... sostenemos que para decidir sobre el otorgamiento de la suspensión a prueba del juicio, la pena que deberá tenerse en cuenta y que no deberá superar los tres años de privación de libertad, es la que concretamente se perciba como aplicable en ese caso concreto, aunque abstractamente hubiese sido posible otra mayor”²². En este sentido se enrolan Carlos Bossi y Daniel Ranuschio²³ al decir “no nos cabe duda la menor duda de que nuestra interpretación” -la amplia- “es la más humana que permite la ley, de la cual no podemos apartarnos, sino que también es la más conveniente”, el Procurador General de la Nación recomendando por la instrucción 39/97 hacer lugar a los pedidos de probation según la postura amplia y Marcelo Castañeda Paz hace lo propio en su obra “Probation”²⁴.

Entre los autores que optaron por circunscribir el ámbito de aplicación tenemos a Carlos Edwards²⁵ “Tanto cuando se trate de un único delito como cuando se suceden una pluralidad de hechos, el máximo de la pena no puede exceder de tres años”, Carlos Ochoa²⁶ dice que es procedente para “los delitos correccionales atento al tope legal que específicamente se ha fijado” y Nelson Pessoa²⁷ concluye “...se podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba en los casos de penas privativas de libertad(reclusión y prisión) cuyo máximo no exceda de tres años”.

Este era y es, al continuar muchos autores con su posición, el panorama reinante en la doctrina y en la jurisprudencia antes y posterior a los plenarios. Con el dictado de ellos implicó un quiebre, produciéndose la unificación de los criterios a raíz de la obligato-

riedad de la interpretación acogida en el plenario. Ello puso fin al largo tiempo de inseguridad jurídica y desigualdad consagrada en tantos fallos desentrañados.

Indudablemente que, en los Juzgados o Tribunales, donde se considera a la obligatoriedad de los plenarios inconstitucional no se va a observar lo decidido al pie de la letra, ello sucedió en el Tribunal Oral en lo Criminal nro. 18²⁸ y el Tribunal Oral en lo Criminal nro. 23²⁹. Como replica de ellos la Cámara Nacional de Casación Sala III se alzó en contra de esa postura en “Galván, Oscar Osvaldo s/recurso de casación”(28/03/01 – causa n° 3117)³⁰.

Como advertencia preliminar al desglose de una y otra postura, tenemos que reconocer que ambas respetan el principio de legalidad, al encontrar en la ley la interpretación que llevan a cabo, de modo, que de esa manera queda salvado el principio contenido en el artículo 18 de la Constitución Nacional. Subsidiariamente, al ser tan controvertido el texto, la corriente restricta recurre a la voz legislativa en forma prioritaria para dilucidar que es lo que el legislador contempló y expresó en los debates parlamentarios, en cambio, quienes admiten la existencia de dos supuestos en el art. 76 bis desprestigian la interpretación histórica y recurren al fin teleológico del instituto.

Los argumentos que se han esbozados para defender cada posición y desterrar la vigencia de la interpretación antagónica son de los más variados, por eso el tratamiento separado se constituye en la mejor forma que tenemos para explicarlos

CON RESPECTO A LA POSTURA RESTRICTA:

Es bueno empezar con el análisis gramatical del texto legal que lleva a construir la tesis de la unidad, es decir, encuentran en los artículos que nos hablan de la suspensión del proceso a prueba un único supuesto de procedencia, se ha dicho que: “Cuando al inicio del párrafo 1° el art. 76 bis expresa “reprimido con pena...”, evidentemente no alude al imputado, sino al delito, del mismo modo que en el párrafo 2° el “máximo de la pena... aplicable” no refiere tampoco a una pena concreta seleccionada para un imputado, sino al máximo que puede ser aplicado(acepción del término aplicable) a un imputado de determinado “concurso de delitos”, con lo cual está dando inequívocas muestras de lo que afirmamos”³¹. Es decir, que cuando habla de “aplicable” se refiere a las penas que van a ser objeto de suma por derivación de los principios del concurso real o ideal.

Siguiendo el análisis del texto se dice que puede apreciarse en el 4to. párrafo del artículo, y a diferencia de los que ocurre en el segundo, la norma no alude al “máximo de la pena...aplicable”, sino que refiere a la “condena aplicable”, dejando en claro entonces que, no obstante el empleo en ambos casos del término “aplicable”, en el 2º párr. alude a la escala penal en abstracto, mientras en el cuarto refiere inequívocamente a una hipótesis condenatoria elaborada ya en concreto.

Para una mejor forma de justificar que en el cuarto párrafo se refiere a una condición más de admisibilidad en el caso concreto se recurre a la expresión del párrafo quinto del artículo 76 bis “...será condición, además...”, caso contrario sería un requisito para el segundo supuesto.

Se hace notar que el primer párrafo del artículo 76 bis del Código Penal dice que “podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba” y no “será procedente”, descartando que en el supuesto del primer párrafo se deba proceder a la suspensión del juicio con el sólo requisito de verificabilidad de la pena establecida en ese párrafo -vertiente amplia-. Además de demostrar que se deben cumplir con ciertos requisitos que se enuncian con posterioridad.

Casi en forma unánime, luego de hacer un estudio pormenorizado de la norma se encarga de poner énfasis en lo que los legisladores expusieron durante el proceso de su elaboración, en este sentido el Dr. Crippa García dijo en el plenario “Zalazar” que: “... el informe que brindara el Presidente de la Comisión de Legislación, diputado Hernandez, se menciona como la primera de las principales innovaciones “lo que se suspende es el juicio, pero no el proceso sumarial, limitándose la aplicabilidad de la suspensión a los casos de delitos que efectivamente sean de menor gravedad, es decir, aquellos cuya pena máxima no supere los tres años””, agrega lo que se incluye en el dictamen de la Comisión de Legislación Penal “como muestra precisa del alcance de la norma, un listado de delitos comprendidos en el nuevo régimen, y en el que están solamente los que tienen prevista una pena máxima en abstracto de tres años(Ver Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, del 18/06/93, ps. 1447/1449)”.

A su vez, se puede observar que durante el proceso legislativo se coartó la posibilidad de aplicar el instituto a penas mayores de tres años en abstracto, como originalmente lo preveía el proyecto presentado por el Poder Ejecutivo de lo cual se deduce una voluntad de restringir los casos a ciertas situaciones menores. Haciendo referencia a los delitos que

la norma comprende, el voto mayoritario del caso “Kosuta” sostuvo: “En efecto, se consagra excluir del juzgamiento penal -mediante la paralización del proceso- la gran variedad de delitos conminados con penas que no superan los tres años de prisión, comúnmente denominados "insignificantes" o "de lesión mínima al ordenamiento jurídico" o "faltas de baja potencialidad ofensiva" o "delitos de bagatela"; en beneficio del delincuente primario u ocasional, evitando el mal -la estigmatización que dificulta su resocialización- que implica la imposición de una pena (sustituyéndola por una serie de reglas de conducta) y procurando su rápida reintegración a la sociedad. Asimismo, la aplicación de esta moderna técnica posibilita la descongestión de puntos críticos de la organización judicial argentina, permitiendo "obtener un rendimiento mejor que el observado hoy por la sociedad" (Mensaje del Poder Ejecutivo al Honorable Congreso de la Nación en "Antecedentes Parlamentarios", La Ley, año 1994, n. 2, p. 18)”. A su vez agrega más adelante que el “...senador Augusto Alasino, quien ante la propuesta del senador Alberto Rodríguez Saa de aplicar el instituto de la suspensión del proceso a los delitos cuya pena no exceda los seis años, manifestó que "cada uno puede tener un enfoque distinto con relación a los delitos que pretende incorporar a esta figura, pero es prudente pensar que los tres años prefijados están encaminados simplemente hacia delitos menores, diría muy menores, que en la mayoría de los casos -sobre todo en muchas provincias- culminan en los procesos correccionales. ..("Antecedentes Parlamentarios", La Ley, año 1994, n. 2, págs. 90, 91, 94, 95, 125 y 160)”.

Asimismo, se debe tener en cuenta la política criminal que el órgano estatal desea poner en vigencia lo que llegó a afirmar que “...esta escala penal”, la del art. 76 bis, “viene a confirmar que la paralización del juicio sólo será respecto de los delitos considerados leves, si lo analizamos desde la perspectiva procesal, nos encontramos que esta modalidad de probation comprende a los delitos de competencia correccional³²”. Considerar leves a los delitos por el sólo hecho de pertenecer a la competencia correccional ha merecido críticas, como muestra de ello tenemos a Bruzzone al explicar que “frente a los mínimos y máximos existentes para los tipos penales de la parte especial del Derecho Penal y las reglas del concurso de la parte general, con que la tradición argentina regula la morna en que se determina la pena, la definición de infracción leve o grave, desde el punto de vista penal, sólo pueden efectuarla los jueces en grado al disvalor objetivo o subjetivo que la conducta represente y el reproche de culpabilidad derivado³³”. De esta manera se desconoce la función pre-

ventiva de la probation para dar lugar a un motivo que, según la tesis estricta, es de mayor importancia como es el descongestionamiento judicial en la faz correccional.

El orden sistemático y coherente del ordenamiento jurídico evidencian la interpretación que estamos analizando en dos situaciones:

⇒ La escala de las penas privativas de libertad transita desde la más grave a la más leve así: el cumplimiento efectivo de la pena, la liberación anticipada, la libertad condicional y, por último, la suspensión del juicio a prueba.

⇒ El método de redacción que ha utilizado el legislador en el artículo 76 bis CP ha sido el mismo que en los artículos 13 y 26 del mismo cuerpo legal, en ambos primero se definen los casos y luego las condiciones que deben evidenciarse en concreto para su procedencia, resultando ser el estilo sistemático que ha elegido el legislador para presentar los institutos.

Luego de exponer los argumentos que hacen solventar la interpretación que postulan podemos sintetizar las críticas más importantes que le hacen a la tesis antagónica:

⇒ El Dr. Jukic en el fallo Zalazar expresó que “la doctrina que propicia su extensión a delitos de mayor gravedad a los previstos expresamente en la ley; postura que a mi juicio –en razón de tal ausencia- no respeta la sistemática de la norma, fracciona indebidamente su contenido inescindible y atribuye implícitamente al legislador un grosero defecto de redacción”, de ahí llega a sostener que “el art. 76 bis en sus párrafos 1º y 2º define cuales son los casos en los cuales –en abstracto- puede suspenderse el juicio a prueba” y “en los párrafos 3º, 4º, 5º y 6º, el art. 76 bis establece las condiciones que deben mediar en concreto”.

⇒ Se expresa que pudiera resultar más útil para aliviar el funcionamiento del sistema judicial y, en definitiva, otorgaría mayores posibilidades de aplicación a la suspensión del juicio a prueba, pero se considera que excede el marco legal y el ordenamiento jurídico restante en su conjunto y que fuerza la interpretación al extremo que se tendría que afirmar que para el segundo supuesto – delitos con condena aplicable de tres años, susceptibles de condenación condicional- sólo se requiere el consentimiento fiscal sin que se exija la necesaria solicitud del interesado al respecto. Produciéndose la afectación a la garantía constitucional de defensa en juicio y al principio de inocencia. Esta crítica es refutada por Alberto Bovino³⁴ al decir: “tal afirmación es incorrecta. En primer lugar, esa interpretación

es absurda. Con excepción de Saenz y algún otro autor, casi ninguno de los partidarios de la tesis amplia sostienen seriamente que el imputado no deba ser interrogado en todos los casos, y, además, realizar una manifestación expresa de voluntad para someterse al régimen de la suspensión a prueba”. Una mayor amplitud de los argumentos propuestos por el autor podemos encontrarlos en el desarrollo de la posición opuesta a la que tratamos.

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

Esta interpretación es seguida por: Jorge Recalde y Santiago Garcia Berro (“Suspensión del juicio a prueba: a casi cinco años de su creación”, *El Derecho* 180-1093); Guillermo Enrique Frielle (“Algunas consideraciones sobre el instituto de la suspensión del juicio a prueba”, www.eniacsoluciones.com.ar/terragni/doctrina/suspension.htm#8); Alejandro Becerra (“Probation: ¿Aplicación amplia o restringida?”, *JA* 1997-III-801); Carlos Edwards (“La probation en el Código Penal Argentino, 2ª edición Ed. Marcos Lerner 1997); Esteban Franichevich (“Probation. Soluciones prácticas”; Ed. Juris 2003); Plenario en Santa Fé: “Zalazar”(22/12/98 - Zalazar, Eduardo R. /Acuerdo n. 15 *JA* 1999-I-553 Lexis N° 990536), Plenario de la Cámara Nacional de Casación Penal: “Kosuta”(17/8/99 - Kosuta, Teresa R. /plenario n 5 *JA* 1999-III-630 Lexis N° 993167), Carlos

Creus(“Los límites de la pena privativa de libertad como condición de la suspensión del juicio a prueba(art. 76 bis CP), JA 2000-I-738) y Nelson Pessoa(“Suspensión del juicio a prueba: esquema de una análisis de la ley 24.316”, JA 1995-I-837).

Interpretación que promueven:

Los párrafos 1ro. y 2do. del artículo 76 bis comprenden casos en abstracto donde puede pedirse la suspensión del juicio a prueba.

En tanto, los párr. 3º, 4º, 5º, y 6º establece el desarrollo procesal y las condiciones puntuales que deben darse en el caso sometido a tratamiento, es decir, que son situaciones que corresponden analizar en el caso concreto.

Los párrafos 7º y 8º consagran dos excepciones(cuando intervino un funcionario público y cuando se trate de penas de inhabilitación) que en abstracto obstan a la procedencia del instituto.

CON RESPECTO A LA POSTURA AMPLIA:

La identificación en el plexo normativo de las dos situaciones de procedencia se realiza de la siguiente manera: en el primer párrafo se prevé pena en abstracto(pena cuyo máximo no exceda de tres años), en tanto que en el cuarto párrafo se considera la pena en concreto, con clara alusión al art. 26 del digesto sustantivo(pena aplicable), además, “tanto el primero como el segundo párrafo prevén distintas especies de penas privativas de la libertad(pena de reclusión o prisión y pena de prisión –como consecuencia del reenvío al art. 26 CP-, respectivamente)³⁵”.

En torno a ello se ha dicho que “... es cierto que el párrafo 1º, al apuntar a la pena máxima de ‘un delito’ parece traducir el criterio de la pena conminada en abstracto por la escala prevista en la parte especial, sin embargo los párr. 2º y 4º quebrantan aquel aspecto objetivo al hacer mención de la pena o condena ‘aplicable’ por cuanto con una expresión aluden ‘a la que puede o debe corresponder a una persona’ y semejante estimativa pasa, indefectiblemente, por una prognosis concreta...”³⁶.

Continuando con la terminología empleada en el texto se dice que “en razón del uso que la ley hace de los términos "juez" en el tercer párrafo del art. 76 bis y "tribunal" utilizada en el cuarto, puede admitirse la existencia de dos supuestos de procedencia al re-

sultar compatibles con el órgano jurisdiccional que en la etapa de debate puede acordar la suspensión del proceso a prueba (órgano unipersonal para los delitos leves representado por el juez correccional) y órgano colegiado para los delitos de mayor gravedad (o sea, el tribunal de juicio)”³⁷. Al desconocer esta distinción aduciendo términos similares se olvidan de los principios básicos que dicen que Tribunal refiere a un órgano colegiado y Juez a órgano unipersonal. Esto es tomado por los partidarios de la tesis limitativa como términos genéricos que son utilizados indistintamente.

Particular debate se ha suscitado en referencia al término “reclusión” del primer párrafo del artículo 76 bis CP:

Marcelo Castañeda Paz en su libro “Probation” citando lo dicho por Almeyra que dice: “Es que si la pena de reclusión ha sido excluida del beneficio de la condicionalidad de la ley 23.057 parece expresamente claro que no existe otra posibilidad que interpretar los dos párrafos transcriptos(1ro. y 4to. del art. 76 bis) como rigiendo situaciones diferentes. Y de ello se sigue que no sólo respecto de los hoy llamados delitos correccionales es pensable la suspensión del proceso a prueba sino también en orden a los hechos ilícitos más graves, siempre que la conminación penal admita la posibilidad de que la sentencia que pueda recaer sea de ejecución suspensiva...”. De ahí que, como la pena de reclusión no es susceptible de condenación condicional se deben aceptar dos supuestos: uno para todo delito que no exceda los tres años de prisión o reclusión, y, el otro(párr. 4to.del art. 76 bis), donde se analiza la viabilidad cuando la condena aplicable puede ser dejada en suspenso. Indudablemente, esta ha sido una de las cuestiones que más dificultades de justificación ha traído a la vertiente restricta. No es para desaprovechar el comentario que realiza sobre este punto el Dr. Carlos Creus evitando este problema por medio de una solución practica: “La tesis de la unidad se mantiene por medio de la siguiente interpretación de los procedimientos de impetración y decisión: el imputado puede pedir la suspensión del juicio siempre que el o los delitos imputados tengan asignada una pena privativa de libertad no superior a los tres años, sea una pena de prisión o reclusión que funcione alternativamente con aquélla(párr. 1 y 2), pero el tribunal únicamente puede hacer lugar a los solicitado cuando el pronóstico de pena que le es posible formular, permita la procedencia de la condenación condicional según el art. 26(párr. 4to. 76 bis), lo cual exige descartar la aplicación de la pena de reclusión prevista como aplicable alternativamente³⁸”.

En este último sentido se ha pronunciado el Dr. Jukic en el fallo Zalazar, en donde dijo “...de ninguna manera puede haber tenido en miras comprender en la expresión a delitos en los cuales esta prevista únicamente la pena de reclusión con ese tope temporal,”(de tres años) “casos en los cuales la condena necesariamente habría de ser de cumplimiento efectivo por imperio del art. 26 CP, y ello sencillamente porque tal tipo de delitos no existe en el Código”. Considera que la incorporación del término “reclusión” obedece a querer referirse a los delitos que tienen pena privativa de libertad a la de reclusión en forma alternativa con la prisión. Continúa diciendo que “esta clase de delitos si existe”, procediendo a enumerarlos posteriormente: “el delito de lesiones graves cometidas en estado de emoción violenta(arts. 90 y 93 CP) y la figura básica de la privación ilegítima de libertad(141 CP) son casos para los cuales se fija una escala penal aplicable de seis meses a tres años de reclusión o prisión”. Finalmente cita expresiones vertidas en el fallo “Muñoz Saavedra, Juan³⁹” en donde se trató el tema “mediante la interpretación de que en el párr. 1º art. 76 bis se prevé la suspensión aún para penas efectivas, se caería en lo que consideran absurdo de posibilitar la suspensión del juicio a prueba para imputados por delitos con pena en abstracto menor a tres años que han sido condenados con anterioridad, incluso a penas efectivas, y que además pueden llegar a ser reincidentes, cuando no podrían ser merecedores de un beneficio de substancialmente menor entidad como lo es la condenación condicional, y -agrego yo- en el último caso tampoco podrían obtener siquiera la libertad condicional conforme al art. 14. Se reflexiona además en el citado fallo, que cuando se comete nuevo delito luego de una suspensión del juicio a prueba, se revoca el beneficio y la pena será inexorablemente de cumplimiento efectivo (art. 76 ter, 5º párr. CP), mientras que si -también por comisión de nuevo delito- es revocada una condena de ejecución condicional, debiéndose unificar penas en una de cumplimiento efectivo que no supere los tres años, existiría la posibilidad de obviar tal sanción con recurso a la impugnada interpretación del párr. 1º art. 76 bis que facultaría la suspensión del juicio a prueba; con lo cual se estaría tratando de manera más severa al que tendrá su primera condena, que al que ya registra anteriores”.

Oponiéndose y criticando al criterio del Dr. Jukic se ha dicho que no es cierto que no existieran delitos con pena de reclusión menor a tres años, ya que al momento de la sanción de la ley 24.316 estaba en vigencia el infanticidio y la del homicidio en estado de emoción violenta tentado, si es que la reducción de la escala penal se practica como lo enseña parte de la doctrina, en términos generales es lo que explica Almeyra.

Si bien esta es la manera como se salta el escollo que causa la palabra “reclusión” para la interpretación promovida por algunos, utilizada en el primer párrafo por el artículo 76 bis CP, lo cierto es que no todos siguen esta conclusión en la postura restricta. Podemos encontrarnos que la mayoría en el caso Kosuta en donde se concluye que la pena a tener en cuenta para determinar la procedencia del instituto es la de reclusión o prisión, lo cual nos lleva a pensar en que se ha incurrido en un gran error.

Por otro lado, se sostiene que el art. 76 bis CP luego de exhibir las características generales del instituto(en los párrafos 1ro a 3ro.) exponga un nuevo supuesto(en el párrafo 4to.) sin necesidad de recurrir a la reiteración de los requisitos básicos, que le van a ser aplicables por una cuestión lógica. Por ello, se dice que “la técnica utilizada por el legislador consiste en describir un primer supuesto de manera acabada – como sucede, por ej., cuando se describe el tipo básico-, y, a continuación, agrega sólo los requisitos adicionales de un segundo supuesto. Un buen ejemplo de ello es el art. 42 de la Constitución Nacional. Su primer párrafo garantiza el derecho de toda persona a interponer una acción expedita y rápida de amparo. En el mismo art. 42, al final del párrafo III...⁴⁰” se consagra el habeas corpus con las características del amparo sin que nadie discuta su aplicación. Si bien resulta interesante la conclusión a la que arriba el prestigioso autor es igualmente de cierto que la redacción del art. 76 bis. CP no es tan parecida y clara como el artículo constitucional, además, de estar referido a dos cuerpos legales diferentes.

Pasando al fundamento legislativo de la opción elegida para solucionar el conflicto el defensor oficial ante la Cámara Nacional de Casación Penal, Dr. Mario Hugo Landaburu, expuso ante la Sala I en la causa 2150, “López, José Antonio s/recurso de casación”, lo siguiente: “si bien del debate parlamentario de la norma analizada podría concluirse que es correcta la postura del tribunal oral, se advierte, con cita de Gómez Orbaneja, que “...El legislador nos manda cuando dicta la norma no cuando la explica”(Introducción al Código Procesal Penal de la Nación, comentado por Francisco D’Albora, pág. 9)”. Esas palabras que son reproducidas en forma textual o implícita por muchos de los seguidores de la postura amplia como mecanismo utilizado para dejar de lado las opiniones ambiguas que se vertieron.

Creo que se debe tener en cuenta al momento de interpretar la norma, al acudir a los debates legislativos, que quienes exponen el comentario de la misma son muchas veces

muy pocos en comparación con la composición de la legislatura lo que en modo alguno puede extenderse como voluntad común del recinto sino sólo de algunos de ellos. Además, generalmente, los legisladores no son personas que gocen de un vocabulario jurídico adecuado a las necesidades judiciales y puede darse la situación que se presenten contradicciones no sólo entre distintos legisladores sino en un mismo legislador (Ejemplo de esto es el senador Augusto Alasino al decir en el recinto legislativo que lo que pretende el instituto es atender a cada delincuente primario, ocasional o que comete un delito una sola vez en la vida dando el ejemplo del que atropella a alguien cometiendo un homicidio culposo, pero procedió a excluirlo de la aplicación en otro pasaje del discurso). Todo esto me hace pensar que los debates legislativos deben tener una entidad muy baja al momento de interpretar el texto legal y mucho más en ocasiones donde muestran llamativas contradicciones (Ej.: el diputado Antonio Hernández dijo que para que proceda la suspensión del juicio deben darse las siguientes condiciones “a) que el delito tenga una pena menor de tres años; b) que fuese aplicable al caso la condena de ejecución condicional; y c) que el imputado abandone a favor del estado los bienes que resultarían decomisados en caso de condena” deduciéndose que si nos remitimos al comentario legislativo no sería necesaria la reparación del daño, como lo señala Bovino).

