

## PROBATION. ¿Un instituto exclusivo de los delitos correccionales?

Sebastián Vidal Aurnague  
Abogado - Argentina

### Concepto de la suspensión del juicio a prueba

Mediante la Ley 24.316 (B.O. 19/5/1994 N°27.895), si bien ya había sido esbozado en la reforma de 1992 operada sobre el artículo 293, se incorporó al Código Penal el art. 27 bis y un Título XII que continuaba el artículo 76, adicionando los artículos 76 *bis*, 76 *ter*, y 76 *quater* que se encargan de regular el instituto de la suspensión del juicio a prueba conocido como “*Probation*” del vocablo sajón definido como “*A court-imposed criminal sentence that, subject to stated conditions, releases a convicted person into the community instead of sending the criminal to jail or prison (PA-Role)*”, es decir una sentencia impuesta por una corte criminal, sujeta a condiciones establecidas que pone una persona declarada culpable en libertad, suspendiendo el trámite de su juicio a cambio de una compensación del daño generado por la conducta delictuosa por la cual se lo imputa, sometiéndose como se expresa a determinadas reglas de conducta y eventuales deberes comunitarios.

Hago referencia a la suspensión del “trámite”, dado que se han vertido distintas opiniones en torno a que la voz de juicio sólo aplica a la etapa del plenario en la normativa vigente (SCJ Mendoza, ED T 173 P 548), sin dejar de reconocer que la doctrina mayoritaria no hace distinción entre trámite o proceso y juicio.

El mentado instituto tiene como finalidad conceder al imputado la oportunidad de resarcir el daño causado, evitando de esta forma la acción punitiva del Estado como medio de recomposición de la “paz social”. Opinión coincidente en Tamini y Freeland López Lecube<sup>1</sup>, en donde se expresa que “El Estado renuncia, en ciertos casos y bajo ciertas condiciones, a la realización de un juicio y al eventual dictado y aplicación de una condena”.

El Código Penal en su artículo 76 *bis* expresa que “El imputado de un delito de acción pública reprimido con la pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años, podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba.

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.

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

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

Si el delito o algunos 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.

---

<sup>1</sup> Freeland López Lecube y Tamini “La Ley 24.316: ¿*Probation* a la manera americana, europea o qué?”

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

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

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

### **Aplicación y Procedencia**

La jurisprudencia y la doctrina han oscilado entres dos teorías en materia de interpretación del artículo 76 *bis* de nuestro Código sustantivo, existiendo una teoría amplia que considera que el cuarto párrafo de la norma *sub-examine* habilita a considerar que el instituto resulta aplicable a los delitos que tengan prevista una pena mayor a los tres años, en los que proceda una condena en suspenso<sup>2</sup>.

Asimismo López Camelo<sup>3</sup> estima que la aplicación del instituto cubre todos los delitos, correccionales y criminales, distinguiendo que no requiere consentimiento del Ministerio Público, representante en el ejercicio de la acción de persecución pública, para las penas que no excedan de tres años, y sí requiere consentimiento del fiscal en aquellas que lo supera, opinando de similar forma Amoedo<sup>4</sup>, y entendiendo que se admite la aplicación analógica del artículo 76 *bis* a aquellos delitos que posean en abstracto una pena prevista con un máximo superior a los tres años, siempre que, en concreto, la pena a imponer sea de tres años o menor<sup>5</sup>.

Abona lo expuesto la interpretación que se realiza sobre la diferenciación que se hace en el cuarto párrafo, ya que éste habla de “tribunal” y no de “juez” como en el resto del artículo, es decir implícitamente permite inferir que un órgano colegiado sólo existirá en la etapa del plenario en los delitos criminales y no en los correccionales en que el órgano de juzgamiento en la etapa de debate es un órgano unipersonal, siendo en la Capital Federal el mismo juez de la Instrucción con distinta Secretaría<sup>6</sup>.

Lo expuesto puede concluirse afirmando que la tesis amplia funda su posición en la interpretación gramatical y teleológica que realiza a partir de las diferenciaciones que el mismo artículo establece en cuanto a tribunal y jueces unipersonales, previendo en el primer párrafo una pena en abstracto (pena cuyo máximo no exceda de tres años), en tanto que en el cuarto párrafo considera la pena en concreto, con clara alusión al artículo 26 del digesto sustantivo<sup>7</sup>.

En el vértice opuesto nos encontramos con la teoría denominada “restrictiva” que sostiene que no existe posibilidad ni vericuetto legal que permita aplicar la suspensión del juicio a prueba a

---

<sup>2</sup> Almeyra, “Probation ¿sólo delitos de bagatela?”, SJP LL 26-5-1995, comentario al fallo 93.182

<sup>3</sup> López Camelo, “Probation. Algo más acerca de su alcance normativo”, DJ1997-2 p.635.