Se ha llegado a afirmar que siendo el texto legal confuso debe optarse por la postura que hace a los intereses del imputado, ello de acuerdo con una recta interpretación del principio *in dubio pro reo* reconocido como parte integrante de la garantía constitucional de presunción de inocencia, lo que ha dado lugar a la siguiente observación: sólo rige el *in dubio pro reo* en la valoración de la prueba.

Se agrega, tratando de observar los fines teleológicos, que “el criterio amplio de interpretación que propugno como correcto, se corresponde con la superlativa idea que anima al instituto, citando dos fundamentales que lucen como pilares e inspiradores del mismo: coadyuvar hacia el descongestionamiento judicial y evitar la estigmatización del procesado, como lo ha destacado el Dr. Julio De Olazábal en “Suspensión del proceso a prueba”⁴¹. Entre una de las cuestiones que de la otra vereda critican a la vertiente amplia es la subjetividad con la que esta teñida su opinión al confundir su obligación de interpretar con la intención de legislar –que no es propia de los órganos jurisdiccionales-. Sin embargo, creo que se equivocan en tal afirmación pues lo que se hace es recurrir y priorizar por un método de interpretación distinto.

La admisión de las dos situaciones en el artículo 76 bis del CP fue concebida, entre otros motivos, según se dice haciendo la aplicación de los principios de razonabilidad e igualdad para lo cual debemos transcribir un par de párrafos representativos de ello:

- “Una interpretación restrictiva de la suspensión del juicio a prueba que limitara su aplicación sólo a penas inferiores a 3 años, traería como consecuencia negativa que acciones delictivas más graves, tales como el hurto en algunos casos, la ocultación de menores a la investigación de la justicia o el abuso de armas entre otros, pudieran ser objeto de suspensión a prueba, y no el hecho consistente en la falsificación de un certificado de estudios secundarios, lo cual resultaría a todas luces contrario al principio de equidad y a los fines perseguidos con la reforma legal introducida”⁴².

- Debemos tener presente el voto en disidencia emitido por el Dr. Donna en el fallo “Carcione, N. R.”⁴³ por cuanto considera inconstitucional tomar los tipos penales en abstracto para estimar procedente la suspensión del proceso a prueba, dice: “...no hay motivo alguno para interpretar la ley de manera restricta, esto es, sólo para los delitos cuya escala penal no exceda de tres años, que pueda ser de ejecución condicional(art. 26 CP). No se alcanza a distinguir cuál es el problema dogmático si a una persona, por el delito de estafa se le puede llegar a imponer seis meses de prisión en suspenso frente a los otros seis meses que se le impongan a otra persona por el delito de hurto. El error está en considerar el presente un problema de tipos penales, y no de una cuestión sobre la forma de ejecución de la pena, que es otra cosa distinta. Éste es el criterio que, por otra parte, sigue el legislador en la condena de ejecución condicional, sin que se hayan alzada voces discordantes sobre el punto... Por último, estimo que sería de dudosa constitucionalidad que la institución se redujera a un problema de tipos penales, y no a monto de penas, ya que con ello se estaría violando el principio receptado en el artículo 16 de la Constitución Nacional sobre la igualdad constitucional que obliga a una igualdad de tratamiento para igualdad de circunstancias. Seis meses de prisión es igual para una persona y para la sociedad, se trate de un hurto o una estafa, por lo que no se entiende un dispar tratamiento...”.

Como dato estadístico debe merecer la atención lo siguiente: en la Capital Federal de treinta tribunales orales en lo criminal adoptan el criterio restrictivo ocho y el amplio veintidós, de los tribunales orales federales, dos adoptan el criterio restrictivo y cuatro el amplio⁴⁴.

Además, cabe comentar que el Procurador General de la Nación, Dr. Nicolás Eduardo Becerra, por Instrucción 39/97 ordenó a los fiscales sujetos a su autoridad que mantengan la interpretación amplia, haciendo aplicación de esa doctrina a los casos que recayeran en su competencia.

Pero ello no quedó allí, ya que con posterioridad al dictado del plenario “Kosuta” emitió la resolución 24/00⁴⁵, por la cual establece la no obligatoriedad del plenario referido para los fiscales, resaltando que la resolución 39/97 mantiene su vigencia, es decir, que se debe seguir insistiendo con la postura amplia que en la nueva resolución detalla.

El debate se robustece más con la incorporación al Código Procesal Penal de Buenos Aires de las dos formas de tramitación de la probation, siguiendo el criterio amplio. Situación que se vio modificada más tarde con la ley N° 11.922/96. En tanto, en Santa Fé los legisladores han hecho lo propio, si bien no consagrando dos regímenes, al referirse en el artículo 8 bis CP al “Juez o Tribunal”. Se podrá decir a favor de este último que quiso mantenerse al margen de la decisión final del conflicto por eso hizo alusión a la alternatividad.

La existencia de dos supuestos es defendida por: Carlos Bossi – Daniel Ranuschio (Suspensión del juicio a prueba (“Motivos que justifican su aplicación”, JA 1997-IV-826); Horacio J. Romero Villanueva (“La suspensión del proceso a prueba ¿Una oportunidad perdida?”, JA 1999-III-630); Gustavo Bruzzone (“Probation: el plenario ‘Kosuta’ de la Cámara Nacional de Casación Penal o el triunfo de la tesis restrictiva (de la libertad)”, LL 1999-E-828); Alberto Bovino (“La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código Penal Argentino, Ed. del Puerto, Bs. As., 2001); Ramón Teodoro Ríos (“La interpretación de la ley y el juez penal”, LL 1998-C-413); Marcelo Castañeda Paz (“Probation”, Abeledo-Perrot Bs. As. 2000); Julio De Olazábal -si bien no admite dos supuestos sigue la vertiente amplia- (“Suspensión del proceso a prueba”, Ed. Astrea Bs.As. 1994) y Nicolás Eduardo Becerra (Resoluciones 39/97 y 24/00).

§ 10. Los delitos tentados y la participación delictual.

Supongamos que siguiendo a la postura restricta sólo cuando un tipo penal en abstracto tenga una pena máxima de prisión o reclusión menor a tres años puede concederse la probation. Sería lógico que cuando por la falta de consumación del delito (es decir, cuando

ha quedado en grado de tentativa) o el grado de participación criminal la escala penal configurada se reduce a los márgenes antes enunciados en abstracto debería otorgarse la probation. Sin embargo, no es lo relatado por la mayoría que rechaza tal solución recurriendo a la escala empleada en el delito tal como esta escrita sin la deducción por la tentativa porque las disposiciones legales sobre participación producen una ampliación espacial y personal de la imputación.

No vemos motivos válidos para consagrar tal exclusión que lo único que lleva es a configurar una exclusión arbitraria a figuras que están dentro del ámbito de la escala autorizada de ser involucradas en la probation. Ello es así, porque se tiene una pena cuyo máximo no excede de tres años en abstracto. Como segunda observación, no es posible distinguir cual es el parámetro con el que se evalúa la mayor gravedad de los delitos si quien es imputado de un delito tentado se ubica en la escala penal prevista y quien lo consuma esta en igual situación, o entre quien consuma dos o más delitos pero se mantiene dentro de los márgenes y quien sólo ha tentado un delito que puede llegar a tener una pena máxima menor que la de aquel.

Podría darse la situación de quien siendo participe secundario de un delito de lesiones graves tentado pudiera ser merecedor de una pena que va de 3 meses a 2 años y 6 meses de prisión o reclusión no estando beneficiado por el art. 76 bis CP y, por otro lado, a quien consuma el delito de abuso de armas reprimido con uno a tres años de prisión gozando de la facultad de pedir la probation, lo cual genera un desconcierto valorativo de las escalas penales.

Una interpretación más justa y flexible permitiría admitir en la probation los delitos tentados cuya escala penal se manifiesten acordes con los límites punitivos que el legislador ha construido.

En este sentido se ha expresado la Cámara Nacional en lo Criminal, Sala IV, en la causa 3231, diciendo “el tope legal que alude la ley 24.316 –que incorpora el art. 76 bis– debe verificarse conforme al delito que se le atribuye al causante en el grado (tentado o consumado) y con la modalidad de participación en que se lo imputa (autor, cómplice primario, etc.) y no la pena correspondiente al autor del delito consumado”.

D Alhora citando las palabras de Tamini y Freeland López Lecube dice que “se acepta que la suspensión está determinada por el máximo de la pena correspondiente al

delito imputado, debiéndose considerar las reducciones legales atinentes a la tentativa y a la participación secundaria”.

Por último, debemos comentar que se ha llegado a considerar que los delitos tentados no deberían ser objeto de probation porque la ley exige que sean “delitos”, es decir, que actuaría en forma más gravosa al excluir los ilícitos tentados cuando en la figura consumada sería admisible la suspensión.

Interpretación promovida por la postura amplia.

La mayoría de ellos parten de la existencia de dos supuestos diferentes, por un lado, tenemos en el párrafo 1º del art. 76 bis una hipótesis en donde consideran procedente - en abstracto- la suspensión del juicio a prueba en los delitos reprimidos con:

- ⇒ Pena de prisión o reclusión cuyo máximo no exceda de tres años o cuando el concurso de delitos no excede de esa pena,
- ⇒ Se necesita el consentimiento del imputado,
- ⇒ Se debe ofrecer reparar el daño causado en la medida de lo posible,
- ⇒ No se necesita consentimiento del fiscal.

Por el otro lado, ubican en el cuarto párrafo la segunda hipótesis que va a tener lugar para aquellos delitos que reúnan los siguientes requisitos:

- ⇒ Que las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable, es decir, aunque el tipo penal tenga una pena máxima mayor de tres años,
- ⇒ Hubiera consentimiento fiscal,
- ⇒ Algunos requieren el consentimiento del imputado(Ej.: Bovino, Ríos), en tanto, otros lo niegan(Ej.: Saenz) fundados en intereses superiores de política criminal,
- ⇒ Se deben abandonar a favor del Estado los bienes que presumiblemente resultarían decomisados en caso de recaer condena,
- ⇒ Pago mínimo de la multa,

⇒ No deben tratarse de funcionarios públicos que en ejercicio de sus funciones cometan tal delito,

⇒ No debe tener pena de inhabilitación.

Con respecto a estos últimos cuatro requisitos algunos los hacen extensivo al caso enunciado en el 1er. párrafo del artículo 76 bis CP.

§ 11. RESOLUCIÓN DE LAS CÁMARAS NACIONALES DE CASACION PENAL EN PLENO.

Antes del categórico plenario que pasaremos a transcribir, corresponde dar un vistazo a la conducta asumida por las distintas Salas Penales:

Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal: en la causa “Celestino, Leonardo M. S/recurso de casación”(Nº 1259) dijo lo siguiente:

“Sin que haya mediado contradicción doctrinaria autorizada, puede sostenerse que de los argumentos que se apoyan en los antecedentes del debate parlamentario que precedió a la sanción del art. 76 bis del código penal, como así también, de la interpretación a contrario sensu de su primer párrafo, cabe sostener que no procede la suspensión del juicio a prueba en los casos en que la escala penal abstracta –escala legal- supera los tres años de reclusión o prisión prevista para el delito de que se trata”.

Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal, en la sentencia recaída en los autos “Wasyluk, Carlos José s/ recurso de casación”(16/7/98) continuo la línea seguida por la Sala I al decir:

“...corresponde reproducir lo dicho por la sala I de esta Cámara in re: “Celestino, Leonardo M. s/ recurso de casación”, reg. 1259 del 29 de noviembre de 1996 e in re: “Agüero, Patricia s/recurso de casación”. En aquellos precedentes se sostuvo que, tal como se desprende de los antecedentes del debate parlamentario que precedió a la sanción del art. 76 bis del cód. penal y de una interpretación a contrario sensu de su primer párrafo, no procede la suspensión del juicio a prueba en los casos en que la escala penal en abstracto –escala penal- supera los tres años de reclusión o prisión prevista para el delito de que se trata”.

Sala III de la Cámara de Casación Penal, en la causa “Córdoba Grande, Jorge Antonio s/recurso de casación” (15/5/98) sentenció:

“apreciamos que la conclusión adecuada sobre el sentido jurídico que debe acodársele a la norma en estudio es la que conceptúa que el art. 76 bis del código penal plantea un

único e indivisible supuesto en virtud del cual, se podrá conceder el beneficio de la suspensión del juicio a prueba al imputado de un delito de acción pública reprimido con pena de reclusión o prisión, cuyo máximo no exceda de tres años...(del voto de Dr. Riggi)”

No se pronunciaron sobre el asunto los restantes camaristas(Dr. Casanovas y Dr. Tragant)que, a diferencia del Dr. Riggi, aplican el criterio amplio.

Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal, en “Muñoz Saavedra, Juan s/recurso de casación”(7/03/97) dijo:

“El citado párrafo 4º del artículo 76 bis del ordenamiento sustantivo(incorporado por la ley 24.316) no puede sino interpretarse referido a que la pena estimada pueda eventualmente ser de aplicación suspensiva(condicional), pero siempre en relación con el tope máximo de tres años de privación de libertad establecido en los apartados 1º y 2º del mismo, dichas exigencias resultan inescindibles e imperativas, sin perjuicio de la observancia de otros requisitos que la ley prevé.”

Como ya se ha podido ir observando a lo largo de las exposiciones anteriores, tuvo eco la postura restricta en el fallo “Kosuta⁴⁶”, de la siguiente manera se ha pronunciado la mayoría:

“La pena sobre la que debe examinarse la procedencia del instituto previsto en el art. 76 bis y ss. CP en la de reclusión o prisión cuyo máximo en abstracto no exceda de tres años”.

§ 12. RESOLUCIÓN DE LAS CÁMARAS PENALES DE LA PROVINCIA DE SANTA FE EN PLENO.

El criterio predominante en Santa Fé se expuso en el fallo “Zalazar⁴⁷”, donde por mayoría se decidió:

“El instituto de la suspensión del juicio a prueba, incorporado al Código Penal por la ley 24.316 como arts. 76 bis, 76 ter y 76 quater, no resulta aplicable a los imputados por delito o delitos cuya escala penal en abstracto exceda los tres años de reclusión o prisión”.

§ 13. RESOLUCIÓN DEL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE TIERRA DEL FUEGO.

Durante mucho tiempo tuvo vigencia la interpretación restricta, ejemplo de ello lo constituye los casos “Hernández Azocar, Cristian; Miñaura, Ariel y Vargas, Martín s/pedido

de suspensión de juicio a prueba”, “Barrientos Borquez, José Antonio s/hurto ganado menor” y “Pérez, Pablo Javier s/lesiones graves”.

En el caso “Mayorga, Roxana Elizabeth s/pedido de suspensión de juicio aprueba” (29/10/03), dio lugar a un cambio trascendente para la justicia en Tierra de Fuego al recibir la postura amplia como consecuencia, según lo relatan en la sentencia, que “de una u otra postura presentan argumentos de peso que permiten, válidamente y con fundamentos serios inclinarse por cualquiera de ellas”. Por ello, se resolvió que:

“Existen razones valederas para modificar el temperamento adoptado en los precedentes citados, autorizando la aplicación de la denominada probation(aunque técnicamente esta acepción no sea del todo exacta) a todos los delitos o concurso de delitos en que `las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable y hubiese consentimiento del fiscal’, de acuerdo con el texto del párrafo cuarto del artículo 76 bis del Código Penal”.

CAPÍTULO II

“Procedencia o no del beneficio cuando el delito tiene prevista pena de inhabilitación”.

§ 14. Introducción.

Si alguna ley sancionada debe ser clara es la ley penal, pues la necesidad de conceptualizar los delitos -muchos de los cuales dan lugar a la privación de libertad o de ciertos derechos en forma transitoria o absoluta- de la manera más transparente y entendible así lo requiere para no dar lugar a interpretaciones controvertidas y a discusiones judiciales que tanto tiempo ocupa en los saturados tribunales de justicia. De ahí, que la redacción de los tipos penales debe ser con los términos propios de la ciencia jurídica y no en su sentido vulgar que puede dar lugar a un resultado no esperado o contemplado.

También es necesario señalar cuales son los casos en los que, dándose ciertos requisitos, permiten obtener beneficios, como la suspensión del proceso a prueba, que suplan los castigos penales. Criterios de justicia e igualdad ante la ley exigen una redacción que pueda ser aplicada unánimemente en un mismo sentido ya que, por ejemplo, en la probation no sólo hay un interés del individuo en evitarse un antecedente penal sino se proyecta un interés social múltiple que proclama una mejor y más rápida reeducación del individuo transgresor y una administración de justicia más expedita y eficaz en asuntos que implique una gravedad mayor.

Esa prudencia y diligencia no fue apreciada al redactarse el octavo párrafo del artículo 76 bis del Código Penal que dice: “Tampoco procederá la suspensión del juicio a prueba respecto de los delitos reprimidos con pena de inhabilitación”.

La mención de “inhabilitación” se presenta como un término que puede dar lugar a variados debates o interpretaciones. Eso es lo que efectivamente se ha producido, llevando a que algunos consideren que fue utilizada como término genérico (comprensivo de las tres clases: inhabilitación principal, alternativa y conjunta) pues sostienen que no se debe distinguir donde la ley no lo hace. A su vez otros esbozan que sólo se refiere a la improcedencia del instituto sólo en algunos supuestos o cuando se trata de actividades regladas y hasta tenemos a aquellos que declaran inconstitucional la excepción por afectación al principio de igualdad.

La inhabilitación trae consigo la privación o suspensión de un derecho, procurando el resguardo de instituciones y de actividades como las enunciadas en los artículos 19 y 20 del Código Penal, es decir que representa una sustracción en la libertad de elegir y ejercer las propias actividades.

Es la última de las penas del catálogo que presenta nuestro código en su artículo 5, y quizás esa ubicación está demostrando, por sí, la escasa significación que se le asigna a este castigo. Tiene una clara finalidad preventiva porque ve la conducta del sujeto en el futuro evitando la recaída en ilícito por medio del nuevo ejercicio de la actividad.

Considero conveniente ejemplificar cada una de las penas de inhabilitación para demostrar de que estamos hablando cuando nos referimos a:

Pena de inhabilitación *principal*: podemos encontrarlo en el art. 260 del Código Penal que fija “inhabilitación especial de un mes a tres años” al funcionario que diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación diferente de aquella a que estuvieren destinados.

Pena de inhabilitación *alternativa*: es el caso del art. 94 CP que impone prisión de un mes a tres años o multa de mil a quince mil pesos e inhabilitación especial por uno a cuatro años.

Pena de inhabilitación *conjunta*: cuando el art. 302 del CP habla de prisión de seis meses a cuatro años e inhabilitación especial de uno a cinco años.

Pena de inhabilitación *accesoria*: como su nombre lo indica, se establece como consecuencia de la aplicación de otra pena. Las penas de encierro por más de tres años llevan como accesoria la inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena(según art. 12 del Código Penal). Advertimos rápidamente que esta especie de inhabilitación no es la referida por el texto legal en estudio.

Parece quedar en claro que la inhabilitación prevista en el artículo 20 bis no representa una situación que llegue a impedir el funcionamiento del instituto, pues si así lo entenderíamos generaría una causa de exclusión con lo que el funcionamiento se vería muy limitado. Además, el art. 76 bis CP sólo exige que la inhabilitación esté prevista en el tipo penal y no ser facultativa como la preceptuada en el art. 20 bis del CP. Se ha dicho que “sujetar la procedencia de la suspensión del proceso a prueba a la aplicación eventual, y facultativa para el juez, de la pena de inhabilitación prevista en el art. 20 bis del Código Penal, la cual no es principal sino complementaria, tornaría difusos los supuestos de procedencia de la suspensión del juicio a prueba, es decir, en relación a las penas previstas para

cada tipo penal y que en principio limitaría su aplicación contrariamente a lo que específicamente se establece en el artículo 76 bis, primer y último párrafos, del Código Penal⁴⁸”.

§ 15. Motivos de la exclusión.

Cuando alguna situación penal es desplazada de un instituto como el que estamos tratando debe ser fruto de un razonado y lógico fundamento, caso contrario, se estaría incurriendo en decisiones de política legislativas arbitrarias que daría lugar a que el control de constitucionalidad realizado por la judicatura declare su inconstitucionalidad.

El párrafo octavo del artículo 76 bis CP es el que se encarga de excluir los delitos reprimidos con pena de inhabilitación de la aplicación del régimen de suspensión del juicio.

Las distintas interpretaciones asumidas por la doctrina sobre el funcionamiento del término “inhabilitación” son producto de las visiones sobre la finalidad de la exclusión, entre otras cosas. En este camino, hay se encuentran quienes declaran coherentes los fundamentos que motivaron la norma, en cambio, se oponen otras opiniones que optan por declarar arbitraria la exclusión por los motivos que pasaremos a ver.

Por un lado, tenemos a quienes ven en la norma un todo armónico con el ordenamiento jurídico en donde se configuran motivos suficientes para la vigencia de la exclusión. Ellos son los que dan lugar a la exclusión en todos los casos de inhabilitación, sea conjunta o alternativa.

Se remiten para llegar a tal resolución al análisis sistemático del plexo legal en donde se afirma que los únicos delitos reprimidos con pena de inhabilitación exclusiva son los que son cometidos por los funcionarios públicos, cuya exclusión del régimen se pone de manifiesto en el párrafo séptimo del artículo 76 bis del CP, con lo que sería lógico, según sus opiniones, que la exclusión del párrafo siguiente sea de una situación diferente, tal sería el caso de la inhabilitación conjunta o alternativa. Además, se solventa con la expresión vertida por el miembro informante Diputado Hernández respecto de la exclusión de los delitos que tuvieran pena de inhabilitación fue la siguiente: “existe un especial interés del Estado en esclarecer la responsabilidad del imputado, para adoptar prevenciones al respecto”. En este sentido el senador nacional Alasino afirmó que “tampoco procede en el caso de que el delito tenga pena excluyente o secundaria de inhabilitación. Esto también es entendible porque, indudablemente, todas estas penas están vinculadas con una actitud profesional o una cualidad de la gente, que eventualmente debía tener que cometerlo”. Víctor Sodero Nieves avala la exclusión “por considerar que esta última sanción penal tiene un

efecto y consecuencias diferentes, que de ningún modo deberían dejarse de aplicar... entendemos que la inhabilitación tal como sucede con el artículo 26, in fine, del Código Penal, debe ser de cumplimiento efectivo...⁴⁹”.

Se ha resuelto que “ha sido intención del legislador, al ordenar esta limitación al camino que conduce al beneficio de la probation, que los procesos que se vinculan a la “impericia, imprudencia negligencia, inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo concluyan con una sentencia, debido a que el Estado está interesado en corregir o evitar, mediante la pena de inhabilitación, las conductas sancionadas”. Los inspiradores de la norma han priorizado el evidente efecto preventivo que la pena de inhabilitación tiene en sí misma, toda vez que su aplicación importa limitar la actividad de un sujeto, precisamente dentro de la esfera en que delinquiró, como así también la repercusión negativa que en la sociedad en general podría tener una disposición legal que enervara el ejercicio de la potestad represiva del Estado...⁵⁰”

Por otro lado, a grandes rasgos podemos encontrarnos con los que piensan que la exclusión se limita a las penas de inhabilitación exclusivas por encontrar en el ordenamiento penal tales penas, deduciendo que la presunta voluntad del legislador es dirigir esa excepción a ese caso exclusivamente. Además, citan parte de los discursos legislativos en donde se expresa que procede la suspensión del proceso cuando se trate de un homicidio culposo porque la motivación de la ley es proteger al delincuente primerizo, la confusión legislativa los habilita a pensar que no se ha querido excluir a las penas de inhabilitación conjunta o alternativa de la suspensión del juicio.

Por último, se postula la arbitrariedad de la exclusión de las penas de inhabilitación a la procedencia de la probation declarando su inconstitucionalidad por violación al artículo 16 de la Constitución Nacional. Lógicamente, estos no consideran válidos los fundamentos antes expresados.

Adelantando nuestra opinión sobre el tema, podemos decir que coincidimos la exclusión de la probation para todos los casos en donde este prevista la inhabilitación, no porque nos remitamos a la voz legislativa que poca relevancia tiene -como lo hemos afirmado en el capítulo anterior- debido a las evidentes e intolerables contradicciones sino porque el fundamento radica en perseguir a ciertos delitos -vgr., lo que son penados con pena de inhabilitación conjunta o cuando sea aplicable al caso la alternativa- por el interés estatal en llegar al esclarecimiento y sentencia de determinados hechos para los cual ha valorado ne-

cesario su juzgamiento ordinario para hacer efectivos los fines preventivos que anima la pena inhabilitación contenida en nuestro derecho.

Cabe advertir, en mi opinión, que esas mismas acciones preventivas pueden adoptarse por el Estado, a través del Juez, por medio de las reglas de conducta a que el imputado es sometido durante el transcurso de la probation. Ello no descarta que como política legislativa se procure esclarecer los delitos que tuvieran pena de inhabilitación –como lo ha hecho la ley 24.316- para que se concluya con una sentencia ya sea condenatoria o sea absolutoria, tendientes a definir en ciertos casos la actuación de los sujetos que hasta pueden llegar a ser transgresores primarios.

§ 16. Desarrollo.

Las opiniones que se tejen sobre el grado de extensión que reviste el último párrafo del artículo 76 bis CP son variadas. Todas ellas se hubieran omitidos si se agregara seguidamente al término “inhabilitación” la o las palabra/s “exclusiva, conjunta o alternativas” según el criterio elegido. Como no ha sucedido eso debemos abocarnos a la labor de interpretar la extensión de la restricción.

Primeramente, parece oportuno analizar la clasificación que ha tenido su origen en la jurisprudencia de actividades regladas y no regladas para luego ir desglosando las diferentes interpretaciones dada a la norma.

ACTIVIDADES REGLADAS Y NO REGLADAS.

El análisis en un comienzo de esta distinción no es caprichosa, se debe a que adoptando esta clasificación cuando el juez recibe la petición de la suspensión del juicio a prueba debería hacer un encuadramiento de la actividad(ya sea en reglada o no reglada) para tener la certeza de si esa actividad es susceptible de inhabilitación por estar reglada, pues no siendo así se admitiría la probation haciendo un juicio anticipado sobre la condena que podría recaer al no haber necesidad de imponer pena de inhabilitación.

¿Cuáles han sido las razones que motivaron la excepción del párrafo octavo del artículo 76 bis CP? Podemos decir que se visualiza con claridad la intención de juzgar cierta gama de delitos por la trascendencia social que ellos traen aparejados, se traduce en la necesidad del esclarecimiento de lo ocurrido por medio de la certeza emanada por la sentencia y por la sanción como medio de prevención para la sociedad.

Pero que sucede cuando no es posible proceder a una inhabilitación como consecuencia de no tratarse de una actividad reglada, es decir, aquellas que no implican un ejer-

cicio de una actividad para la que se requiere una habilitación. Nos estamos refiriendo a las actividades no regladas, donde la pena de inhabilitación nunca sería posible de aplicar.

Como un buen ejemplo de la actividad no reglada donde se admitiría la suspensión del proceso es el brindado por Vitale⁵¹, quien nos dice si sucedido un incendio por realizar un asado causando las lesiones del artículo 94 CP no podría convertirse en obstáculo para la procedencia de la suspensión del juicio a prueba. De ahí que el compromiso para no prender mas fuego y la asistencia a determinado cursos –esto último, como norma de conducta– son soluciones más racionales y lógicas al no haber inhabilitación para imponer al transgresor.

Por el otro lado, se ubican a las actividades regladas donde, según Bruzzone⁵², se debe constatar si existe una sanción dispuesta en sede administrativa que cubra la expectativa que la inhabilitación viene a representar como, por ejemplo, ocurre respecto de los tipos penales que describen, genéricamente, el libramiento irregular de cheques en el uso de cuentas corrientes bancarias(art. 302 CP). Donde el Banco Central de la Nación puede cumplir con la exigencia punitiva, caso contrario, si se impone una nueva inhabilitación podría verse afectado el principio de la culpabilidad por la desproporción del castigo.

Esta clasificación tuvo como punto de gestación y desarrollo un fallo de la Corte Suprema de Entre Ríos y otro de la Cámara Federal de General Roca.

En ellos se distingue entre actividades regladas –donde resultaría improcedente la suspensión del juicio a prueba– y actividades no regladas –donde no se cuestiona la procedencia del instituto– y se hace una descripción o conceptualización de lo que significa regladas o no regladas. Se consideran actividades regladas aquellas que importan la pericia u observancia de reglamentos o deberes a cargo del agente, en tanto, “...claro nos resulta que la causal de exclusión del último párrafo del art. 76 bis del Código Penal relativa a los delitos con pena de inhabilitación, debe ser interpretada en el sentido en que no opera en aquellos que hubieran sido cometidos fuera del marco del ejercicio de una actividad reglada, sea por imprudencia, negligencia o incompetencia”⁵³. En el mismo sentido ya se habían expedido diciendo “la inhabilitación únicamente podrá impedir la suspensión del juicio cuando el accionar delictivo se haya dado dentro del marco de actividades regladas(por ej. el ejercicio de una profesión o de un cargo), no si la inconducta se ha dado en relación a comportamientos no reglados”⁵⁴.

Sin embargo, ese no es el criterio que ha seguido la Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, en donde en el caso “Alvarez, Romina Natalia s/recurso de casación” del 15/05/03 en donde criticó tal división sobre la base de los siguientes argumentos:

“La norma se limita a definir en general la inhabilitación, señalando taxativamente el objeto de la misma, sin distinguir si la profesión está o no reglamentada oficialmente, o si el imputado tiene o no título habilitante...”

“...se llevaría a colocar en una situación relativa más favorable a quien carece de título habilitante para cumplir ciertas funciones respecto de quien efectivamente lo ostenta y hubiera sido condenada por haber causado un mas por su culpa o negligencia, pues aquélla podría con posterioridad obtener un título no obstante su conducta anterior disvaliosa y trabajar en esa actividad sin restricción alguna.”

“...ello se compadece con el criterio jurisprudencial plenario según el cual procede imponer esta pena aún cuando la profesión no se halle reglamentada(C.A.C. y C. Cap. Fed., en pleno “Burlando de Zanón, Velia”, rta. el 16/6/02, Fallos III, pág. 295)...” y el plenario “Kosuta”.

Con similares argumentos se ha propagado la doctrina negatoria de la distinción dejando aislados a los pocos fallo emitidos en ese sentido.

Ahora nos toca desarrollar el punto más importante de este capítulo, esto es la recepción positiva o negativa de la exclusión de la inhabilitación de la probation para lo cual vemos la necesidad de conformar varios grupos por la multiplicidad de opiniones.

1 - Exclusión del beneficio en todas las especies (inhabilitación principal, alternativa o conjunta).

Entre quienes interpretan que el término “inhabilitación” resulta comprensivo de todas las especies ocasionando la exclusión de la aplicación de la suspensión del juicio a prueba tenemos a Julio De Olazábal quien nos dice “no podrá acodarse la suspensión del juicio a prueba cuando se trate de delitos reprimidos con pena de inhabilitación, trátese ésta de pena principal, conjunta o alternativa”. Entre los argumentos vertidos por el prestigioso camarista para avalar semejante respuesta esta aquel que dice “no existe a su respecto alteración del régimen de la condena condicional para las penas de inhabilitación(art. 26, párr. 3º. Cód. Penal), tampoco se admite la suspensión del juicio si entre los delitos imputados figura alguno reprimido con pena de inhabilitación(art. 76 bis, párr. 8º)”. Añadiendo que el Diputado Alasino expresó que no procedería en supuestos en que el delito tuviera pena ex-

cluyente o secundaria de inhabilitación y, citando a lo razonado por Creus, dijo “la circunstancia de que esa inhabilitación esté prevista sólo como pena conjunta o alternativa, y no principal, no varía la situación, habida cuenta de la expresa contemplación en la misma ley del supuesto de la multa conjunta o alternativa para llegar a un resultado distinto, a ello podría todavía añadirse que no por ser pena conjunta o alternativa se pierde la calidad de pena típica, lo que es suficiente para satisfacer la exigencia del art. 76 bis, párr. 8º, del Cód. Penal”⁵⁵.

A ello debe agregarse que los únicos delitos previstos en la parte especial del código con pena de inhabilitación exclusiva vinculan a funcionarios públicos(arts. 260, 264, 273 y 274 CP) que aparecen impedidos por la regla que impide a los funcionarios públicos que en ejercicio de sus funciones sea acreedor de la suspensión del juicio. De lo que resulta indefectible interpretar la situación del último párrafo del artículo 76 bis CP como una situación distinta, de lo contrario, se admitiría la existencia de una redundancia grosera en el texto legal lo que no parece darse.

Volviendo a los antecedentes parlamentarios, se sostiene en defensa de esta postura, que “no resulta absurdo pensar que razones de política criminal hayan guiado a los legisladores en el convencimiento de que estos delitos deben ser perseguidos hasta sus últimas consecuencias. Así surge de los dichos del diputado Hernández A.M. “no se admite la suspensión del juicio aprueba para los dos siguientes casos: a)cuando del delito hubiese participado un funcionario público y b)cuando el delito tuviese pena de inhabilitación, porque en este caso existe un especial interés del Estado en esclarecer la responsabilidad del imputado para adoptar prevenciones al respecto”⁵⁶.

Según Castañeda Paz⁵⁷ se puede solicitar la probation en el caso de que esa inhabilitación surja como pena accesoria a la principal, “basan su argumento en que si la pena principal es pasible de la aplicación de le suspensión del proceso a prueba, también debe serlo la pena accesoria de inhabilitación”, agregando más adelante que “...cualquiera que sea la pena de inhabilitación impuesta, ya sea en forma conjunta o secundaria de una pena de prisión, debe entenderse que no puede ser objeto de suspensión del juicio, ya que estaría vedado específicamente en la ley”.

Esteban Franichevich⁵⁸, adhiriendo a esta corriente y trayendo otro dato importante a la mesa de estudio, remarca que “... la ley es clara en la prohibición, porque la prohibición que se impondría al beneficiario realmente no se corresponde plenamente con “la idea” de las reglas de conducta indicadas en el art. 76 ter del CP en consonancia con el art.

27 bis del CP, y porque el beneficio es para los delitos que admiten la condena condicional y, como sabemos, la inhabilitación siempre es de cumplimiento efectivo -art. 26 in fine del CP-”.

No obstante, se considera que imponiendo –con el consentimiento del imputado- una regla de conducta que lo inhabilite por el tiempo que se fije como prudencial por el juez, se estaría cumpliendo con la obligación de hacer efectivo el cumplimiento de la pena de inhabilitación y dando lugar a una mejor solución del caso con la evitación de un proceso innecesario, la estigmatización del imputado y obviando una condena que como resultado traiga una mancha en la vida de una persona causando numerosos problemas, principalmente en la búsqueda de un empleo.

Guillermo Enrique Frielle⁵⁹ hace una reiteración de lo expuesto adhiriéndose a esta postura, pero advirtiendo la desigualdad que se produce al tratar a quien comete un delito doloso de una manera y al culposo de otra más perjudicial. Proponiendo que en los delitos culposos los procesados propongan espontáneamente cumplir, por el tiempo en que dure la suspensión del juicio a prueba, con una inhabilitación voluntaria de la actividad reglamentada en la cual haya operado la violación al deber de cuidado de que son acusados, como una regla de conducta más.

Finalizado el plazo, y una vez verificado fehacientemente que las pautas de conducta que se le impusieron han sido respetadas y cumplidas, se extingue la acción penal, y puede seguir interviniendo en la actividad a la cual fue restringida. Configurando una situación de mayor equilibrio entre las soluciones brindadas a los ilícitos culposos y dolosos.

El voto de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia Julio Nazareno, Eduardo Moline O'Connor y Guillermo López en el fallo “Gregorchuk, Ricardo s/recurso de casación”(3/12/2002) determinó: “...el Tribunal comparte y hace suyos los argumentos expuestos por la Cámara Nacional de Casación Penal en el fallo plenario “Kosuta, Teresa Ramona s/recurso de casación” de fecha 17 de agosto de 1999, ... en lo que respecta a su improcedencia en aquellos supuestos en que respecto del delito imputado esté prevista pena de inhabilitación como principal, conjunta o alternativa”. Cabe advertir que varios ministros no se pronunciaron sobre el fondo del asunto por considerar improcedente el recurso extraordinario. Además, hay que tener en cuenta que este criterio puede modificarse a raíz de los cambios sucedidos en la Corte en los últimos tiempos.

Jurisprudencia que se pronuncia en este sentido: CPenal Ros., Sala I; “T., J.L. s/ lesiones culposas- Probation”; CN Casac. Penal, Sala I, 13/3/98; “A., F.E.”; STJ Stgo. Del

Estero, 5/08/99, “T., J.A. s/ S. D. Lesiones culposas”; Cn Crim. y Correc., Sala VII, 1/3/00, “G., A.”; CFed. Mendoza, Sala B, 22-VIII-1996, causa 60.437-C-4863, “Inc. de Susp. del juicio a prueba”.

2 – Exclusión del beneficio cuando la inhabilitación es principal, conjunta y alternativa(cuando resulte aplicable al caso).

En esta vertiente lo tenemos a Nelson Pessoa⁶⁰ quien reconoce que cuando la inhabilitación juegue como principal exclusiva o conjunta no procede el beneficio, en este último caso porque “la inhabilitación tiene el mismo rango de importancia que la pena privativa de libertad y ambas son inseparables”, pero hace la siguiente aclaración cuando funcione como pena principal alternativa de la pena privativa de libertad(Ej.: lesiones culposas, art. 94 CP) “si el juez opta por una de las opciones y lo hace por la de privación de libertad, excluyendo la otra es posible el beneficio”.

3- Exclusión del beneficio cuando la inhabilitación es principal.

Sigue este criterio los votos en minoría de los Dres. Casanovas y Tragant en el caso “Kosuta”, vertiendo los siguientes argumentos en defensa de lo que postulan:

⇒ Se remiten a los antecedentes parlamentarios en donde el miembro informante senador Augusto Alasino dijo que lo que pretende el instituto es atender al “delincuente primario, ocasional o que comete un delito una sola vez en la vida”, para más adelante decir que el homicidio culposo es un ejemplo de eso. Además, de recordar que el diputado Víctor Soderó Nievas presentó un proyecto donde incluía al homicidio culposo dentro de los delitos a los que se le aplica la probation.

⇒ Expresan que “a cualquier tésis no se le puede escapar la inconsistencia que resulta del criterio de favorecer con el instituto a los imputados por delitos reprimidos con pena privativa de libertad y de impedirla para aquellos perseguidos por delitos que incluyen en su conminación la menor de las reacciones punitivas..., así como también de beneficiar a los imputados de delitos dolosos(donde el agente quiso lo que hizo) y perjudicar a los delitos culposos(vgr., donde media discordancia entre el querer y el resultado)”. En este último sentido ejemplifican diciendo: “...francamente no se alcanza a comprender por qué sería más comprometedor para la comunidad un médico imperito o un conductor omisivo del deber de cuidado que un disparador de arma de fuego, un encubridor o un maltratador familiar”.

⇒ Al argumento vertido por otros autores que señala que las inhabilitaciones exclusivas vinculan únicamente a funcionarios públicos, por ende la inhabilitación estaría dirigida a las situaciones en que este prevista como conjunta o alternativa lo consideran falsos por existir “leyes penales especiales que reprimen conductas de sujetos que no responden a esa calidad, con pena de inhabilitación en forma alternativa(vgr., ley de abastecimiento 20.680, art. 5 inc. d)”.

⇒ “Se ha reconocido unánimemente en nuestro país, que la condenación condicional procede aún cuando la multa o inhabilitación acompañan en la ley a la pena de prisión. Sin embargo, en los delitos sancionados con prisión e inhabilitación en forma conjunta, la condena condicional no ha impedido que, en general, junto con la suspensión de la pena de prisión, se disponga el cumplimiento efectivo de la inhabilitación, si ello es así, con el mismo criterio deberá aceptarse la procedencia de la suspensión del proceso a prueba en el cual se investiga un delito reprimido con prisión e inhabilitación, en forma conjunta, por lo menos en aquellos casos en los que se haga cumplir efectivamente la inhabilitación durante el período de prueba”.

En jurisprudencia tenemos el siguiente fallo que comparte este pensamiento: “La restricción establecida en el último párrafo del art. 76 bis del Código Penal en el sentido de excluir de la suspensión del proceso a prueba los casos en que quepa pena de inhabilitación, debe entenderse aplicable sólo a los casos en los que la pena está prevista como única para el delito...”⁶¹.

Similar posición es asumida por Horacio Romero Villanueva⁶² pero realizando la siguiente crítica a quienes impiden la aplicación del instituto en todos los casos de inhabilitación: “resulta más beneficiado con la reacción penal el autor del disparo de un arma de fuego, aún hiriendo levemente a su víctima, ya que puede acceder al beneficio de la probation. Mientras que el conductor imprudente, que lesiona con la misma clase de lesión al damnificado en un accidente de tránsito, resulta exiliado de sus prescripciones. De la simple comparación resulta incongruente proscribir al posible infractor responsable de unas lesiones leves culposas del beneficio del art. 76 bis, dado que ello parece violentar el principio de proporcionalidad y de adecuación típica de la culpabilidad...”

Además de todo ello, el Procurador General de la Nación por intermedio de la resolución 24/00⁶³, en sus artículos 3 y 4, dijo que la restricción del último párrafo se refiere a los delitos reprimidos con pena de inhabilitación exclusivamente, en tanto, en aquellos ilícitos

tos reprimidos sólo con pena conjunta o alternativa el dictamen fiscal a favor de la procedencia estará sujeto a la imposición como regla de conducta.

Estos autores no descartan la inhabilitación, sino que exigen que el propio imputado se “autoinhabilite”, es decir, que en la petición de la suspensión del juicio a prueba puede ofrecer no ejercer la actividad que eventualmente podría restringírsele si recayera condena o sin la propuesta de él resultaría oportuna la imposición judicial como una de las normas de conducta a cumplir.

Se critica a esto último porque importaría suspender el ejercicio de la acción pública en un caso no previsto por la ley afectando de ese modo el principio de legalidad.

Se resalta el valor de esta postura que adhiriendo a ella se podría cumplir con los fines del instituto, armonizando con las directrices de la nueva política-criminal: resocialización con evitación de la condena y, junto a ello, la descongestión de los tribunales correccionales por ser delitos que se repiten con gran frecuencia. Además, se produce un efectivo cumplimiento de la pena de inhabilitación en el marco de la probation.

4- Inconstitucionalidad de la exclusión de la inhabilitación prevista en forma conjunta.

La posible inconstitucionalidad derivada de la exclusión del beneficio de la probation cuando se trata de una pena de inhabilitación contemplada de manera conjunta con la de prisión fue objeto de resolución por la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, Sala IV, donde se determinó que “No es inconstitucional ni viola la garantía de igualdad ante la ley la prohibición del art. 76 bis de suspender el juicio a prueba en los casos de inhabilitación, pues la igualdad consagrada en nuestra Carta Magna se refiere a los individuos que se encuentran en igualdad de condiciones y circunstancias”⁶⁴.

Además, fue objeto de pronunciamiento por la Cámara de Casación Penal, Sala IV, en la causa “Saenz, Alberto Guillermo Mario s/recurso de casación”, en donde se concluyó de manera similar al anterior fallo: “El legislador utilizó como pauta de diferenciación de los supuestos abarcados por la norma –en el aspecto atacada- como obstativa del otorgamiento de la prerrogativa de la suspensión del juicio a prueba la circunstancia de encontrarse prevista para el ilícito enrostrado la pena de inhabilitación, lo que en modo alguno puede entenderse como configurativo de una discriminación irrazonable y arbitraria que conlleve afectación alguna de la garantía de la igualdad...” “...no puede concluirse válida-

mente que la prerrogativa en análisis implique dar injustamente a unos lo que privilegiadamente se otorga a otros”.

El Ministro de la Corte Suprema Adolfo Vázquez en su voto en disidencia en el fallo “Gregorchuk, Ricardo s/recurso de casación”(3/12/2002), adicionando que “la exclusión del régimen de la suspensión a prueba de los delitos reprimidos con pena de inhabilitación, en forma conjunta o alternativa a una pena carcelaria que habilita el instituto, resulta arbitraria, irrazonable y desigual(por no ser tolerada por la Constitución Nacional). La interpretación aislada del párr. final del art. 76 bis CP, contraría la previsión de los párrs. 1º, 2º y 4º de la misma disposición legal. Ello es así, por cuanto estos párrafos admiten expresamente la suspensión del proceso en el que se imputen delitos reprimidos con pena de prisión o reclusión, sin excluir aquellos que también son sancionados con inhabilitación.”.

§ 17. Propuesta.

Muchos son los autores que no están de acuerdo con la exclusión de la probation para los penados con inhabilitación en forma principal, conjunta o alternativa, algunos han expresado la disconformidad adhiriendo a la admisión de la procedencia del instituto cuando tiene prevista pena de inhabilitación en forma conjunta o alternativa en la medida que el imputado solicite su inhabilitación para la actividad a que eventualmente se le iría a restringir.

Otros, pese a reconocer la constitucionalidad y admitir su exclusión en todos los casos sin especificación de la especie que se trate –respetando la política criminal que el legislador ha creído conveniente-, promueven que por vía legislativa se suprima la excepción para abarcar un número de casos aún mayor – al incluir los delitos culposos-, procediendo a la inhabilitación que corresponda en el tiempo de la suspensión del proceso a prueba. De esa forma se fortalecería el fin preventivo y resocializador que ha tenido la ley 24.316 y brindaría una mayor eficiencia al sistema penal al rechazar el enjuiciamiento de los delitos culposos, que son los más numerosos. Esto es proclamado por la mayoría de los autores que hemos consultado(Ej.: Esteban Franichevich, Carlos Edwards, Marcelo Castañeda Paz, etc.).

Este criterio se impone, pues la efectividad de la pena inhabilitación para el rubro que corresponda se llevaría a cabo igualmente sin necesidad de juzgamiento dando lugar al cumplimiento de dos de las motivaciones que tuvieron decisiva importancia al momento de sancionar la ley 24.316 como son la protección del delincuente primario por medio del no

registro de antecedentes penales y la reducción del número de causas en la justicia correccional.

En una potencial reforma, se debería consagrar la admisibilidad del instituto cuando se refiera a los delitos más leves, no así, por ejemplo, cuando es derivación de un accidente de tránsito donde ocurrió el deceso de una o más personas.

§ 18. RESOLUCIÓN DE LAS CÁMARAS NACIONALES DE CASACIÓN PENAL EN PLENO.

Con anterioridad a la emisión del plenario la situación en las en las distintas Salas Penales era la siguiente:

Sala I de la Cámara de Casación Penal: el 18/11/97 en la causa 1523 dijo:

“La no procedencia de la suspensión del juicio a prueba en los delitos reprimidos con pena de inhabilitación debe entenderse que involucra a todos los casos en los que está presente esa especie de pena, sin distinguir su carácter principal, conjunta o alternativa”.

Sala II de la Cámara de Casación Penal: el 14/05/98 decidió, en “Drab, Ricardo Ariel s/recurso de casación”, que:

“...cuando la ley se refiere a la improcedencia del instituto en los supuestos de delitos reprimidos con pena de inhabilitación, involucra todos aquellos casos en los que está presente esa especie de pena de inhabilitación, involucra todos aquellos casos en los que está presente esa especie de pena, sin distinguir su carácter de principal, conjunta o alternativa”.

Sala III de la Cámara de Casación Penal: en la caso caratulado “Vázquez, Emilio s/recurso de casación”(15/05/98), estableció:

“...cuando la ley se refiere a la improcedencia del instituto de la suspensión del juicio a prueba en los supuestos de delitos reprimidos con pena de inhabilitación, debe entenderse que sólo involucra a aquellos casos en los que está presente esa especie de pena en su carácter principal, siendo procedente en los casos en que ella está prevista como conjunta y alternativa”.

Sala IV de la Cámara de Casación Penal: en la causa N° 468 del 06/03/97 caratulado “Muraca, Susana Carolina s/recurso de casación”, se expidió así:

“No cabe concluir entonces que la inhabilitación que la ley regula, comprende a todos los supuestos de ilícitos reprimidos con pena de inhabilitación, sin distinguir su carácter de principal, única o conjunta. Y que yerra en consecuencia la Sra. Juez a quo en su interpretación de la norma en cuanto funda su decisión en que, en el caso de penas principales, de

aplicación conjunta –como en el sub lite-, la pena que debe tenerse como referente para la suspensión del juicio a prueba es la más grave de prisión según el orden del art. 5º del código sustantivo”.

Acaeciendo la reunión de las salas penales en el fallo “Kosuta” la mayoría decidió, haciendo propios los argumentos ya vertidos en sus sentencias anteriores y por la doctrina que hemos trabajado, que:

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

§ 19. RESOLUCIÓN DE LA SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CÓRDOBA.

La situación en la provincia de Córdoba se puede conocer por intermedio de la siguiente resolución que ha tenido gran trascendencia:

“Resulta procedente la suspensión del juicio a prueba en los casos de homicidio o lesiones culposas como consecuencia del uso de automotores, pese a que prevé la pena de inhabilitación en forma conjunta, pues el fin que tiene el art. 76 bis in fine Código Penal de neutralizar el riesgo de la continuidad de la actividad, se encuentra salvaguardado con lo previsto por el art. 361 bis Cód. Proc. Penal que posibilita la inhabilitación del imputado como medida cautelar, la cual se puede imponer como una regla de conducta⁶⁵”.

CAPÍTULO III

“El Dictamen del Ministerio Público Fiscal en la suspensión del juicio a prueba”

§ 20. Introducción.

La figura del Ministerio Público Fiscal, tuvo un vuelco importante a partir de 1994, donde la reforma a la Constitución le dio un rango de privilegio al incorporarlo en el art. 120 de la misma. A su vez con la modificación del Código Procesal Penal de la Nación, en su art. 5, instituyó el sistema acusatorio en forma plena, ostentando sin lugar a dudas una posición relevante en el marco del proceso penal. En lo que respecta a la actividad llevada adelante por los fiscales santafesinos, la ley 12.162 se hizo eco de la corriente que tiende a darle una posición más sobresaliente en la función investigativa por medio de la introducción de los artículos 374 II y 374 III en el Código de Procedimiento Penal.

En su particular actuación en la probation, el art. 76 bis del Código Penal nos dice procederá la probation, entre otros requisitos, cuando “... hubiese consentimiento del fiscal...”. El término consentimiento dio lugar a continuas discusiones, así algunos dudan de su constitucionalidad, otros emplean el término comprendiendo sólo algunos casos y por una línea diferente se lo considera como un requisito indispensable para su procedencia.

Por otro lado, también se suscita la discusión sobre los elementos que debe reunir y exponer el fiscal para que incluidos en su dictamen llegue a reunir las condiciones necesarias a los fines de ser considerado o calificado como un pronunciamiento fundado. Así, ha sucedido en algunos casos que el fiscal no se pronuncie sobre cuestiones que a modo de ver del juez no son propias de su dictamen, dando lugar a que algunos prescindan de él por ser infundado o que vean en el un pronunciamiento fiscal nulo que merece un nuevo traslado para evaluar la procedencia de la suspensión del juicio a prueba con los requisitos establecidos de antemano por el juez de la causa.

“La omisión de correr vista previa al representante del Ministerio Público torna irrito el pronunciamiento de suspensión del juicio a prueba, pues su opinión es condición necesaria para su substanciación, conforme surge de la correcta exégesis del artículo 76 bis del Código Penal...”⁶⁶. Es decir, que resulta menester la participación del fiscal y su correspondiente dictamen antes de resolver la cuestión. Esta es la postura seguida por quienes admiten la unidad del art. 76 bis del CP, en la vereda de enfrente se nos presenta la vertien-

te amplia que habla únicamente de la necesidad de correrle vista al fiscal para informarle de cual ha sido su resolución para que pueda apelar si lo considera oportuno, cuando nos enfrentemos con la primer hipótesis del artículo antes citado, y en el caso descrito en el cuarto párrafo del art.76 bis si requiere resolución fundada previa del fiscal para luego proceder a la resolución del juez. Es decir, que en el primer caso la participación del fiscal en el trámite es a posteriori de la admisión de la probation, y en el segundo, cuando es mayor la escala penal en abstracto, requiere su previo informe fundado, según la postura amplia.

§ 21. ¿Es exigible el consentimiento del fiscal para acordar el beneficio?

Como hemos transcripto anteriormente, el artículo 76 bis del Código Penal en su párrafo cuarto nos habla del “consentimiento” fiscal como uno de los requisitos para que el juez pueda o no conceder la suspensión del juicio a prueba. Vendría a ser una especie de acto complejo donde es necesaria la conformidad del fiscal y el juez, ausente uno de ellos no podría suspenderse el proceso sin afectación del texto legal. A continuación vamos a exponer los debates propuestos que, en su mayoría, se dividen según la ya conocida distinción que arranca en el ámbito de punibilidad dentro del cual se permite la probation y propaga sus efectos en el consentimiento del fiscal.

Podemos englobar las opiniones que han acaecido en dos corrientes:

1- Teorías que requieren el consentimiento del fiscal.

i - Según la teoría restricta o de la unidad del art. 76 bis CP.

Quienes llegan a la conclusión que vamos a exponer son en su mayoría los autores que adhieren a la postura que restringe al ámbito de aplicación de la probation, que ya hemos expuesto. Como consecuencia de reconocer un solo supuesto comprendido en el art. 76 bis del CP se piensa que lo que la ley consagra al señalar la exigencia del consentimiento del fiscal es un requisito más de procedencia, como también se enuncia el pago del mínimo de la multa, el abandono de los bienes a favor del estado, etc.

Así, se ha dicho “...no corresponde hacer lugar a la aplicación del art. 76 bis del CP mediando oposición del fiscal de primera instancia cuya aprobación es requisito imprescindible...”⁶⁷ Con ello se deduce que habiendo oposición sus efectos se propagan inmediata y directamente a la resolución del juez que inevitablemente debe rechazar el beneficio por la carencia de uno de los rubros legales que habilitaría a empezar a estudiar la procedencia o no de la suspensión. Es decir, que la presentación del dictamen desfavorable del

fiscal coarta definitivamente la posibilidad de conceder la suspensión pese a que el juez pudiera considerar otra cosa.

Por ese cause, el Dr. Franichevich, dijo que “el otorgamiento del beneficio prácticamente importa la dilución del proceso penal, o al menos una remisión de éste, es de necesidad para otorgar el beneficio el consentimiento del fiscal, que es el protagonista del acto de represión estadual”.

Se señala que de los antecedentes parlamentarios se desprendía con claridad que su intención era la de requerir el consentimiento fiscal en todos los casos. A ello se le agrega que por mandato constitucional(art. 120) es de incumbencia del Ministerio Público Fiscal la promoción y ejercicio de la acción pública, estando en armonía con la Ley Fundamental, el Código Procesal Penal de la Nación(art. 65), la ley del Ministerio Público(art. 25) y, por último, el art. 76 bis del Código Penal.

También se expide en el mismo sentido Pessoa⁶⁸ “...el instituto de la suspensión del juicio a prueba constituye una importante quiebra o excepción al principio de oficialidad y especialmente lo que en doctrina procesal penal se denomina "principio de legalidad" -véase Alfredo Vélez Mariconce, "Derecho procesal penal", Lerner, 1981, t. 2, ps. 179 y 180 y ss.- en cuanto regla rectora del proceso penal, opuesta al principio de oportunidad.

Es decir que, si el Ministerio Público se opone a la concesión de la suspensión del juicio, el mismo no será procedente. El juez no lo podrá otorgar en tal caso. Insistimos, esto está vinculado a la naturaleza pública y oficiosa de la acción penal, que sin duda alguna sufre una limitación con este instituto.

Esta modalidad de la figura que consideramos, nos advierte que el Ministerio Público cumple un rol de significativa importancia, lo que obliga a elaborar reglas claras para decidir sobre la procedencia o no de la suspensión del juicio a prueba. Estimamos, que el Ministerio Público deberá opinar, entre otras cosas, además, cuando estime que es procedente la suspensión del juicio, por ejemplo, del período de duración de la misma, las reglas de conducta a las que deberá quedar sometido el imputado, etc”.

Es importante destacar el fallo que tuvo lugar en la provincia de Entre Ríos, que viene a avalar este criterio, en donde la Cámara de Casación Penal dijo que “atento a los términos en los que ha sido concebida la norma del artículo 76 bis del CP, cabe fijar como doctrina de casación para el fuero penal de la Provincia de Entre Ríos que la falta de con-

sentimiento del Ministerio Público impide la concesión de la suspensión del Juicio a prueba”⁶⁹.

También, ha tenido su repercusión en la jurisprudencia:

“Siendo que el art. 76 bis pone como condición necesaria para el otorgamiento del beneficio de la suspensión de juicio a prueba ‘hubiere consentimiento del fiscal’, la oposición de éste obliga al juez a denegarlo. Esta resolución no es revisable por la alzada y, por ende, no resulta susceptible de recurso de apelación...”⁷⁰”

“La conformidad del Ministerio Público resulta un requisito de carácter indispensable para la procedencia de la suspensión del juicio a prueba, o sea, la oposición fiscal es vinculante para el tribunal porque la suspensión del juicio a prueba no es otra cosa que la suspensión del ejercicio de la acción penal, y el tribunal (que carece de poderes autónomos para la promoción y el ejercicio de aquella) tampoco tiene facultades para decidir sobre la suspensión de su ejercicio...”⁷¹”

“La necesaria conformidad fiscal, consecuencia de la naturaleza del rol que desempeña dentro del proceso penal, opera respecto a la concesión o denegatoria del beneficio”⁷²”

ii - Según la teoría amplia

Surge a las claras que en esta postura se enrolan quienes admiten la división del art. 76 bis. CP en dos supuestos, procediendo a declarar la innecesariedad del dictamen fiscal favorable en el primer párrafo para proceder a acordar la probation, pero exigiéndolo en el cuarto párrafo como condición ineludible reforzando “la idea de una mayor exigencia cuando la entidad del injusto sea de mayor envergadura, luciendo razonable que en esos casos se viabilice el beneficio con la previa anuencia del titular de la acción” (voto del Dr. Pangia en el fallo “Zalazar”) siendo “razonable que la concesión del beneficio se integre, en una suerte de acto judicial complejo, con la anuencia del titular de la pretensión punitiva” (voto del Dr. Giménez en el plenario “Zalazar”). Sin embargo, este argumento es criticado ya que si es exigible en el segundo supuesto el consentimiento fiscal por ser un caso de mayor gravedad porque no lo es requerido en el primer párrafo del art. 76 bis CP cuando cabe la posibilidad de imponer una pena de cumplimiento efectivo. El desdoblamiento no hace a la lógica del artículo pues como no va a prever que el agente fiscal intervenga para

controlar la actuación del juez en el primer caso. Además de ellos, en ninguna parte de los debates legislativos no anuncian ni dejan lugar para imaginar esa posible interpretación.

En esta línea podemos encontrar a los Dres. Tragant, Casanovas y David(Kosuta), admitiendo la necesidad del consentimiento para el supuesto del cuarto párrafo del art. 76 bis CP, pero “nada impide al tribunal, atento a la vinculación relativa, a denegar la petición a pesar de la opinión favorable del representante del Ministerio Público Fiscal... Sólo su negativa fundada –dado que no puede quedar librada a la arbitrariedad-, resulta vinculante para el órgano decisor”.

Julio De Olazábal dice: “En este caso sí nos encontramos con una actuación decisiva, como que la oposición del fiscal a la concesión del beneficio obstaculiza categóricamente su otorgamiento. En los precedentes no se había conferido tal capacidad al fiscal, llegándose sólo a prever su “dictamen”, lo que, sin embargo, fue enmendado por la Comisión de Legislación Penal de la Cámara de Diputados, uno de cuyos miembros –Sodero Nievas- expresó claramente que sin la aprobación del fiscal `no podrá, en ningún caso, concederse la suspensión del juicio`”

Pasaremos a analizar la particular opinión vertida por los Dres. Bossi y Ranuschio⁷³, que dicho sea de paso adhieren a la corriente amplia en la determinación de la pena a tener en cuenta. Se preguntan los autores si se puede conceder la suspensión del juicio a prueba si hay oposición del Ministerio Público, respondiendo con la siguiente distinción:

“a) Creemos que no es posible conceder la suspensión del juicio a prueba cuando la oposición del agente fiscal está fundada en lo inadecuado o insuficiente del ofrecimiento efectuado por el imputado, ya sea en relación al resarcimiento económico al damnificado o en referencia a las tareas comunitarias que pretende realizar.

Tampoco se podrá otorgar el beneficio, cuando el fiscal manifieste expresamente que por las características del hecho analizado o por las cualidades personales del imputado, al momento de emitir formal acusación, impetrará la aplicación de una pena de prisión de cumplimiento efectivo.

Ahora bien, debemos aclarar que, de todos modos, en ambos supuestos, sólo será vinculante la oposición, cuando los jueces entiendan que la misma es la resultante de una decisión razonable y prudente, basada en elementos sólidos, consistentes e irrefutables que la justifiquen, pues de no ser así, nada impide al juzgador optar por la concesión del novel instituto, aún sin el consentimiento del agente fiscal.

b) Creemos, en cambio, que es posible conceder la probation aún sin el consentimiento del fiscal, cuando ésta se basa únicamente en la interpretación restrictiva de la ley, toda vez que sólo debe pronunciarse respecto de la razonabilidad del ofrecimiento concreto del imputado y sobre la posibilidad de petitionar una pena de efectivo cumplimiento”.

Indudablemente que al leer esta discriminación tan minuciosa que podemos decir que es una posición tan compleja que no hace más que posibilitar al juez mantener una posición expectante, si el dictamen esta de acuerdo con su postura va a ser declarado un pronunciamiento ajustado a la ley, de lo contrario, le permite al juez seguir con su idea rechazando la conclusión fiscal. Ya en el punto b) expresa una variable que es seguida por parte de la doctrina al permitir al juez aplicar la tesis amplia con los efectos que a consecuencia de esa interpretación resulten.

“El texto del artículo 76 bis del Código Penal establece supuestos diferentes en función de la gravedad de la amenaza punitiva, en los que distingue claramente el rol asignado a la opinión del Ministerio Público Fiscal que, para el caso de autos -Lesiones culposas- perfectamente subsumible, por la pena de prisión prevista para él, en el supuesto contemplado en el primer párrafo de la aludida norma, siendo viable su decisión a través del procedimiento establecido en el tercer párrafo de la misma, sin que se le reconozca ningún efecto especial a la eventual opinión del Ministerio Fiscal en esta alternativa, a diferencia de lo que ocurre en el supuesto determinado en el cuarto párrafo -por entero ajeno al subdiscussio- que exige el "consentimiento" del Fiscal para que el Tribunal pueda suspender la realización del juicio, por lo que en el caso concreto que motiva la impugnación casatoria, ninguna incidencia reviste la opinión negativa del Ministerio Fiscal como elemento eventualmente dirimente de la decisión judicial sobre el otorgamiento o no del derecho de probation requerido por la parte interesada”⁷⁴.

“A los fines de la concesión de la suspensión del juicio a prueba, solo es necesaria la venía fiscal en aquellos casos previstos en el cuarto párrafo del art. 76 bis del Código Penal⁷⁵”

iii - Situación de la opinión infundada del fiscal.

Dos son las cuestiones que se visualizan como conflictivas que giran alrededor del dictamen fiscal. La primera de ella recae en la eventual posibilidad de que el fiscal se expi-

da negando la viabilidad del instituto fundado en exigencias de requisitos que no serían necesarios para la procedencia, por ejemplo, si nos situamos en la postura restricta (que veremos más adelante) el fiscal puede reconocer que el delito es encuadrable en el ámbito funcional de la norma pero se niega a concederlo por considerar que el ofrecimiento de resarcimiento no es “razonable”. ¿Qué debe hacer el juez si considera que no debe ser negado el pedido por el ofrecimiento resarcitorio, ya que no es materia de dictamen?

El segundo de los interrogantes que no ha tenido una solución uniforme se centra en el “choque” entre fiscales y jueces cuando aplican el instituto uno de ellos admitiendo la vigencia de dos hipótesis y el otro tiene una posición que admite como posible un único caso donde procede la probation.

Ambas problemas se han resuelto de dos maneras:

Por un lado, nos encontramos con los que resuelven favorablemente no obstante la opinión del fiscal:

De Olazábal sostiene en el plenario “Zalazar” que “no todo dictamen fiscal negativo tendrá la fuerza vinculante... La práctica me indica que en numerosísimas oportunidades los dictámenes se oponen a la procedencia de la suspensión del juicio pero en razón de asumirse una interpretación de la ley(vgr. respecto a la pena a tener en cuenta a los efectos de la procedencia, a la oportunidad de introducción de la cuestión, etc.) que puede ser distinta a la que adopte el juez. En estos caos, y convencido como estoy de que los jueces al momento de interpretar la ley sólo están sometidos a ella y no a opiniones ajenas, tengan éstas el carácter que tengan, el dictamen nunca puede resultar vinculante para el juez... Tampoco, por supuesto se le podrá reconocer fuerza alguna a un dictamen arbitrario y que contrariando las disposiciones legales carezca de la necesaria fundamentación”.

“El condicionamiento legal del otorgamiento de la probation al consentimiento del fiscal no es absoluto, debiendo interpretarse de acuerdo con el espíritu que motivó al legislador el dictado de la ley; de manera que la opinión errónea o infundada del fiscal habilita a que el tribunal establezca la forma de cumplimiento de la pena alternativa que importa la imposición de la institución”⁷⁶.

“Sin perjuicio del alcance que se le atribuya al dictamen fiscal, ejerciendo el juez penal el control de legalidad, tiene la facultad de conceder la suspensión del proceso ‘a prueba’ en los supuestos en que la disconformidad del representante del Ministerio Público

resulta infundada. Debe desestimarse la oposición fiscal si la regla por él exigida para concesión del beneficio no guarda relación alguna con la exigencia normada en el art. 76 bis del Código Penal, consistente en el ofrecimiento de la reparación del daño causado en la medida de lo posible”⁷⁷.

“En principio, la opinión del fiscal es de carácter vinculante al prestar acuerdo o al oponerse a la probation, puesto que la suspensión del proceso a prueba no es otra cosa que interrumpir el curso de la acción penal, facultad de la que el órgano jurisdiccional carece porque los poderes autónomos para promoverla y la continuidad de su ejercicio dependen exclusivamente, por mandato constitucional(art. 120 CN), del representante del Ministerio Público. Sin embargo es posible apartarse de su opinión en aquellos supuestos en que el representante de la vindicta pública se expide sin siquiera evaluar la razonabilidad del ofrecimiento formulado por el imputado, ni analizar las circunstancias concretas del caso que permitan o no conceder el beneficio solicitado, debido a que tanto los dictámenes como los pronunciamientos que carecen de apoyatura suficiente ocultan la verdad objetiva y entorpecen el derecho de defensa, que en modo alguno es factible restringir porque reconoce rai-gambre constitucional”⁷⁸.

En un orden diferente están quienes consideran que la opinión infundada del fiscal habilita a declarar la nulidad del dictamen y a pedir la emisión de otro dictamen según las pautas fijadas por el juez:

“Atento a los términos en los que ha sido concebida la norma del artículo 76 bis del Código Penal, cabe fijar como doctrina de casación para el fuero penal de la Provincia de Entre Ríos que la falta de consentimiento del Ministerio Fiscal impide la concesión de la suspensión del juicio a prueba. Frente a la solicitud del imputado e imponiéndole contar con esa conformidad, debe el órgano jurisdiccional requerir la manifestación del Ministerio Fiscal, que deberá expedirse en forma de dictamen examinando la concurrencia de los extremos legales para la procedencia de la probation y consintiéndola si encuentra reunidos los requisitos u oponiéndose fundadamente si estima que no se hallan los presupuestos impuestos por la norma. El dictamen fiscal no puede ser infundado, arbitrario, repugnante a las reglas de la lógica o caprichoso. En tal supuesto dicho acto estaría inficionado por un "vicio in procedendo" que obligará al órgano jurisdiccional a expurgarlo del proceso, decretando su correspondiente invalidación (artículos 169 y ss. del Código Procesal Penal) y

ordenando se produzca uno nuevo que reemplace al nulificado, pero no podrá el magistrado, bajo el pretexto de estar viciado el dictamen, prescindir de la conformidad de la fiscalía para el acordamiento de la suspensión del juicio a prueba, porque de ese modo se estará sustrayendo de la observancia del artículo 76 bis, 4ta. parte del Código Penal. Tal inobservancia es evidente en el sub caso si se advierte que el dictamen de la Agente Fiscal, carece de la viciosidad procesal aludida en el párrafo precedente. Podrá el juzgador discrepar con los fundamentos esgrimidos por la Fiscalía y hasta entender que su representante ha efectuado una errónea interpretación de la preceptiva reguladora (vicio in iudicando), pero ello no le permitirá sustraerse del carácter vinculante que la oposición tiene para obstar la suspensión del juicio, sin perjuicio de dejar a salvo el judicante su opinión personal contraria al criterio sustentado por quien ejerce la función requirente. Cabe concluir que el inferior ha inobservado la ley sustantiva, por lo que corresponde casar el pronunciamiento en crisis, dejando sin efecto la suspensión del juicio a prueba dispuesta”⁷⁹.

Para la otra cuestión expuesta(es decir, ¿la emisión por el fiscal de un dictamen infundado provoca la nulidad del mismo y su nuevo dictado o el juez puede prescindir de él y dictar la resolución más apropiada al caso?) es más oportuna la corriente que exige el consentimiento del fiscal para lo cual corre un nuevo traslado pese a que el primer dictamen no reunía los requisitos legales. Esto es así porque el artículo 76 bis del Código Penal en su párrafo cuarto exige el consentimiento del mismo, no habiéndolo prestado por una incompleta fundamentación o excediendo los requisitos, corresponde un nuevo dictado ajustándose a las cuestiones de su competencia.

2- Teoría que no reconocen al consentimiento como requisito imprescindible.

Ahora expondremos a quienes niegan que recaiga en la cabeza del fiscal la decisión definitiva del caso por su opinión negativa a la concesión, alegando entre otros argumentos su inconstitucionalidad por afectación de la división de poderes. El Dr. Doro en el fallo “Zalazar” voto de la siguiente manera: entiende “...necesaria la intervención del fiscal, pudiendo en todos los casos el juez resolver el beneficio aún en aquel en que no se diera consentimiento”.

Luis García⁸⁰ entiende que debe ser el juez en definitiva quien conceda el beneficio. No es constitucional, toda vez que el artículo 120 le da al fiscal la titularidad de la acción penal como también lo hace el art. 5º del Código Procesal Penal de la Nación, pero no

le otorga la facultad del *juris dictio* prerrogativa reservada a los jueces, con lo que a nuestro juicio no hay lugar a discusión alguna.

Para Castañeda Paz “la interpretación que propiciamos debe ser la que entiende que la negativa fiscal al otorgamiento de la probation sólo lo habilita a expresar su disconformidad en una instancia superior”. Fundamenta esta determinación en que “la normativa ritual no deja nunca la decisión final en manos del Ministerio Público, sino que siempre queda resuelto por el órgano jurisdiccional...” y si “la decisión estuviera sólo en manos del fiscal la con el sólo pedido de sobreseimiento el juez debería de sobreseer al imputado sin más, aunque tenga opinión en contrario, pero nuestro Código Procesal no considera que deba ser así, por lo que estableció un procedimiento de consulta por el cual es un órgano superior(Cámara) quien se encarga de dirimir el conflicto, ordenando al Ministerio Público que solicite la elevación a juicio”⁸¹.

A ello hay que adicionarle el siguiente fallo citado por el autor que hace robustecer su postura “el fallo que recayera en la causa 20 de la Secretaria Nro. 56 del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Correccional Nro. 5, donde la señora juez actuante entendió que “...la disconformidad del señor fiscal, sólo puede habilitar la posibilidad de recurrir y en modo alguno puede limitar la facultad decisoria del tribunal. Acordar a la conformidad del fiscal valor vinculante de la decisión judicial, vulnera el principio de juez natural, porque la decisión estaría en cabeza de un órgano que carece de jurisdicción. También afecta el principio de la doble instancia porque el requirente no podría recurrir de la decisión del Ministerio Público y, por otra parte, por no tratarse de una resolución judicial no ha de cumplir con la exigencia de ser fundada, violando así el principio de razonabilidad de los actos de gobierno”.

En Santa Fé, quienes siguen este criterio se remiten al art. 8° bis, 4° párrafo del CPPSF que faculta al fiscal a recurrir la resolución que otorga el beneficio si entiende que fue otorgado sin su consentimiento. Esto no es más ni menos que hacer una interpretación integradora del ordenamiento normativo nacional y provincial, pero abre las puertas de un debate mucho mayor que no es objeto de la obra: ¿hasta que punto una norma provincial puede dar lugar o servir como base argumentativa de una ley nacional?.

Ahora bien, también, la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirmó el vínculo de subordinación y dependencia de esta institución con el Poder Ejecutivo, al iniciar o abstenerse de iniciar una acción según la orden que reciba de aquel él como representante de la sociedad lo cual implica siempre un necesario examen de razonabilidad por el juez, pues

sujetar la procedencia al dictamen del fiscal afectaría el principio republicano de división de poderes al recaer en un órgano que no reúne las calidades de independencia e imparcialidad la decisión de un conflicto. No obstante ello, hay que resaltar que algunos ven en el Ministerio Público un órgano independiente de los tres poderes clásicos del Estado, gozando independencia, autonomía funcional y autarquía financiera (como si fuera un cuarto poder).

§ 22. Contenido del dictamen fiscal.

Sin volver a la discusión sobre si el consentimiento corresponde a uno de los casos o a los dos, si admitimos que el fiscal se debe pronunciar en algunos de los casos cabe que nos preguntemos: ¿Sobre que temas debe versar el dictamen? ¿Cuál de ellos sería causal de oposición fundada al beneficio? ¿Y cuales serían meras disconformidades del fiscal que el juez puede dejar de lado en su resolución que no traerían efectos negativos sobre el fondo de la cuestión –procedencia o no de la probation-?

No habiendo un texto legal que indique con precisión de que manera y sobre que puntos deben estar impresos en el dictamen fiscal todo lo que podamos esbozar resulta del fruto de la jurisprudencia y doctrina.

Los criterios que se han expuesto son de los más variados, pudiendo asignarles tres grupos principales:

1 - Postura amplia.

Algunos le permiten al fiscal dictaminar sobre numerosos temas que pueden dar lugar a la exclusión del beneficio. Bossi y Ranuschio⁸² son claros ejemplos de ello: “Creemos que no es posible conceder la suspensión del juicio a prueba cuando la oposición del agente fiscal está fundada en lo inadecuado o insuficiente del ofrecimiento efectuado por el imputado, ya sea en relación al resarcimiento económico al damnificado o en referencia a las tareas comunitarias que pretende realizar”. Es curiosa la postura de los autores porque luego nos dicen: “es posible conceder la probation aún sin el consentimiento del fiscal, cuando ésta se basa únicamente en la interpretación restrictiva de la ley”. Esto último, es seguido por gran parte de la doctrina al sentenciar que en la interpretación del ordenamiento jurídico que se hace judicialmente no cabe tener por ciertas las afirmaciones vertidas por el fiscal. Podemos encontrar un fallo en este sentido “De otorgarse virtualidad a una oposición fiscal basada en una diferente interpretación de la ley, se sustraería del ámbito

to funcional de la magistratura una de las funciones que constituyen su razón de ser, esto es, la de interpretar las leyes que han de aplicarse, tarea que recaería únicamente en una de las partes intervinientes en el proceso, a cuya voluntad estaría sujeto el instituto de la probation”⁸³.

No coincido con los autores que el dictamen del fiscal que refiere a la oposición por no ser el resarcimiento ofrecido razonable sea vinculante porque la norma no lo reconoce con tales efectos.

Tampoco es correcto que pueda oponerse a las reglas de conductas ofrecidas por el imputado, porque a las reglas las impone el juez y el imputado acepta o no, no surgiendo de la norma su intervención con el carácter que ellos sostienen.

2 - Postura intermedia.

Esteban Franichevich, nos comenta que “siendo el fiscal un actor penal, debe ocuparse de observar su materia –así por ej. la condicionalidad de la pena, el pago del mínimo de la multa, el tipo de pena del delito imputado- en tanto que el tema patrimonioso no debe ser objeto de ninguna observación porque no se trata de materia propia...”

Es decir, que en esta vereda se sostiene que la “razonabilidad de la reparación” no es ámbito de competencia del fiscal y sólo puede “proponer” las reglas de conducta sin que sean vinculantes ni que den lugar a descartar la procedencia por la falta de observancia de ellas por el juez.

De Olazábal agrega que: “no necesariamente ha de limitarse a enunciar su oposición o consentimiento al otorgamiento del beneficio, sino que podrá dar también su opinión – no vinculante para el tribunal, por supuesto- acerca de cuales serían las reglas de conducta aconsejables para el caso de accederse a la petición paralizante”, su “intervención se produce tras la presentación de la solicitud por el imputado y la decisión del juez sobre la razonabilidad del ofrecimiento reparatorio, pero siempre antes de la resolución sobre la suspensión del juicio. En ese interregno podrán recolectar los elementos que sean menester para apreciar la posibilidad de obtención de una condena condicional”, “aunque alguna duda puede suscitarse respecto a si el fiscal puede valorar las cuestiones referidas a la forma reparatoria propuesta por el imputado(en principio, parecería un tema restringido al propio damnificado), siendo así que en el art. 26 del CP se debe apreciar la “actitud posterior al delito” del autor, nada obsta para que dentro de este rubro incorpore ese extremo a su apreciación de mérito”. Comparando a este autor con Franichevich y lo expuesto por Bossi y

Ranuschio, vemos que De Olazábal tiene en cuenta la reparación en el caso del art. 26 CP, para el segundo de los autores lo descarta como tema a tener en cuenta y los dos últimos lo consideran como un requisito emergente del art. 76 bis CP.

“No obsta a la probation la oposición fiscal por considerar exiguo el monto ofrecido en calidad de reparación y mediar otra causa en trámite si la parte que aparecería como damnificada, no ha ejercido acción civil(lo que impide contar con una pretensión concreta al respecto) y, atento a que el párrafo tercero del art. 76 bis del Código Penal no considera que tal cuestión pueda erigirse como obstáculo para acceder al beneficio, y dejando a su vez abierta la posibilidad de que, en la competencia por la materia que corresponda, se efectúe el reclamo pertinente”⁸⁴.

“La oposición fiscal no obsta a la concesión de la suspensión del proceso a prueba si la disconformidad se basa en las tareas comunitarias y la reparación del daño propuestas por la imputada, toda vez que aquella sólo resulta determinante para denegar el beneficio cuando se refiere a la eventual improcedencia de la condicionalidad de la pena”⁸⁵.

3 - Postura restringida.

Es claro el fallo que pasamos a transcribir a continuación, en donde se expresa que el fiscal solo debe emitir su opinión respecto de la eventual condicionalidad de la pena.

“El consentimiento que debe prestar la Fiscalía a que se refiere el cuarto párrafo del artículo 76 bis del Código Penal, sólo condiciona y determina la decisión del magistrado cuando esté referido a las condiciones para el otorgamiento de condena de cumplimiento en suspenso(art. 26 CP)y no cuando esté basado en otras cuestiones tales como la índole del delito”⁸⁶.

Le podemos agregar en el mismo sentido pero incorporando otros requisitos el siguiente fallo: “sólo puede hacer alusión a la razonabilidad del ofrecimiento tendiente a reparar el daño y el tipo de medidas compromisorias a decidir con respecto al encausado, conjuntamente con el análisis de las circunstancias concretas del caso que pudieran hacer factible, de recaer condena, su ejecución condicional, y no la índole del delito bajo juzgamiento”(C.C.C. Fed., Sala I, “Lavigne, Juan s/deneg. de probation” 11.12.97)

§23. ¿Vinculariedad o no del consentimiento?

Con el consentimiento en mano, sea la postura restricta en el único caso que detallan o sea la postura amplia en el segundo de los casos enunciados por el art. 76 bis CP, corresponde ver si ese consentimiento es vinculante para el tribunal o puede desestimar la petición.

Trascendentales efectos derivan de la vinculariedad de la opinión del fiscal ya que circunscribe o condiciona el comportamiento del juez, sin que este pueda hacer un control de la situación. De ahí que estén divididas las aguas entre quienes asumen la vinculariedad del dictamen fiscal y entre quienes la niegan.

1 - Dictamen favorable vinculante.

El Dr. Franichevich sigue esta vía diciendo “nosotros siempre opinamos que el consentimiento fiscal debe ser vinculante”. De modo que con la venia fiscal el juez se vería obligado a otorgar la probation, creemos que no debe ser así pues el análisis de legalidad llevado adelante por el juez es indelegable y propia de su función.

“La oposición fiscal aparece como obstáculo insalvable en el caso, ya que más allá del plenario “Zalazar”, resulta indudable y necesario afirmar que la norma requiere la expresa conformidad de la Fiscalía de la causa, cuya opinión adversa constituye un impedimento para el otorgamiento del beneficio habida cuenta del rol del Ministerio Público como requirente. El carácter vinculante de la posición de la Fiscalía deriva del mandato constitucional que atribuye a aquél la promoción y el ejercicio de la acción penal (Art. 120 CN), y como tal, cuando expresa su oposición a la suspensión del proceso a prueba, no ejerce jurisdicción sino que manifiesta su voluntad de continuar ejerciendo la acción⁸⁷”

2 - Dictamen favorable no vinculante.

Carlos Creus siguiendo este camino nos dice: “el consentimiento del fiscal es una condición necesaria para la procedencia, pero de ningún modo vincula al tribunal a que conceda. Siendo una condición necesaria es evidente que si no media el consentimiento del fiscal, el tribunal no puede hacer lugar a la suspensión del juicio, lo cual es perfectamente explicable porque el fiscal dispone de la acción procesal penal pública y, en la esfera de su competencia funcional..., si el tribunal lo dispusiere sin su consentimiento no se observaría el debido proceso para el Ministerio Público⁸⁸”.

Deducimos del tratamiento del tema por Pessoa que no admite la vinculariedad del dictamen, eso surge cuando dice “En caso de que el Tribunal denegare el pedido (a pesar de

existir dictamen favorable del Ministerio Público) pensamos que por la estructura del procedimiento penal hoy vigente en el país (sistema mixto) es una resolución prácticamente irrecurrible; no parece atacable por vía del recurso de casación o inaplicabilidad de ley, por no ser sentencia definitiva ni auto que pone fin a la acción o a la pena, o que deniegan la extinción, conmutación o suspensión de la pena; tal vez, cabría la impugnación por vía del recurso federal extraordinario, por ejemplo, por arbitrariedad de la decisión denegatoria”.

Así se ha expedido la Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV, el 30-10-1997, en la causa “Roitman”:

“El consentimiento fiscal para la suspensión del proceso `a prueba´ no tiene carácter vinculante para el tribunal, pues es facultativo acceder a la solicitud en tal sentido formulado, tal como del verbo `podrá´ bien emerge. Quienes han reconocido ese carácter, lo han hecho únicamente en aquellos supuestos en que dicho funcionario manifiesta oposición a su otorgamiento”.

La mayoría en el caso Kosuta se pronunció siguiendo los lineamientos del fallo anterior: “Ahora bien, tal como se expresara, la conformidad fiscal resulta imprescindible para suspender el juicio y su oposición "es vinculante para el tribunal, pues la ley no se contenta con la mera 'citación' o 'traslado' al fiscal, sino que exige consentimiento" (conf. García, ob. cit., p. 365); pero una vez que se cuenta con el beneplácito del representante del Ministerio Público, y en cumplidos los demás requisitos exigidos por la norma, los jueces tienen amplias facultades para decidir -fundadamente- la concesión o el rechazo de la medida solicitada por el imputado (sala 4ª en causa 634, "Roitman, Adrián F. s/rec. de casación", rta. el 30/10/97). Por otro lado, no está de más mencionar que -a nuestro juicio- rige también aquí la carga para los fiscales de motivar las conclusiones de sus dictámenes sobre el particular (art. 69 CPr.Cr.); y que, sin duda alguna la forma en que se expiden está sujeta al control de su legalidad y fundamentación”. Se asevera que en el ordenamiento procesal vigente a nivel nacional el fiscal jamás puede tener más potestades que el juez para analizar la viabilidad de un instituto como el contemplado en el art 76 bis del Cód. Penal, lo cual sería sólo admisible en el sistema acusatorio puro(no adoptado hasta el momento). Sin embargo, esto último choca con lo que dice Lenardon y Palazzi al decir que “actualmente sostiene la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto a la necesidad del mantenimiento de la acusación fiscal para la existencia de una condena válida”, de lo que deriva en la necesidad de hacer lugar la puesta en práctica de la probation por tratarse de la dejadez o renuncia de la acción penal, sería lo más beneficioso.

§ 24. RESOLUCIÓN DE LAS CÁMARAS NACIONALES DE CASACIÓN PENAL EN PLENO.

Previo a reproducir lo resuelto en el plenario “Kosuta” nos parece apropiado ver cual era la situación jurisprudencial previa a su convocatoria:

Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal, en la causa 1523 del 18 de noviembre de 1997 se decidió:

“La ausencia de conformidad del señor fiscal constituye un impedimento para otorgar la suspensión del juicio a prueba. El carácter vinculante de la oposición del fiscal deriva del mandato constitucional que atribuye al referido ministerio la promoción y el ejercicio de la acción penal(art. 120 de la Constitución Nacional), y al expresar su oposición a la suspensión del proceso, no ejerce jurisdicción sino que manifiesta su voluntad de continuar ejerciendo la acción. Como la suspensión del juicio a prueba no es otra cosa que la de suspensión del ejercicio de la acción penal, los jueces no tienen poder de decisión sobre la suspensión de ese ejercicio.”

Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal, ha dicho en “Campitelli, Rodrigo s/recurso de casación”(08/07/98), que:

“En efecto el avenimiento del fiscal de juicio es indispensable para que proceda la medida prevista por el artículo 76 bis del código penal, su oposición es vinculante para el tribunal, pues la ley no se contenta con la mera “citación” o “traslado” al fiscal, sino que exige su consentimiento. Asimismo, se le exige al Ministerio Público que emite un dictamen fundado sobre la existencia de los presupuestos de procedencia. Es que la ley no ha querido dejar todo librado a la arbitrariedad de esta parte poniéndole pautas para suspender el ejercicio de la acción. También es deber de los fiscales emitir dictamen fundado en todo cuanto pidan”.

Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal, con anterioridad al plenario no se había pronunciado sobre este punto.

Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal, en la causa N° 468, caratulada “Muraca, Susana Catalina s/recurso de casación”(06/03/97) dijo:

“...La norma en análisis, en consecuencia, debe ser analizada partiendo de un estricto respeto por su letra. El cuarto párrafo del artículo 76 bis del código penal dice “...y hubiere consentimiento del fiscal...”. Entiendo entonces, que de la letra de la ley se desprende que ésta claramente dispone la necesidad del acuerdo fiscal para que se pueda conceder el instituto.”(del voto del Dr. Hornos)

La reunión de las Cámaras para la emisión del plenario trajo como resultado la siguiente determinación:

“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”.

§ 25. RESOLUCIÓN DE LAS CÁMARAS PENALES DE LA PROVINCIA DE SANTA FE EN PLENO.

Por mayoría en el fallo “Zalazar”, se decidió:

“El consentimiento del fiscal previsto en el art. 76 bis 4º párr. CP, es exigible para todos los casos de concesión de tal beneficio”

§ 26. RESOLUCIÓN DE LA SALA PENAL DEL SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTICIA DE CÓRDOBA.

En los autos “Quintana, Francisco Mario s/homicidio culposo” del 22/10/02 se resolvió:

“...la opinión favorable del Fiscal es insoslayable condición de procedencia de la misma. Empero, para que la opinión negativa vincule al Juez, resulta ineludible que el dictamen se encuentre debidamente fundado. No lo está si solo se procura el apartamiento de la doctrina fijada por el T.S.J., con lo que se consolida el ejercicio arbitrario de una función, en cuyo caso el tribunal debe prescindir de la verificación del requisito legal y conceder la probation, aun cuando el representante del Ministerio Público se haya expedido en sentido contrario. Tal interpretación, entendemos, no se encuentra vedada por la fórmula literal de la ley, y no es novedosa en la doctrina judicial argentina. En consecuencia, el fallo que asiente su conclusión negativa sobre la procedencia de la suspensión a prueba en un dictamen de tales características, deviene en insanablemente nulo”.

CAPÍTULO IV

“Los recursos en la Probation.”

§ 27. Consideraciones generales.

El recurso en cualquiera de sus especies tiene como fin recomponer o corregir algo que esta evidentemente mal según la apreciación que lleva adelante el apelante. Ello reposa en admitir que los jueces y fiscales no son invulnerables sino que pueden equivocarse en la aplicación o interpretación de la ley. La diversidad de opiniones que afloran en el campo jurídico hace que su funcionamiento se incremente.

El legislador puede contribuir para que la vía impugnativa sea utilizada en menor medida por medio de la redacción clara de las leyes, también ayuda a evitar las apelaciones y refuerza la seguridad jurídica la substanciación de los plenarios que originan interpretaciones que permiten prolongarse en el tiempo dando soluciones análogas a caos similares, influyendo en la prestación eficiente del servicio de justicia.

En el ámbito de la suspensión del juicio a prueba las interminables discusiones sobre las múltiples situaciones que pueden presentarse por ausencia de legislación en algunos casos o por una redacción confusa y poco transparente han servido para que los cuestionamientos a instancias superiores se produzcan en una medida mayor a la media normal.

A su vez, la legislación procesal –reguladora de la apelación- tenía la obligación de actualizarse para brindar respuestas precisas y seguras a los nuevos cambios.

En el ámbito nacional, nada se dijo al respecto con lo que queda ver la posibilidad de utilizar los recursos tradicionales para este caso, cabría estudiar si los recursos ordinarios admiten la posibilidad de ser parte de la suspensión del juicio a prueba.

En el ámbito de la provincia de Santa Fé, la incorporación del art. 8 bis en el Código Procesal trajo algunas precisiones sobre la impugnación de las partes, a lo que se le agrada, también, el régimen ordinario.

Próximamente, se verá que lo que ha causado más controversias en el ámbito tribunalicio va a estar dado sobre la calidad de sentencia definitiva del auto de suspensión del juicio a prueba o no, lo que daría lugar a los recursos de casación y extraordinario.

§ 28. Apelación del fiscal.

Mayoritariamente se reconoce que es necesario el consentimiento del fiscal para la procedencia de la suspensión del juicio a prueba, de ahí que un pronunciamiento judicial favorable a la suspensión del juicio sin su venia generaría la posibilidad de apelar como consecuencia de no encuadrar el caso sometido a juzgamiento en los presupuestos legales para ello o puede deberse a la imposición de reglas de conductas ilegítimas. Esto último es la reproducción de lo que consagra el artículo 8 bis del Código Procesal Penal de Santa Fé en su párrafo cuarto, que unido a lo que dispone los artículos 420 y sigs. del mismo cuerpo completan los requisitos que hacen al tiempo de interposición del recurso, lugar de interposición, etc. Se sustanciará en la alzada a través del modo en relación (art. 439 y siguientes del CPPSF). Una vez concedida la suspensión puede llegar a revocarse por incumplimiento de las reglas, por modificarse el máximo aplicable o por la estimación de la condicionalidad. La decisión judicial que deje sin efecto el período de prueba no resulta recurrible para el fiscal.

Tanto en el sistema de nuestra provincia como en el nacional la decisión del juez sobre la razonabilidad no resulta apelable por el fiscal por ser un tema ajeno a sus obligaciones.

En el sistema procesal penal nacional, es de aplicación el artículo 449 y sigs. del código de forma para la apelación ordinaria, no ofreciendo mayores inconvenientes al respecto.

Un particular estudio merece la posibilidad de recurrir por parte de la fiscalía a la Cámara Nacional de Casación, ante la falta de su consentimiento o la errónea interpretación del art. 76 bis CP. La cuestión no estuvo ajena a discusiones sobre el carácter del auto que hace lugar a la probation:

La Sala I, en un primer momento, en “Sosa de Amor, Manuela s/recurso de queja”(04/10/93) admitió la procedencia del recurso al sostener que dentro de los autos que “imposibilitan la continuación de las actuaciones”(art 457 CPP) se encuentran los que suspenden el proceso a prueba(art. 293 y 515 CPP) Luego en “Asenjo, Claudio M. s/recuso de queja(05/07/95)” afirmó que “...el nuevo Código procesal Penal de la Nación ha creado un sistema completo y específico con relación a las decisiones que pueden ser objeto de los recursos de casación e inconstitucionalidad. Por tales vías de impugnación se puede llegar a esta Cámara respecto de las sentencias definitivas o de las que el propio art. 457 del cita-

do ordenamiento instrumental ha equiparado taxativamente por sus efectos a los autos que hagan imposible que continúen las actuaciones, entre los que corresponde incluir la suspensión del proceso a prueba(art. 292 y 515CPPN)...”

La Sala II, se pronunció de otra manera en el tema en el caso “Monti, Bernardo J. s/recurso de queja(30/08/94)” afirmó que la suspensión del juicio a prueba, “...por su carácter revocable no constituye una sentencia definitiva ni puede asimilarse a ninguno de los supuestos del art. 457 del CPPN...” para concluir diciendo “...a) no es sentencia definitiva ya que no dirime la controversia ni da por finiquitada la causa, b) no puede encuadrarse dentro de los autos que deniegan la extinción de la pena toda vez que la mera suspensión del proceso no acarrea ese efecto, y c) tampoco estamos frente a un auto que deniegue ‘con carácter definitivo’ la suspensión de la pena, ya que nada obsta a que, si corresponde, en el momento de dictar la sentencia el juez aplique una condena de ejecución condicional...”.

La Sala III, adoptó igual posición que la precedente en el caso “Vigue, Daniel H s/recurso de casación(01/09/94)” en donde sostuvo que “...el temperamento restrictivo obedece a que el Código determina el sistema de taxatividad para las impugnaciones, al extremo de que en ciertos casos se establece la irrecurribilidad...” y “...la decisión que los jueces adopten en el trámite de solicitud del beneficio de la suspensión del juicio a prueba, a que se refiere el art. 293 del CPPN, es irrecurable. Ello es así, ya que no existe norma expresa que prevea su recurribilidad(admisión específica), ni tampoco ello es válido inferirlo de la norma genérica del art. 457 y concordantes del Cód. Procesal Penal...”

En tanto, la Sala IV ha seguido una doctrina amplia sobre la admisibilidad del recurso de casación, un ejemplo de ello esta dado en el caso “Muraca, Susana s/recurso de queja(21/10/96)” en donde dijo: “...la decisión en crisis produce consecuencias de insuficiente o imposible reparación ulterior, por lo que en el caso de autos la pretensión de control jurisdiccional intentada por el señor representante del Ministerio Público Fiscal en esta instancia debe ser acogida sin dilación...” ello es resultado de que “...a un imputado al que se le ha concedido la suspensión del beneficio de que se trata, si no comete un nuevo delito, repara los daños en la medida de lo posible y cumple con las reglas de conducta impuestas, se le extinguirá, sin más, la acción penal en su contra...”. Lo que a la vista surge como un cercenamiento estatal de poder continuar la pretensión punitiva ante decisiones que no le son correctas. Al ser el Ministerio Público quien promueve y ejerce la acción penal no sólo para iniciar el juicio sino en todas sus etapas procurando un pronunciamiento

útil a sus derechos se estaría violentando su participación en el proceso penal si su voz no es oída en casación.

Por intermedio del caso “Menna s/recurso extraordinario(17/05/96)” la Corte Suprema de la Nación tuvo ocasión de abocarse y decidir sobre el particular. Previo a la resolución del máximo tribunal de la Argentina se había expedido el Procurador de la Corte sosteniendo el recurso extraordinario por los siguientes motivos “al ponerse en tela de juicio el alcance de la garantía prevista en el artículo 8º, inciso 2º, apartado h), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de reconocido rango constitucional e incorporada a nuestra Carta Magna (art. 75 C.N.), el recurso resulta en este aspecto formalmente procedente”. Para continuar diciendo “ a mi criterio la doble instancia judicial reconocida en el mencionado Pacto Internacional, como bien lo sostiene el apelante, no se encuentra dirigida exclusivamente a quien resulta imputado del delito, sino también a otras partes legalmente constituidas en un proceso penal determinado, como es el caso del Ministerio Público”. En un segundo momento concluyó: “la decisión que concede la suspensión del juicio a prueba sin consentimiento del Ministerio Público es equiparable a la sentencia definitiva a que se refiere el art. 457 del Código Procesal Penal, ya que en la medida que involucra la determinación de las funciones institucionales del órgano que represento, ocasiona un perjuicio de insusceptible reparación ulterior, que requiere tutela inmediata”.

Luego de las palabras del Procurador General de la Nación llegó la adhesión de los Ministros de la Corte Suprema a su visión del tema, donde sentenciaron “...la resolución que hace lugar a la suspensión del proceso a prueba(arts. 76 bis y ter Cód Penal) es susceptible de ser recurrida mediante el recurso de casación(art. 457, Cód Proc. Penal) al tratarse de una resolución equiparable a definitiva, puesto que la tutela de los derechos que se invocan no podría hacerse efectiva en una oportunidad procesal posterior”.

No reuniría la calidad de lógico y oportuno permitir la apelación una vez que haya concluido el término de suspensión, ya que en esa oportunidad si se cumplió con las conductas exigidas se extinguiría la acción y la apelación quedaría al menos un poco a des-tiempo.

Resulta más conveniente, práctico y justo que la disconformidad se exprese al momento mismo de la existencia del vicio que motiva la expresión de agravios en una instancia superior para evitar el transcurso de un tiempo donde el sujeto sometido a prueba no sabe si cumplido el mismo adecuadamente tendrá extinguida la acción o deberá quedar a discreción de lo que suceda en la apelación que propondría la parte disconforme.

Este fallo viene a clausurar definitivamente la ola de fallos encontrados que se venía sentando en los estrados judiciales al negársele al fiscal la actividad recursiva para exteriorizar su disidencia en el trámite de la suspensión del juicio a prueba. La protección del debido proceso y el derecho a una doble instancia, que como según lo redactará el Procurador de la Corte incluye al Ministerio Público, han logrado ser preservados y afianzados en detrimento de los posibles excesos que podrían evidenciar los Tribunales de Primera Instancia.

Esta doctrina sirve para lograr la unificación de criterios en las Salas de la Cámara de Casación Penal, evitando que el azar fuera la fuente principal de la procedencia del recurso y no la legalidad y justicia del mismo.

No podemos perder de vista que esta puerta que se abre contribuirá a una mayor acumulación de expedientes por resolver en la Cámara de Casación influyendo en la eficiencia y celeridad de las causas.

§ 29. Apelación del imputado.

La situación que podría dar lugar a manifestar su disconformidad estaría dada en la denegación del pedido de suspensión del juicio a prueba o la imposición de reglas de conducta ilegítimas.

La resolución que niega la procedencia de la probation lleva en sí misma la potencialidad de causar un “gravamen irreparable” para el imputado en los términos del artículo 449 CPPN. Deviene esa afirmación por privar al imputado de la opción de tener por extinguida la acción si cumple con ciertas conductas provocando la ausencia de antecedentes penales y evitará la tramitación procesal que tan desgastadora puede llegar a ser al imputado, lo que no podría ser efectiva en una instancia posterior

El problema surge por la falta de admisión específica, por lo que para algunos cuesta encontrarle el correcto cauce. Fácilmente resulta encuadrable en el art. 457 del Cód Proc. Penal de la Nación que habilita la apelación cuando los autos “hagan imposible que continúen las actuaciones o denieguen la extinción o conmutación de la pena”. La extinción de la pena por medio de la probation no es un efecto inmediato, pero sí mediato (luego de haber observados las normas de conducta). A su vez va a tener como efecto inmediato la suspensión de la pena, como consecuencia de haber suspendido el proceso. Esto ha sido criticado por la Sala II de la Cámara de Casación en la causa “Escudero, Ramón s/recurso de queja(06/07/95)”: “...no puede encuadrarse dentro de los autos que deniegan la extin-

ción de la pena toda vez que la mera suspensión del proceso no acarrea ese efecto; y c) tampoco es un auto que deniegue con carácter definitivo la suspensión de la pena, ya que nada obsta a que, si corresponde, en el momento de dictar la sentencia el juez aplique una condena de ejecución condicional...”

No se descarta que también encuadre en el término de “sentencia definitiva” como finalmente la Corte Suprema de la Nación calificó a la denegación de la suspensión del juicio a prueba. En el caso “Padula⁸⁹” se refirió sobre ello al decir “el recurso extraordinario resulta formalmente procedente con base en la doctrina de esta Corte sobre arbitrariedad, puesto que el a quo no hizo lugar a la vía recursiva sobre la base de fórmulas genéricas y abstractas, tales como la supuesta naturaleza "irrecurable" de la resolución impugnada, omitiendo considerar los planteos de la defensa referentes a que la decisión debía ser equiparada a sentencia definitiva en los términos del art. 457 del Código Procesal Penal "en tanto se trata de una cuestión que no puede ser renovada en el curso del proceso...se abrirá nuevamente el debate sin la posibilidad extintiva que acuerda la ley... cualquier interpretación limitativa de nuestro recurso, resulta manifiestamente contraria al Pacto de San José de Costa Rica en cuanto prescinde de asegurar una segunda instancia ...".

En la provincia de Santa Fé, el artículo 420 y sigs. del CPPSF posibilita al imputado a apelar la decisión que rechaza la suspensión por ser un gravamen irreparable al no poder ser propuesto en otro momento y, además, se accede a la apelación para garantizar la doble instancia en el proceso penal (art. 8, inc. 2 h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –ley 23.054-; art. 15 inc. 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Además, fija injustamente la irrecurribilidad de la resolución que revoca la suspensión del juicio a prueba lo que podría llegar a ser tachado de inconstitucional.

Por último, cabe que nos pronunciemos a favor de considerar como “sentencia definitiva” la resolución que le deniega al imputado la suspensión del juicio por demostrar la imposibilidad de un nuevo tratamiento cuando se vencen los plazos para la presentación de la propuesta. Transcurrido el período que jurisprudencialmente algunos sostienen como límite (nos referimos al auto de elevación a juicio) para proponerlo, precluye la oportunidad procesal y cierra definitivamente la viabilidad de la probation. Sobre esto último tenemos que advertir que la Corte Suprema de Justicia de Santa Fé ha dicho que “el beneficio de la probation podrá ser solicitado por el interesado hasta tanto no haya recaído en la causa de que se trate, sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada”.

Además el remedio federal fue concebido para preservar el respeto por las normas supremas de la Nación que se ven afectadas por la denegación de la probation, ya que con ella se obtendría una sentencia que llene el interés de la parte imputada, configurando sentencia arbitraria -por no respetar el debido proceso y el derecho a obtener la extinción de la acción penal- la negación del recurso extraordinario federal o el recurso de inconstitucionalidad. Por eso, es necesario resaltar y recordar cual es la naturaleza jurídica que le damos al instituto. Al ser una nueva causal de la extinción de la acción penal(no enunciada taxativamente en el Código Penal), que va a tener lugar una vez de pasado satisfactoriamente el período de prueba, encierra en él la inexistencia de antecedentes penales evitando el gravamen que ello trae aparejado para el acceso a algunos trabajos.

§ 30. Apelación del querellante.

La eventual apelación y, posteriormente, la interposición del recurso de casación del querellante del auto que concede la suspensión del juicio resulta trascendente no sólo en lo que respecta al estudio del instituto que nos toca desarrollar sino también en lo referente al papel del damnificado en el proceso penal. Si se admitiese la actuación del querellante en el incidente de suspensión del juicio implicaría un nuevo paso hacia un sistema acusatorio puro(si denominamos al actual sistema, como lo hace la doctrina, de mixto). Este último se lo reconoce por el papel que cumplen las partes(muy parecido al proceso civil) y por la actividad del juez, en donde no dirige su actividad a investigar e indagar los hechos, por el contrario, procura hacer una evaluación de las pruebas aportadas por las partes como un verdadero tercero imparcial.

Fácil es reconocer que nos estamos refiriendo a la realidad que viven los tribunales nacionales, donde se llevan más avanzadas las modificaciones. El mayor despliegue jurisprudencial ha merodeado alrededor de la calidad o no del auto que concede la suspensión del juicio a prueba de sentencia definitiva.

No atraviesa por la misma situación la justicia santafesina, donde la pasividad o minúscula actividad del querellante resulta una fija, desembocando en el juez como actor principal en la labor investigativa e impulsora del proceso. Pero similar tarea nos va a tocar para analizar la procedencia del recurso extraordinario de la ley 7055

Pasaremos a ver sobre que aspectos el damnificado podrá formular oposición a la concesión de la probation cuando cuente con el consentimiento del fiscal. ¿Será posible oponerse por considerar la reparación exigua, es decir, que no llegue a ser un ofrecimiento

razonable? ¿O sólo podrá oponerse cuando no estén reunidos los presupuestos necesarios para la procedencia?

Comenzaremos con procurar dar claridad al término “damnificado” utilizado en el art. 76 bis CP para luego mostrar la evolución del tema en jurisprudencia hasta llegar al caso Kosuta.

Damnificado.

En un primer momento vamos a identificar a quienes son susceptibles de ser sujetos pasivos de un delito para luego distinguirlo del damnificado.

Por sujeto pasivo se entiende al sujeto que es el titular del interés cuya ofensa constituye la esencia del delito, ej. el occiso en el homicidio, el tenedor actual del objeto en el hurto. Se reconoce que pueden ser sujetos pasivo las personas individuales como las jurídicas.

Damnificado es la persona(individual o jurídica) a la cual el hecho le produce un daño que procede directamente del ataque al bien jurídico que el delito agravia. Por lo general, la persona del damnificado coincide con la del sujeto pasivo del delito pero no siempre es así, ejemplos de ello sería los herederos del occiso, el propietario de la cosa hurtada. Es posible concebir un delito sin damnificado pero no sin sujeto pasivo. La doctrina engloba en el término damnificado al sujeto pasivo del delito y ofendido.

El art. 76 bis CP nos habla en su tercer párrafo nos habla de “parte damnificada”, para luego continuar diciendo que si habiendo sido suspendido el juicio y no hubiera aceptado la reparación civil tiene habilitada la vía civil para proceder a su reclamación. Por ende, se deduce que la aceptación de la reparación por la parte damnificada no es un requisito imprescindible para la concesión del beneficio, bastará solo que el juez dictamine que la propuesta hecha por el imputado es razonable. Ello implica clausurar la vía de apelación para el supuesto de la reparación por los daños frutos de la eventual acción delictiva.

Recordemos, como lo enseña De Olazábal, que cuando se solicita la probation se detalla cual es la reparación ofrecida para que el juez emita una primera resolución calificando como razonable a la misma o no. Si la resolución define como insuficiente a la propuesta el imputado podrá si la resolución fue dictada por el juez de trámite de un Tribunal Colegiado, interponer el recurso de reposición ante el pleno o, si es juez unipersonal apelar ante otra instancia. Por último, y fuera de las vías recursivas, cabría hacer un nuevo ofrecimiento si se esta en tiempo hábil para hacerlo.

En caso de considerarla razonable, el damnificado podrá aceptar o no el ofrecimiento. Si no acepta, no estando constituido como actor civil, sólo le quedaría reclamar en sede civil su pretensión indemnizatoria (no queremos entrar en la discusión que se lleva a cabo por estos tiempos sobre si la reparación debe ser ofrecida sólo en el caso de que haya constitución de actor civil, pareciéndonos más apropiado abordar la problemática en general). No habiendo aceptación, estando constituido en actor civil, quedaría por esperar la definición con respecto a la concesión o no del beneficio, siendo negativo el dictamen a la procedencia continuaría el reclamo por esa vía, en cambio, acaecida la suspensión del juicio le quedaría expedita la acción civil.

En una etapa más avanzada del proceso, luego de haber declarado razonable la propuesta realizada por el imputado, el juez debe decidir sobre la suspensión del juicio. En caso de aceptación el damnificado constituido formalmente en el proceso como actor civil podría objetarla, según De Olazábal, pero se tropieza con lo que detalla el art. 8 bis del Código Procesal Penal de Santa Fé. Mediante el dictado de la ley N° 11.322/96 se vino a regular procesalmente la probation por medio de la incorporación del art. 8 bis, se establece la irrecurribilidad de la decisión del juez, salvo para el imputado y el Fiscal cuando sostengan que no han prestado consentimiento para la suspensión del juicio o cuando las reglas de conducta fijadas sean ilegítimas. Cerrando, de este modo, las puertas para una eventual revocatoria o apelación por parte del querellante.

En el ámbito nacional, apenas nacido el instituto se emitieron los primeros fallos que excluyeron a la querrela del trámite de suspensión del proceso a prueba:

“La querrela no resulta parte en el trámite de la suspensión del juicio a prueba pues no lo prevé el art. 76 bis y además no hace a la naturaleza del instituto, que tiende a la resocialización de la persona sometida a proceso”⁹⁰.

“La querrela no resulta parte en el trámite traído a la alzada, pues el artículo 76 bis no lo prevé, porque no hace a la naturaleza del instituto, que tiende a la resocialización de la persona sometida a proceso. Ello sin perjuicio de las acciones que pudiere ejercer la parte en el fuero civil”⁹¹.

Es decir, si su presencia en el trámite era cuestionada mucho más lo era la oposición que pudiera resultar de la disconformidad de las decisiones judiciales que tuvieran lugar sobre el fondo de la cuestión.

En esa época De Olazábal se pronunciaba en este sentido: “...la ley nada dice sobre su actuación en el trámite de la suspensión del juicio a prueba. Ciertamente hubiese sido

conveniente que lo hiciera, dado que no necesariamente ha de coincidir con la figura de lo que denominó “parte damnificada”.

Parece, en consecuencia, que habrá de acordarle al querellante una consideración similar a la prevista para ese damnificado, pero nunca igual a la del fiscal. Esto es, se lo deberá oír como parte constituida que es en el proceso, pero su oposición no podrá obstar a una eventual concesión del beneficio consentida por el titular de la acción penal pública”.

Llegando a una posición similar, Castañeda Paz, sobre la cuestión se pronuncia de manera más restringida: “Hay que tener en cuenta que la opinión de la querrela no es para nada vinculante, ya que su oposición ni siquiera le da lugar a deducir recurso alguno.”

La corriente internacional tuteladora de la persona víctima de un ilícito dio lugar a que se comenzara a contemplar parcialmente la participación del querellante en el trámite de la suspensión del juicio a prueba más allá de su aceptación o no de la reparación propuesta por el imputado.

Se puede apreciar este nuevo espacio logrado por la parte damnificada en el siguiente fallo:

“Procede el recurso de casación de la querrela contra el auto del tribunal oral que, con consentimiento del fiscal, otorgó la suspensión del proceso `a prueba´ al acusado de infracción al artículo 2 bis de la ley 13.944(insolvencia alimentaria fraudulenta)^{92,}”

Este cambio jurisprudencial se consagró con el fallo Kosuta que admitió la posibilidad de recurrir el auto de suspensión del juicio a prueba(excluido el supuesto del monto de la reparación) a fin de obtener un pronunciamiento útil relativo a sus derechos, basándose:

“Hace cuanto menos una década que los organismos internacionales dirigen recomendaciones en el sentido de dotar de mayor participación a la víctima dentro del sistema penal. El 29 de noviembre de 1985, la Asamblea General de la ONU aprobó por consenso la Resolución 40/34 y la "Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder" en las que se recomienda que se adopten medidas de diversos niveles para mejorar el acceso a la justicia y el trato justo a las víctimas de delitos(del voto de Casanovas y Tragant)”

“La Corte Suprema de Justicia de la Nación le reconoció facultades activas, especialmente en cuanto hace al ejercicio de la acción penal, al sostener que "todo aquél a quien la ley reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos está amparado

por la garantía del debido proceso legal consagrada por el art. 18 CN(del voto de Casanovas y Tragant)”.

“...la Corte nacional en la causa S.401 XXXIV, "Santini, Ángelo y otra s/su solicitud por denegación de justicia en la causa 27480", "González, Alejandra V. s/homicidio culposo", del 3/12/98, en donde se sostuvo que todo aquél a quien la ley reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos está amparado por la garantía del debido proceso legal consagrado en el art. 18 CN., sea que actúe como acusador o acusado, como demandado o demandante, ya que en todo caso media interés institucional en reparar el agravio si éste existe y tiene fundamento en la Constitución(del voto de Casanovas y Tragant)”.

Es decir, que el artículo 449 del Cód. Proc. Penal de la Nación abre las puertas al damnificado para la apelación del auto que concede la suspensión del juicio a prueba, por causar un gravamen irreparable a los derechos de la víctimas, que están interesadas en obtener un pronunciamiento, eventualmente, condenatorio(lo que no es más ni menos obtener un “pronunciamiento útil a sus derechos”). Por otro lado, le recurso de casación(456 CPPN) se prevé posible en base a lo ya desarrollado con anterioridad acerca del carácter de sentencia definitiva o no del auto de suspensión del juicio a prueba.

§ 31. RESOLUCIÓN DE LAS CÁMARAS NACIONALES DE CASACIÓN PENAL EN PLENO.

Se resolvió por unanimidad en el caso “Kosuta”, según los argumentos ya desplegados, 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”.

CAPITULO V

“Reparación del daño.”

§ 32. Introducción.

La introducción de la cuestión civil al proceso penal en la suspensión del juicio a prueba no es un dato menor para algunos, ello se debe al cambio en las maneras de resolver los conflictos por parte del Estado. Marca una etapa que, como lo anticipaba De Olazábal, podría dar lugar a negociaciones entre las partes, sin embargo, parece que eso no es lo querido porque no surge con claridad ni del texto ni de los debates parlamentarios. Con la puesta en marcha del instituto se demuestra que el fiscal se desentiende de la parte civil lo que coarta toda actividad negociadora entre las partes.

En otras latitudes permiten la negociación en el proceso penal entre el imputado, damnificado y fiscal para llevar a un arreglo sobre el pleito, todo sujeto al control del juez.

Este mecanismo de mínima intervención estatal exalta la recomposición y mantenimiento de vínculos entre las partes a fin de mantener la paz social, ya no por medio de penas privativas de libertad o medidas de seguridad impuestas coercitivamente sino por una resolución a la que arriben las partes que luego deberá ser homologada por el juez. En torno a ello, se han creado instancias de mediación o conciliación, judicial o extrajudicial, para lograr un rápido acercamiento de las partes y proveer a medio más racional de condena.

Nos dice Castañeda Paz que “muchas son las tendencias que apuntan a la escuela alemana que justifica un procedimiento conciliatorio dentro del Derecho Penal donde se propicia una asunción de responsabilidad por parte del autor del daño mediante la adjudicación voluntaria de obligaciones”⁹³.

Si bien ello no es lo que se ha querido trasladar al derecho argentino por medio de la necesidad de ofrecer la reparación del daño en la medida de lo posible para solicitar la probation puede tomarse como un primer acercamiento, solo eso, pues la regulación muestra claramente que la cuestión civil sólo es accesoria a la penal y no esta caracterizada como la tercera vía luego de la pena y medida de seguridad.

A su vez la reparación del daño lleva implícita la voluntad de tutelar a la víctima de un delito, es decir, el juez al momento de evaluar la razonabilidad de la propuesta no sólo se fijará en el monto sino en el plazo en que se desea efectivizarlo y el daño que ha causado asegurándole su rápida satisfacción. A lo mejor ese monto no esta en una relación pareja al que podría obtener al cabo del proceso civil pero posiblemente tiene el beneficio de gozar de la reparación un tiempo antes. Recordemos que en el derecho civil se procura una reparación integral de los daños algo que puede o no darse en el ofrecimiento del imputado fundado en lo que fija el plexo normativo al decir: “en la medida de lo posible”; lo cual infiere que hay que indagar en cada caso en particular para determinarlo.

§ 33. Ofrecimiento.

Conjuntamente con la petición de la suspensión del juicio a prueba el imputado debe presentar una oferta concreta de reparación de los daños que han sido causados. A partir de la presentación de la oferta reparatoria se puede empezar a analizar la siguiente etapa, es decir, la viabilidad en base a los delitos imputados, antecedentes, etc. Se ha dicho en el anterior sentido que “el ofrecimiento de reparación del daño por parte del encausado configura un requisito de admisibilidad del pedido de suspensión del juicio a prueba, cuya omisión obsta al examen judicial de su eventual procedencia, sin perjuicio de que el interesado posteriormente formule una nueva presentación que satisfaga los extremos condicionantes previstos en la ley⁹⁴”.

El código penal en el art. 76 bis obliga en que el imputado se haga cargo “en la medida de lo posible” del daño causado.

Según Edwards hay dos formas de normar el tema de la reparación: 1) exigiendo la reparación integral del daño ocasionado por el hecho delictivo o, 2) exigiendo una reparación en la medida de lo posible. Para nosotros ello no es correcto pues bien puede suceder que quien solicite la probation pueda holgadamente reparar los daños efectuados por la actividad delictiva en cuyo caso el juez al evaluar la “posibilidad” que tiene el imputado de reparar los daños verá que en el sujeto puede hacerlo integralmente lo que necesariamente redundará en la necesidad de ofrecer una reparación completa e integral para que el juez dictamine como razonable el resarcimiento. Lo que se ha contemplado con la definición en la medida de lo posible es la situación de aquellas personas que no cuentan con recursos a los fines de que no se vean privados del beneficio por ello.

Volviendo al trámite procesal, el imputado deberá detallar en el ofrecimiento cual es el monto que ofrece pagar, los plazos en que se concretará el pago y demás modalidades que pudieran tener lugar no basta con un compromiso genérico de pagar. Sin embargo, no necesariamente la reparación debe ser en dinero, así podrá recurrirse a entregas de cantidad de cosas que puedan llegar a ser útiles para el damnificado o trabajos, debiendo detallar cada uno de ellos. Pero “el ofrecimiento unilateral de tareas sin haberse demostrado que no puede efectuar reparación del daño, con contenido civilista, no reúne las características del requisito exigido por la ley⁹⁵”.

Subsidiariamente, para aquellos casos en donde la propuesta de reparación en dinero se vuelva imposible por la carencia de recursos del sujeto el ofrecimiento podría obviarse, pero al admitirse la reparación por medio de algún trabajo es lógico que alguna actividad puede ofrecerse por más que el damnificado no acepte. Por ende, el imputado siempre alguna actividad debe estar predispuesto a prestar debiéndola señalar conjuntamente con la petición.

En aquellos casos donde no se manifiesten ni daños morales ni materiales como puede ocurrir en un delito tentado se descarta la reparación, sólo se deberá indicar tal circunstancia al peticionar la suspensión. Lo mismo va a observarse si previo a la presentación de la oferta el imputado y damnificado llegan a un acuerdo resarcitorio de los perjuicios, en cuyo caso creemos que la resolución pronunciando la razonabilidad del ofrecimiento sería una mera formalidad.

Luego de la presentación el juez recabará la información necesaria para poder emitir un dictamen admitiendo o no la reparación. Como esa resolución debe ser fundada se deben analizar varios extremos para llegar a una conclusión para llegar a la convicción de la razonabilidad o no del ofrecimiento.

Primero, nos parece atinado que consulte con el damnificado a los efectos de tener una visión más precisa de los daños, ello suponiendo que se ha constituido en parte (luego veremos que sucede en los casos en que no haya parte damnificada constituida en el proceso). Los daños a reparar pueden ser tanto morales como materiales de ahí que la consulta con el o los perjudicados del hecho delictivo sea beneficiosa y pueden generarse aún cuando el delito no implique el detrimento patrimonial. Vale decir que no todos siguen este criterio sino que se conforman con la restitución de las mercaderías sustraídas a su dueño o con las disculpas espontáneas y sencillas dadas por el imputado y aceptadas por la víctima del delito de amenazas con armas.

También, se deberá tener en cuenta el beneficio económico que representó para el imputado del suceso delictivo, su situación económica, las posibilidades del peticionante, el delito imputado, la calidad del delito atribuido y demás situaciones que lleven a formar el quantum de la reparación.

Si el análisis de la razonabilidad del ofrecimiento económico consumado por el juez fuere negativo es evidente que el imputado se vería afectado por ello. Según De Olazábal, si la resolución la dicto un juez de trámite de un Tribunal Colegiado “interponer un recurso de reposición ante el pleno o, en caso de ser un juez unipersonal, apelar a otra instancia(salvo que esta resolución no cierra el trámite, sino que hay que forzar el dictado de la que necesariamente debería rechazar el mismo pedido de suspensión del juicio, en cuyo caso la apelación se plantearía recién entonces)”.

Supongamos que el juez evalúa al ofrecimiento como razonable, viene a presentarse la posibilidad para el damnificado de aceptar o no el mismo. Si acepta la propuesta será de suma importancia para quien se somete al periodo probatorio porque cumplir con ella será una de las obligaciones a imponerle, de lo contrario, al no cumplir en término se continúa con el juicio perdiendo lo que ya hubiese entregado(art. 76 ter párr. 4to.CP). Edgardo Saux⁹⁶ sostiene que ante el incumplimiento, por tratarse de una indemnización de equidad, podría recurrirse a los tribunales ordinarios reclamando el monto completo de los daños causados.

¿Qué sucede si el damnificado sólo lo acepta como una parte de los daños? Al tratarse de una cuestión civil nada impide que el imputado arregle con el o los damnificado/s que ese monto pueda computárselo como a cuenta de la totalidad de los daños. Lo que permitiría ir a los juzgados civiles a reclamar el resto pero no puede obligar al imputado a que el ofrecimiento de la reparación sea tomado a cuenta.

Aceptada la oferta hay que distinguir si el damnificado ha iniciado o no el reclamo ante la justicia. Si el damnificado ninguna acción había intentado no podrá en el futuro concretarla. Habiendo iniciado la acción reclamatoria -sea en sede civil o como actor en el proceso penal- la misma se extinguirá, por implicar un acuerdo sobre la forma reparatoria.

La aceptación de la oferta sin observaciones por parte del damnificado implica una transacción en los términos de los art. 818, 842 y conc. del Código Civil, al estar en presencia de derechos litigiosos en donde las partes hacen concesiones recíprocas.

Si el o los damnificados se manifiestan negativamente y se suspendiere el juicio, tendrá habilitada la vía civil “haciendo inaplicables las reglas de prejudicialidad de los artí-

culos 1101 y 1102 del Código Civil”(art. 76 quater CP). Además la propuesta del imputado no se computa confesión ni reconocimiento de la responsabilidad civil resultante.

Quedaría por ver si la disconformidad expresada por el damnificado por exiguo del monto puede ser expresada ante el Tribunal en pleno o en la Cámara. Todo hace parecer que no pues el Código Penal al no prevé su participación en el trámite previo al dictado de la resolución que reconozca como razonable o no la reparación demuestra que no quiere admitir dilación en el proceso penal por cuestiones civiles, con lo cual, al no estar facultado a ingresar antes al debate mucho menos lo esta después.

La actuación del actor civil en el proceso da lugar a pago de costas, ellas pueden ser atribuidas al damnificado o al imputado. Se admite que quien debe pagar las costas es el beneficiado por el régimen de la suspensión del juicio al ser quien originó la acción y por resultar injustificado y en contra del sentido reparador que tiene el instituto al reducirle el margen de ingresos. “Aún cuando la situación no se encuentra establecida específicamente, surge de la concordancia de los artículos 530, 531 y 533 del Código Procesal Penal de la Nación y del artículo 76 bis de la ley 24.316, que el imputado debe solventar no sólo la reparación del daño en la medida de lo posible, sino también los gastos que originó la sustanciación del proceso, pues, en su defecto, la querrela se vería perjudicada en forma injustificada ante la situación de encontrar a su cargo gastos que, en principio, no habría generado...” ha dicho la Cámara Nacional del Crimen, Sala IV(16/12/94).

Ubicándonos en una etapa más avanzada del proceso, estando suspendido el proceso y habiendo aceptado el damnificado la reparación, puede sobrevenir la insolvencia o ausencia de recursos para hacer frente la totalidad de lo adeudado o parte de ello. Correspondería no privarlo de la suspensión del juicio al no tener recursos en la medida que no se haya procurado dolosamente ese estado para evitar subsanar el daño. Para verificar estos extremos surge como útil la audiencia prevista en el art. 8 bis in fine del CPPSF en donde admite una investigación sumaria luego de haber escuchado a las partes.

¿Es necesaria la constitución del damnificado en parte procesal para que haya un ofrecimiento o la reparación se debe proponer igualmente?

Nuestro ordenamiento penal requiere que con el pedido de suspensión del juicio a prueba se ofrezca reparar los daños causados. Se discute si es necesario realizar el ofrecimiento cuando no hay parte damnificada constituida en el proceso penal.

Carlos Edwards dice que “es menester la previa constitución como actor civil por parte del damnificado, es decir la incorporación de la cuestión civil en el proceso penal, esta interpretación encuentra fundamento en lo dispuesto en el art. 29 del Código Penal... Si no mediara la constitución de actor civil no sería necesario el ofrecimiento de la reparación del daño”. Lo lleva a esta conclusión su interpretación restricta del término damnificado al admitirlo sólo como el actor civil en el proceso penal. “Si el damnificado no se constituyó en actor civil, lo que permitiría al juez penal pronunciarse sobre la procedencia de la reparación, sólo cabe imponer como condiciones para la concesión de la suspensión del juicio a prueba las reglas de conducta prevista para la condenación condicional en los art. 27 bis y 76 ter del Cód Penal⁹⁷”

No opina lo mismo el Dr. Franichevich argumentando que es desacertado exigir la constitución del damnificado como parte actor civil en el proceso penal dado que la falta de recursos por el damnificado puede ser una causa de esa ausencia, de ahí que la citación al damnificado sea conveniente para evaluar los daños irrogados. Así, la Sala Penal del Supremo Tribunal de Justicia de Córdoba en “Layra, Franco s/lesiones culposas (03/12/02)” sentenció “el requisito para la procedencia de la ‘suspensión del juicio a prueba’ consistente en la oferta razonable del imputado de reparar el daño causado en la medida de sus posibilidades, rige aún cuando el damnificado no se ha constituido en actor civil en el proceso penal. Ello así, porque dicho requisito se trata de una de las manifestaciones del cambio de paradigma de la justicia penal. Esto es, en lugar de la tradicional respuesta consistente en que la acción penal se agota en una sentencia que para el caso de condena impone una pena, el nuevo paradigma coloca como figura central la compensación a la víctima”.

Es, esta última, la postura que compartimos y que más refleja el espíritu de la ley 24.316 al exigir la reparación de los daños como una de las maneras de recomponer el vínculo imputado-damnificado y tutelar a la víctima como lo enfocan las nuevas tendencias penales. Si ello no fuera así la puesta en práctica de la reparación quedaría reservada a pocos casos en los que el daño resultante fuera significativo y no los afectados en menor medida, ya que al hacer una elaboración entre el costo judicial y los beneficios que pudieran obtener demostraría una dudosa o minúscula ganancia desvaneciendo las acciones reparatorias.

§ 34. Actuación del Ministerio Público Fiscal.

Según relata el artículo 76 bis del Código Penal el fiscal no es parte en el trámite que tiende a declarar la razonabilidad del ofrecimiento reparatorio. Esto es discutido en doctrina pues algunos manifiestan que el fiscal se puede oponer a la concesión del beneficio por estimar insuficiente el monto reparatorio, en cambio, otros aseguran que lo patrimonioso no resulta materia de dictamen fiscal por ser una cuestión civil (tema tratado bajo el título “Contenido del dictamen fiscal”). Esta última postura es la más correcta, entrar en discusión sobre la materia resarcitoria excedería las funciones encomendadas al fiscal quien debe pronunciarse sobre la situación penal y prolongaría innecesariamente el desarrollo del proceso por cuestiones que merecen ser tratadas en la sede civil.

§ 35. Mediación.

En la provincia de Córdoba ha sido la pionera en la incorporación de la mediación como medio de acercamiento de las partes para que lleguen a un acuerdo sobre el monto resarcitorio. Si bien se resalta que no es obligatorio, puede solucionar gran parte de los problemas que giran en torno a la indemnización.

Es de significativa importancia el depositar la resolución de la materia civil en las partes por medio de la mediación ya que por ella se logra el restablecimiento de los vínculos entre la víctima y el imputado cumpliendo con la nueva tendencia penal de protección de la víctima y satisfacción de su interés por medio de una justa reparación.

Justificando la instrumentación de la mediación la Dra. Cafure de Battistelli ha dicho en el citado caso “Boudoux” que “debe ponerse de manifiesto la existencia de herramientas que posibilitan al magistrado la aplicación del instituto de la probation, que constituye una avanzada del Derecho Penal, tendiente a evitar los efectos negativos y estigmatizantes de la sanción penal sin dejar de atender a los legítimos intereses de la víctima. Ese instrumento es la mediación penal, que, si bien no se encuentra legislada, nada obsta a su utilización por el magistrado. La mediación penal como instrumento tiene fijada toda una forma de desarrollo que permite la comunicación entre la víctima y victimario, no necesariamente en forma personal. A través de la aplicación de las técnicas de comunicación humana se pretende no sólo la reparación de la víctima, sino y sobre todo que el autor, al entrar en contacto aún indirecto, con la víctima, tome conciencia del daño causado y asuma voluntariamente su obligación de resarcir. Esta actitud subjetiva se estima idónea para evitar la recaída en el delito”.

Este mecanismo moderno alejaría de la discusión civil de los estrados penales con la consiguiente reducción de tareas y al mismo tiempo se satisfecería el interés de la víctima.

REFLEXIONES FINALES.

En primer término, debemos dejar en claro el importante papel que juega el instituto en el ámbito penal como mecanismo de selección de causas que involucra a determinados imputados y ciertos delitos para darle un cause diferenciado del resto, lo que ha sido catalogado como un cambio en el pensamiento de la política criminal argentina ya no imponiendo penas a los infractores sino abriendo la puerta a nuevas opciones que pueden traer soluciones más completas para la víctima de un delito como para quien ha sido autor del mismo.

Estamos en presencia de una nueva oportunidad que otorga el sistema penal a los delincuentes primerizos(al evitar una condena) a cambio de ciertos gestos de conducta que servirán para exteriorizar su real arrepentimiento del hecho y su voluntad de respetar la ley en lo sucesivo. No produciéndose esas actividades que denoten perspectivas de mejor porvenir(ya sea por incumplir las reglas de conducta, por la comisión de otro ilícito, por la falta reparación del daño pudiendo hacerlo) se contempla la continuación de la persecución penal.

Esta nueva forma de extinción de las acciones penales surgió por una serie de finalidades que han sido plasmadas en el debate parlamentario. El descongestionamiento de la labor judicial, la resocialización por otro camino de los delincuentes primarios, la necesidad de dar respuesta a una serie de delitos cuyas causas estas dirigidas a la prescripción y la intención de reestablecer los vínculos sociales por medio de la reparación de los perjuicios ocasionados a la víctima son las finalidades que han sido impulsoras del instituto de la suspensión del juicio a prueba.

En el capítulo I vimos plasmadas las arduas y, porque no, interminable discusiones que se han llevado a cabo en nuestra jurisprudencia y doctrina conducente a desentrañar la verdadera interpretación del texto legal(art. 76 bis CP) para definir los delitos comprendidos en la norma.

Sobre la base de una interpretación literal es la corriente limitativa o restricta la que responde al verdadero espíritu de la ley que reserva el instituto para los delitos leves, como sucede en otras legislaciones

A eso se le suma la armonía y lógica derivada de estudiar al artículo homogéneamente y no fraccionándolo como lo enseñan de la tesis contraria lo que deriva en un laberinto de opciones según el autor que se siga. Varios ejemplos de la variedad de opiniones dentro de la postura amplista del espectro de aplicación de la probation lo conforman: la falta de consentimiento exigida por algunos para el segundo caso fundado en razones de política criminal y hay otros que si lo exigen para preservar los postulados constitucionales de juicio previo y debido proceso; también se siguen distintos caminos para requerir la reparación del daño en la medida de lo posible ya que hay quienes lo incluyen en el primer párrafo y quienes lo exigen en los dos casos; tampoco se visualiza con claridad a quienes están dirigidos los últimos cuatro párrafos del art. 76 bis del Código Penal.

Algunos autores resaltan que todos los proyectos nacidos luego de la sanción de la ley 24.316 que intentan poner fin a esta discusión procuran acoger la tesis amplia, pero estos mismos autores niegan la voluntad del legislador al momento de interpretar el instituto previsto en el Título doce del Libro primero del Código Penal recurriendo a afirmaciones como que `el legislador no manda cuando elabora la ley sino cuando la dicta´ ahora quieren otorgarle trascendencia jurídica a algo que ni siquiera fue sancionado y lo toman como orientación para resolver el problema planteado. Además, por deducción lógica si ha transcurrido tanto tiempo sin haberse sancionados los proyectos modificatorios será porque estiman conveniente la aplicación actual, de lo contrario, ya se habrían sancionados.

Sobre la importancia de los debates legislativos para interpretar el articulado ya nos hemos expedido diciendo que los mismos tienen un carácter relativo visto las notorias contradicciones(entre otras cosas), por ende, para nosotros más discutible va a ser un grupo de proyectos que se inclinan por alguna de las vertientes.

Debemos reconocer, como lo han hecho la mayoría de los autores, que la técnica de redacción no ha sido la más apropiada como lo demuestra el uso indistinto de los términos “Tribunal” y “Juez”(entre otras situaciones), lo que ha llevado con fundamento ha elaborar variadas hipótesis sobre el texto. Esa falta de pericia hizo que uno de los fines(el desgestionamiento judicial) de la incorporación de los art. 76 bis y sigs. CP no se viera concretado a raíz de las derivaciones que ha tenido la aplicación.

Notamos justa la crítica enunciada por Edgardo Donna quien dice la cuestión no debe girar en torno de tipos penales sino en penas aplicables para no afectar el derecho a la igualdad ante la ley, sin perjuicio de que no creemos que actualmente se vea afectado ese principio constitucional, un criterio más certero y oportuno para la selección de las causas admitidas para ser suspendidas sería el propuesto por él.

Cerrado la principal discusión que se ha planteado podemos pasar a otra de las controvertidas expresiones utilizadas en el texto legal: “inhabilitación”. Él ha dado lugar a singulares posiciones que van de la exclusión del beneficio en todos los casos, o sólo en la inhabilitación descripta como exclusiva, o hay quienes manifiestan inconstitucional esa consagración.

Creemos que no se debe distinguir donde la ley no lo hace, por lo que la inhabilitación comprendida abarca las siguientes: principal, conjunta y alternativa. Esta es la posición más acertada para nosotros porque se complementa perfectamente de manera coordinada y coherente con los demás requisitos del artículo 76 bis CP y con lo que dispone el Código Penal en su parte general al negar la condicionalidad de la inhabilitación.

La búsqueda de una solución distinta se dificulta, muestra de ello es el enorme esfuerzo que hacen para restringir la interpretación y hacer viable el dispositivo en mayor cantidad de casos. Por eso, pensamos que las disidencias se producen más por el criterio subjetivo que anima a los autores que por las razones legales.

De allí, que en la necesidad de materializar ese vuelco interpretativo en Córdoba se haya recurrido al articulado procedimental para dar una mayor fundamentación a la permisión de la probation cuando se contempla como pena conjunta, exigiendo la inhabilitación durante el período probatorio(para cumplir efectivamente con la pena). Esa interpretación totalizadora de los cuerpos jurídicos abre el debate de la importancia de las normas procesales en la interpretación de los enunciados de fondo, vista por algunos positivamente.

El legislador ha determinado por medio de la limitación una discriminación válida al tratar a todos los que se encuentran en similares situaciones de igual manera, siendo un criterio que nos guste o no es admitido por nuestra Constitución.

No obstante ello, se comulga con la idea -de lege ferenda- de introducir una reforma legislativa que elimine el obstáculo y que imponga la inhabilitación como una de las reglas de conducta a las que el imputado se someta libremente como viene ocurriendo en algunos lados. No pasamos por algo que ampliando el margen de acción de la suspensión del proceso en la inhabilitación quedarían comprendido situaciones lesivas derivadas del

uso de automotores lo cual puede derivar en una ola de críticas de la opinión pública que día a día exige un mayor rigor legal en esas causas (siendo esa, como hemos visto, una de las razones de la exclusión expresadas por los legisladores). También debemos reconocer la amplia gama de casos en que actuaría la probation si se permite comprender ciertos delitos como por ejemplo las lesiones leves culposas, lo que ayudaría a la merma del trabajo judicial que se ejercita en la justicia correccional pudiendo cumplir con otra dos de las finalidades: tratamiento del delincuente primario y dar un cause particular a las causas leves que muchas veces están condenadas a la prescripción.

El punto que mayor variedad de exposiciones ha dado es el consentimiento fiscal para la procedencia de la probation y su consecuente vinculariedad o no. No es una cuestión menor porque en la resolución para uno u otro lado estaremos circunscribiendo o definiendo cual es la órbita de actuación del Ministerio Público en el proceso penal. Por eso, no podemos esconder que detrás de esa cuestión hay un debate aún mayor.

Al existir un único caso descrito en el artículo 76 bis CP la admisión o no de él será dirigido para ese caso, no así como lo pregonan quienes quiebran el artículo en dos casos en donde sólo se conforma con el consentimiento en el segundo de los supuestos. Lo cual merece repetir la crítica que hicimos al desarrollar el tema ¿Cómo no se va a requerir el consentimiento del fiscal en el primer caso si hasta se puede imponer al sujeto una pena de cumplimiento efectivo menor a tres años?

El artículo citado relata en el cuarto párrafo “... y hubiese consentimiento del fiscal...” surgiendo como una de las condiciones para que tenga lugar la nueva fase de resocialización. A ello hay que agregar, que una de las pocas cosas donde los legisladores han puesto de relieve es en el consentimiento fiscal, que fue fruto de un criterio que no puede ser cuestionado por no haber errores de exposición y por el descarte que se hiciera del empleo de otras frases como la exigencia de un “dictamen”, lo que hace surgir la voluntad de imponer mucho rigor en la concesión del beneficio (como también fue llevado a cabo al fijar escasos delitos para la procedencia). Volvemos a repetir que a veces no se acepta que lo planteado sea diferente a lo querido pero en vez de criticar se crean o rebuscan fundamentos para inclinar la balanza para el lado que les interesa obviando la intención del legislador de ser cuidadoso a la hora de permitir la concesión de la suspensión.

Una vez que el fiscal se ha pronunciado a favor de la suspensión tiene que venir el control por parte del juez quien no se encontrará atado a la opinión del Ministerio Público porque el Código Penal dice ‘podrá’ y no ‘deberá’, consagrando la alternatividad de las

decisiones. Pero que no se mal entienda, su resolución negativa debe ser fundada en verdaderos motivos que demuestren la inconveniencia de la suspensión sino deberá admitirla.

Nos parece que es la mejor solución a la cuestión por tener como base el texto legal sin recurrir a ningún otro medio interpretativo que puede llegar a desvirtuar la voluntad del legislador.

Las variantes que debe tener en cuenta el fiscal al momento de dictaminar son sólo las que le corresponde a su investidura, por lo que se limitaría a la cuestión penal y podrán indicar las reglas de conducta que estime oportunas para el imputado las que serán adoptadas o no por el juez. Recordemos que “los representantes del Ministerio Fiscal formularán motivada y específicamente sus requerimientos”(art. 67 del Código Proc. Penal de Sta. Fe), cercenando toda deposición generalizada o infundada de los requisitos taxativos enunciados por la ley. Si el juez estima que su dictamen deniega la procedencia por no abocarse concretamente a los temas que son de su tratamiento deberá pedir uno nuevo que atienda a los presupuestos que indique el magistrado, ya que no es posible conceder el instituto sin su consentimiento y afectaría flagrantemente la situación de la parte peticionante de la suspensión al demandarse mayores requisitos que los legales.

La vinculancia del dictamen fiscal positivo esta en mayor medida en crisis en el ámbito nacional pues al admitirse la apelación del damnificado cuando se concede la suspensión del juicio a prueba implícitamente se estaría admitiendo una decisión judicial adversa a la salida propuesta por el fiscal.

El control por la judicatura es el criterio que creemos se debe imponer como ha demostrado su recepción en el ámbito federal para no crear un órgano omnipotente e inmutable donde sus decisiones estarían por encima o ajenas al cuestionamiento judicial, algo que no ha sido creado aún salvo para las cuestiones políticas no justiciables.

Cambiando de tema, nos vemos en la necesidad de hacer un breve comentario sobre el funcionamiento de las impugnaciones en el incidente de suspensión del juicio a prueba. Por un lado nos vamos a encontrar con una escasa regulación del trámite en el Código Procesal Penal de la Nación, esos espacios dejados por el legislador fueron “completados o rellenados” por la jurisprudencia.

No sucedió lo mismo en Santa Fé donde hubo una mayor regulación que prioriza la rapidez del trámite en desmedro del derecho de algunos actores del proceso.

Valoramos positivamente que se generalice la calificación de “sentencia definitiva” al auto que concede o deniegue la suspensión del juicio a prueba lo que posibilita la vía

casatoria para el fiscal o el imputado. Gracias a ello se ha resaltado la importante solución que desempeña el instituto para el sujeto que quiere someterse a él, esto es: la extinción de la acción y evitación de la estigmatización del juicio (en caso de ser procedente).

Vista desde el lado del fiscal la posibilidad de recurrir por vía casatoria refuerza el control estatal sobre la actividad jurisdiccional en menoscabo de la arbitrariedad de que pueden llegar a estar tenidas en general las resoluciones. En base a ello es buena la regulación que hace el código de procedimientos de Santa Fé al permitir la apelación cuando no se cuenta con el consentimiento del fiscal o las reglas de conductas son ilegítimas pero sufre una desviación nefasta al no abrir ni siquiera el recurso de reposición para cuando se produce la revocación del beneficio. Una situación más grave se observa al no permitirle al imputado la apelación lo cual nos lleva a promover la declaración de inconstitucionalidad del artículo al no respetar la doble instancia judicial por tratarse de una resolución que puede poner fin a su pretensión.

En tanto, la actuación del querellante en el proceso penal tiende a ser mayor día a día, coadyuvando al órgano represivo al esclarecimiento de la verdad y como contralor de las actuaciones del fiscal y el juez. Por ello, es plausible la decisión adoptada por las Cámaras Nacionales de Casación Penal en pleno adecuándose a las exigencias internacionales que promueven su participación activa en la substanciación del proceso penal.

Ese movimiento en progresista, no se ha materializado por nuestro código de procedimientos al excluir la participación en materia penal del damnificado como ya lo venía haciendo tradicionalmente. Una reforma que corrija esta injusticia sería vista con buenos ojos por gran parte de la comunidad judicial.

En el último tramo de las conclusiones nos queda la reparación que se hace como consecuencia de la situación delictiva. Como hemos visto, los contornos de la nueva iniciativa introducida en el proceso penal son vagos, por la mención “parte damnificada”, reparación “en la medida de lo posible” o la ausencia de describir la extensión de la misma, todos ellos han dado lugar a múltiples derivaciones.

Creemos que la parte damnificada no es necesario que se constituya en el proceso penal para que el imputado proponga una reparación pues del texto no surge expresamente ni es posible exigirlo, tal es así que el artículo 76 bis CP no contempla su intervención obligatoria antes de la declaración judicial de razonable o no el ofrecimiento. Conspiraría contra los fines de la nueva innovación una opinión contraria.

A su vez pensamos que para la cuantificación del resarcimiento se debe mirar – entre otras condiciones- el patrimonio del imputado para aventurarse a exigir una reparación integral o no. Es decir, si el sujeto implicado tiene suficientes recursos como para cubrir plenamente los daños no queda más que demandar tal reparación para considerar razonable el ofrecimiento.

Esa reparación debe cubrir los daños morales y patrimoniales derivados de la actividad ilícita que, obviamente, no serán satisfechos en toda medida si el imputado no tiene demasiados recursos.

En definitiva, este instituto vino a presentarse como una alternativa diferente a las tradicionales para quienes sean delincuentes primerizos y estén imputados de delitos leves o como se los ha llamado de “bagatela” en la medida de que cumplan con ciertas reglas durante un tiempo. Sin embargo, la falta de un adecuado sistema que coopere con la labor de control llevada a cabo por los juzgados de ejecución penal hace que la opción consagre en una vía de “fuga” del sistema penal más que en un dispositivo de resocialización. La selección de oficiales de probation contribuirá para eso y demostrará los verdaderos beneficios de esta figura.

-
- 1 Cám. Penales Prov. Santa Fé en pleno, 22/12/98 - Zalazar, Eduardo R. /Acuerdo n. 15 JA 1999-I-553 Lexis N° 990536
 - 2 C. Nac. Casación Penal en pleno, 17/8/99 - Kosuta, Teresa R. /plenario n. 5 JA 1999-III-630 Lexis N° 993167
 - 3 Kaufman, Rev. Peniten. Et de droit penal, 1958, p. 585, citado por Carlos Edwards en “La Probation en el Código Penal Argentino”, Ed. Marcos Lerner Córdoba 2º edición Junio de 1997.
 - 4 Kent, Jorge, “Sustitutos de la prisión” p.54; citado por Carlos Edwards ob. cit., p.28
 - 5 Dr. Donna en “Acosta, Carlos s/suspensión del juicio a prueba” JA 1998-IV-530
 - 6 Pessoa, Nelson “Suspensión del juicio a prueba: esquema de un análisis de la ley 24.316” JA 1995-I-837
 - 7 Edwards. Carlos en ob. cit. p.29
 - 8 Romero Villanueva, Horacio J. La suspensión del proceso a prueba: ¿Una oportunidad perdida?” JA 1999-III-630
 - 9 De Olazábal, Julio “Suspensión del proceso a prueba” Editorial Astrea Bs. As. 1994
 - 10 www.lexpenal.com.ar
 - 11 Creus, Carlos “Sinopsis de Derecho Penal” 2da. edición, Ed. Zeus, Rosario 1977.
 - 12 Opinión citada por Jorge Joaquín Llambias, “Tratado de Derecho Civil”, T. 1 decimosexta edición, Ed. Perrot Bs. As. 1995.
 - 13 Sagués, Nestor , “La interpretación judicial de la Constitución” Ed. De Palma, Bs. As. 1998; citado por Casanovas y Tragant en el fallo Kosuta.
 - 14 “Juez y justicia”, citado por Jorge Kent en “Algo más sobre la `Suspensión del juicio a prueba” LL T.1999- F Sec. Doctrina p. 991.
 - 15 Tribunal Oral en lo Criminal n. 24, c. 5, "Dib, Julio César", Rta: 17/8/94.
 - 16 Tribunal Oral en lo Criminal n. 2, c. 370, "Morín, Mario L. p/robo", Rta: 19/8/94.
 - 17 CPenal Santa Fé, Sala I; “P.C. s/ Suspensión del juicio a prueba”
 - 18 CPenal Rosario, Sala III(Crippa García, Ravena y Navarro); “V.D. y M., W. S/estafa – Incidente de petición de suspensión del juicio a prueba, en “Probation. Soluciones Prácticas” Ed. Juris 2003
 - 19 CPenal Rosario, Sala I(Bernardini, Sorrentino y Pangia); “C., O. S. s/ Amenazas”
 - 20 Tribunal Oral en lo Criminal n. 15, c. 134, "González, J. A.", Rta: 3/11/94..
 - 21 Tribunal Oral en lo Criminal Federal n. 1, c. 40, "Maidana, Miguel Ángel s/suspensión del proceso a prueba", reg. 129, Rta: 20/10/94.
 - 22 De Olazábal, Julio “Suspensión del proceso a prueba”, pág. 48 Editorial ASTREA Bs. As. 1994
 - 23 “Suspensión del juicio a prueba(Motivos que justifican su aplicación)”, Lexis N° 0003/000851 JA 1997-IV-826
 - 24 Editorial Abeledo-Perrot Bs. As. 2000
 - 25 “La Probation en el Código Penal Argentino”, Ed. Marcos Lerner Córdoba 2º edición Junio de 1997.
 - 26 Opinión citada por Carlos Edwards en “ La Probation en el Código Penal Argentino”, Ed. Marcos Lerner Córdoba 2º Edición Junio de 1997.
 - 27 “Suspensión del juicio a prueba: esquema de un análisis de la ley 24.316”, JA 1995-I-837

-
- 28 Causa 784 caratulada “Borbonado, Daniel Osvaldo, rta 21-II-2000
- 29 TOCFed, nro. 23, 24-II-2000 “Menghini, Ariel A”.
- 30 Allí dicen que “...si bien se proclama que el carácter de obligatorio de los fallos plenarios lesiona el principio de legalidad, al carecer ellos de la necesaria publicidad que caracteriza a toda norma de derecho para ser imperativa, lo cierto es que tal interpretación no constituye sino una aplicación de las garantías constitucionales en contra de los ciudadanos, pues –como hemos visto anteriormente- menor protección encuentran éstos cuando la inteligencia efectuada de una norma es incierta y aleatoria...”
- 31 Del voto del Dr. Jukic en el fallo Zalazar.
- 32 Edwards, Carlos, Ob. cit. pág. 48
- 33 Bruzzone, Gustavo A., “Probation: el plenario ‘Kosuta’ de la Cámara Nacional de Casación Penal o el triunfo de la tesis restricta(de la libertad)”, LL 1999 – E pág. 27
- 34 Bovino, Alberto “La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código Penal argentino”, 2001, Buenos Aires, Ed. del Puerto.
- 35 Del voto de los Dres. Casanovas y Tragant en el fallo Kosuta citando a Almeyra, “Probation ¿Sólo para los delitos de bagatela?”, LL 1995-B-603
- 36 Rios, Ramón Teodoro, “La interpretación de la ley y el juez penal”, LL 1998 – C pág. 417.
- 37 Del voto de los Dres. Casanovas y Tragant en el fallo Kosuta citando a Sáenz, “La suspensión a prueba del proceso penal (Probation)”, LL 1994-C-947.
- 38 “Los límites temporales de la pena privativa de libertad como condición de la suspensión del juicio a prueba(art. 76 bis CP) (A propósito del reciente plenario de la Cámara de Casación Penal)” Lexis N°: 0003/007528 JA-2000-I-738
- 39 Cámara Nacional de Casación Penal, Sala 4°, causa n° 471.
- 40 Bovino, Alberto, ob. cit.
- 41 Del voto en disidencia del Dr. Pangia en el fallo Zalazar.
- 42 Tribunal Oral en lo Criminal Federal n. 1, c. 40, "Maidana, Miguel Ángel s/suspensión del proceso a prueba", reg. 129, Rta: 20/10/94 citado por Palazzi, Pablo – Amadeo, Sergio “La suspensión del juicio a prueba(ley 24.316)” JA-1995-I-1026
- 43 CNCrim, Sala I, 26-V-1995, causa 44.335
- 44 Información citada por los Dres. Casanova y Tragant en el caso “Kosuta”.
- 45 Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal, año VI, N° 10 (B), pág. 219 Ed. Ad -Hoc
- 46 C. Nac. Casación Penal en pleno, 17/8/99 - Kosuta, Teresa R. /plenario n. 5 JA 1999-III-630 Lexis N° 993167
- 47 Cs. Penal Prov. Santa Fé en pleno, 22/12/98 - Zalazar, Eduardo R. /Acuerdo n. 15 JA 1999-I-553 Lexis N° 990536
- 48 Cám Nac. Cas. Penal, Sala IV, causa N° 3759, caratulada “Aguilar Villaroel, J.C. s/recurso de casación”, en www.accionpenal.com/probationtdf_frame.htm
- 49 Citado por Guillermo Enrique Frielle en “Algunas consideraciones sobre el instituto de la suspensión del juicio a prueba”, www.eniacsoluciones.com.ar/terragni/doctrina/suspension.htm#8
- 50 STJ Santiago del Estero, 19/599; “B., S.F. s/ S.D. homicidio culposo en accidente de tránsito”. Sentencia 20.815, citado por Esteban Franichevich en “Probation. Soluciones prácticas” Ed. Juris 2003
- 51 Opinión citada por Gustavo Bruzzone en “Probation y pena de inhabilitación”, LL 2001-D-227
- 52 Gustavo Bruzzone en “Probation y pena de inhabilitación”, LL 2001-D-227
- 53 CFed. Gral Roca, 30-IV-1998, “Leibiker, Jorge M.”
- 54 STJ Entre Ríos, Sala Penal, (Chiara Díaz, Carubia, Carlin), 4/6/97; “C., D. A.”
- 55 Carlos Creus en “Notas provisionales sobre la suspensión del juicio a prueba” citado por Julio De Olazábal en “Suspensión del proceso a prueba”, pág. 56 Editorial Astrea Bs. As. 1994

-
- 56 Del voto del Dr. David en el fallo “Kosuta”.
- 57 “Probation”, Ed. Abeledo-Perrot Bs. As. 2000
- 58 “Probation. Soluciones prácticas”, pág. 87 Ed. Juris 2003
- 59 Ob cit.
- 60 “Suspensión del juicio a prueba: esquema de un análisis de la ley 24.316”, JA 1995-I-837
- 61 CNCrim y Corr., Sala VI, 30-IX-1997, “Frattini, --Norberto J.”
- 62 “La suspensión del proceso a prueba. ¿Una oportunidad perdida?” JA 1999-III-630 Lexis N°: 993167
- 63 “Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal”, año VI, N° 10 (B), Ed. Ad-Hoc, página 219.
- 64 CN Crim. y Correccional, Sala IV, 29/08/94”B., R.”, citado por Esteban Franichevich en “Probation. Soluciones prácticas” Ed. Juris 2003
- 65 STJ deCórdoba, sala penal, 05/07/01, “Boudoux, Fermín s/ recurso de casación e inconstitucionalidad”
- 66 CNCrim., Sala V, 29-III-1995, causa 32.893, “Simiele, A.”
- 67 CNCrim., Sala IV, 4-VII-1995, causa “Taboada, A.”
- 68 ob. cit.
- 69 “B., D. s/Lesiones Culposas”, 29/8/95, citado por Esteban Franichevich en ob. cit.
- 70 Ccrim. Y Corr. San Martín, Sala II, 20-X-1994, causa 23.629.
- 71 CNPen. Econ., Sala B, 10-VII-1997, causa 37.890, citado por Castañeda Paz en ob. cit..
- 72 CNCas. Penal, Sala II, 24-VI-1998, causa 1646, reg. 2052, “Abdon, D.A.”
- 73 “Suspensión del juicio a prueba” JA 1997-IV-826 LexisN°: 0003/000851
- 74 Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, 7-11-96, Causa: 5173
- 75 CN Crim y Corr., Sala II, 20/4/95; “O., F.”; citado por Franichevich, pág. 49 en ob. cit..
- 76 CNCrim., Sala VI, 13-VI-1995, causada 27.102, citada por Castañeda en ob. cit.
- 77 CCRim. Y Corr. Mar del Plata, Sala II, 11-IX-1997, causa 45.029
- 78 CFed. General Roca, 27-XI-1997, causa 199/97, “Martinez, L.B.”
- 79 Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos(Carlin - Carubia - Chiara Diaz), 9-8-95, causa: 177
- 80 Castañeda Paz , Marcelo obra cit.
- 81 Ob. cit. págs. 98 y sigs
- 82 “Suspensión del juicio a prueba” JA 1997-IV-826 Lexis N°: 0003/000851
- 83 CN Crim. y Corr., Sala I, 21/8/97; “C.J.s/Susp. Proc. A prueba”, cit. por Franichevich en ob. cit.
- 84 CNCrim, Sala VI, 18-XII-1997, “Benetti, A.”
- 85 TOPen. Ec. Nro. 2, 12-VI-1998, causa 169, “Feliú, M.H.”.
- 86 CCrim. Y Corr. San Martín, Sala II, 22-VI-1995, “Champonoi”.
- 87 CPenal Ros., Sala III, 30/12/99; “R.; J. s/ lesiones leves calificadas”
- 88 “Los límites de la pena priv. de libertad...” Lexis N°: 0003/007528 JA 2000-I-738
- 89 CSJN “Padula, Osvaldo Rafael y otros s/ defraudación -causa N° 274-” 11/11/97
- 90 C. Nac. Crim. y Corr., sala 6ª, "Girardo, S. s/queja", c. 26733 Rta: 3/11/94
- 91 CN Crim y Corr., Sala VI, 3-XI-1994, causa 26.733
- 92 CNCas. Pen., Sala II, VII-1998, causa 1703, “Torcoletti, C.D.”
- 93 Ob. cit.
- 94 STJ Entre Ríos, Sala I en lo Penal, 10/03/99; “S., A. J.” en “Probation Soluc...” pág 73 ob. cit
- 95 CPenal Ros., Sala III, 15/06/01 “B., G. s/hurto de energía” en “Probation. Soluciones prácticas”, ob. cit.
- 96 Sauz, Edgardo I. “La suspensión a prueba del proceso penal y su prejudicialidad respecto de la acción resarcitoria civil”. JA 1995-II-707

97 CCrim., Corr., Civ., Com., Flia., y Trab. De Dean Funes, 9/8/94; "M., A. M. y otra" en "Probation. Soluc.", ob. cit.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL.

- **Becerra, Alejandro**; "Probation: ¿Aplicación amplia o restringida?", JA 1997-III-801, Lexis N°: 0003/000994
- **Bella, Gabriela Maria**; "Alcance de la exclusión del instituto de la suspensión del juicio a prueba respecto de la pena de inhabilitación" LL 2003-B-837
- **Bertelotti, Mariano Luis y Rizzi, Aníbal Horacio**; "Plenario de la Cámara de Casación Penal acerca de la suspensión del juicio a prueba(Comentario)" DJ 2000-2-1
- **Bossi, Carlos y Ranuschio, Daniel**; "Suspensión del juicio a prueba(motivos que justifican su aplicación", JA 1997-IV-826, Lexis N°: 0003/000851
- **Bovino, Alberto**; "La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código Penal argentino", Ed. Del Puerto, Bs. As. 2001
- **Castañeda Paz, Marcelo**; "Probation", Ed. Abeledo-Perrot Bs. As. 2000
- **Creus, Carlos**; "Los límites temporales de la pena privativa de libertad como condición de la suspensión del juicio a prueba(art. 76 bis CP) (A propósito del reciente plenario de la Cámara de Casación Penal)" Lexis N°: 0003/007528 JA-2000-I-738
- **Creus, Carlos**; "Sinopsis de Derecho Penal"(parte general), 2da. Edición, Ed. Zeus Rosario 1977.
- **D Alhora, Francisco**; "Código Procesal Penal de la Nación –Anotado – Comentado – Concordado", Ed. Abeledo- Perrot, Lexis N°: 1301/003849
- **De Olazábal, Julio**; "Suspensión del proceso a prueba", Editorial ASTREA Bs. As. 1994

-
- **Edwards, Carlos**; “La Probation en el Código Penal Argentino”, Ed. Marcos Lerner Córdoba 2º edición Junio de 1997.
 - **Francichevich, Esteban**; “Probation. Soluciones prácticas”, Ed. Juris 2003
 - **Frielle, Guillermo E.**; "Caso Menna: ¿Una manera distinta de interpretar los requisitos de admisibilidad para el recurso de casación" LL 2001-D- 904
 - **Frielle, Guillermo Enrique**; “Algunas consideraciones sobre el instituto de la suspensión del juicio a prueba”, www.eniacsoluciones.com.ar/terragni/doctrina/suspension.htm#8
 - **González, Carlos Alberto**; "La probation en los estados miembros del Mercosur" Parte 1 y 2 en www.lexpenal.com.ar
 - **Kent, Jorge**; "Algo más sobre la `suspensión del juicio a prueba`" LL 1999-F-985
 - **Lenardon, Ana María y Palazzi, Pablo Andrés**; "La suspensión del juicio a prueba en la Cámara de Casación Penal" EE 166-13
 - **López Lecube, Alejandro F. y Tamini, Adolfo L.**; “La ley 24.316: ¿Probation a la manera americana, a la europea o qué?”, JA 1994-IV-885
 - **Marino Aguirre, Santiago**; “El nuevo Ministerio Público Fiscal en el marco del proceso penal”, JA 2002-IV-1162
 - **Palazzi, Pablo – Amadeo, Sergio**; “La suspensión del juicio a prueba(ley 24.316)” JA-1995-I-1026, Lexis N°: 0003/001892
 - **Pessoa, Néelson**; “Suspensión del juicio a prueba: esquema de un análisis de la ley 24.316”, JA 1995-I-837
 - **Recalde, Jorge y Garcia Berro, Santiago**; "Suspensión del juicio a prueba: a casi cinco años de su creación" EE 180-1093
 - **Repetto, Alfredo Luis**; "Suspensión del juicio a prueba" EE 180-1037
 - **Ríos, Ramón Teodoro**; "La interpretación de la ley y el juez penal" LL 1998-C-413
 - **Roca de Estrada, Patricia**; “Suspensión de juicio a prueba: Propuestas concretas sobre la configuración de un sistema”, JA 1996-I-827, Lexis N°: 0003/001558
 - **Romero Villanueva, Horacio J.** “La suspensión del proceso a prueba. ¿Una oportunidad perdida?”, JA 1999-III-630 Lexis N°: 993167

- **Romero Villanueva, Horacio;** "La suspensión del juicio a prueba: ¿Una oportunidad perdida? JA 1999-III-630
- **Saux, Edgardo;** "La suspensión a prueba del proceso penal y su prejudicialidad respecto de la acción resarcitoria civil", JA 1995-II-707 Lexis N°: 0003/001934
- **Vaiani, Eduardo M. y Orgeira, Jose Maria;** "La suspensión del juicio a prueba y los delitos con pena mayor de tres años" LL 1996-E-813
- **Vitale, Gustavo L.;** "Indefinición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en un caso de suspensión del proceso a prueba(el ilegítimo `certiorari al revés`)", SJA 25/6/2003 Lexis N°: 0003/111132