<sup>4</sup> Amoedo, “La pena privativa de libertad como límite de procedencia de la suspensión del juicio a prueba”, DJ 1998-3, p.1013.

<sup>5</sup> CCC, Sala VI, JA 1997-III, p.498; CNCP, Sala IV, ED, T. 178, p.269.

<sup>6</sup> Así lo entiende Gustavo Vitale en su obra “Suspensión del proceso penal a prueba”. Ed. Del Puerto 1996.

<sup>7</sup> Orgeira-Vaiani “La suspensión del juicio a prueba y los delitos con una pena mayor de tres años” LL1996-E, 813.

delitos que posean una pena prevista mayor de tres años, aún cuando en concreto la pena efectiva aplicada no exceda tal número de años.

Esta posición define o delimita la aplicación del instituto a los delitos considerados leves, de competencia correccional<sup>8</sup>, teniendo siempre en cuenta que la declaración del carácter grave o leve de un delito, debe ser realizada en un juicio y no sobre un pronóstico sobre la pena a recaer<sup>9</sup>.

Atento a los incordios producidos con respecto a la aplicación del instituto la Cámara Nacional de Casación Penal en el año 1999, mediante acuerdo número 1/99 (Plenario 5 del 17-8-99) se auto convocó a fin de emitir un Plenario en oportunidad de decidir el caso "Kosuta, Teresa R.", que se conoció como Plenario "Kosuta", en donde la Excma. Cámara se expidió a favor de la tesis "restrictiva", y concluyendo lo siguiente: a) la pena sobre la que debe examinarse la procedencia del instituto previsto en el art. 76 bis y siguientes del CP es la de reclusión o prisión, cuyo máximo, no exceda de tres años; b) no procede la suspensión del juicio a prueba cuando el delito tiene prevista una pena de inhabilitación como principal, conjunta o alternativa; 3) la oposición del Ministerio Público Fiscal, sujeta al control de logicidad y fundamentación por parte del órgano jurisdiccional, es vinculante para el otorgamiento del beneficio; 4) el querellante tiene legitimación autónoma para recurrir el auto de suspensión del juicio a prueba a fin de obtener un pronunciamiento útil relativo a sus derechos<sup>10</sup>.

A raíz del Plenario mencionado, se fueron alzando las voces que, con basamento en que el inc. B) del artículo 10 de la Ley 24.050, que establece la obligatoriedad de los fallos plenarios, resulta una norma inconstitucional violatoria del principio de independencia de los jueces<sup>11</sup>.

Hoy, nos encontramos con un fallo que desvía el foco de la puja de ambas corrientes doctrinarias hacia una solución alternativa que permite arribar al resultado deseado por la tesis amplia. Se trata del fallo del Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 13 de la Capital Federal, del 12-05-2004 (Ahumada, Hugo R., en donde se hace mención a que no obstante las pautas del plenario número 5 de la CNCP "in re" "Kosuta, Teresa", éste no resulta aplicable ni es obligatorio para el Ministerio Público, instruyendo el Señor Procurador General de la Nación mediante la resolución P.G.N. 56/02 de fecha 2-7-2002 a los integrantes de ese Ministerio que, en los casos vinculados a la aplicación del instituto de la suspensión de juicio a prueba, emitan opinión de acuerdo a su criterio funcional, atendiendo el caso concreto y a la intermediación en la apreciación de la prueba.

Asimismo destaca que el Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 14 –por mayoría de votos – admitió que los Señores Fiscales Generales con actuación ante los Tribunales Orales se encuentran facultados para desistir de la acción pública, sobre la base de las atribuciones que les acuerda el artículo 37 inciso a) última parte de la Ley 24.946, ello sobre la base de la potestad que el último párrafo del artículo 443 CPPN reconoce a la Señores Fiscales Generales ante la Casación y ante las Cámaras de Apelación, quienes en virtud de la misma, fundadamente, pueden desistir del recurso interpuesto por el representante fiscal de la instancia inferior, teniendo presente, por lo demás, que todos esos magistrados guardan entre sí igual jerarquía y son superiores en grado a los Señores Fiscales ante los Jueces de Primera Instancia; Y es recogida, sin discusión por la doctrina, al entender que no conlleva mengua alguna del principio de legalidad, por cuanto opera sobre la base condicionante de la jurisdicción<sup>12 13 14</sup>.

---

<sup>8</sup> Edwards; "La suspensión del juicio a prueba", LALEY, 1995 - , 1274; Sáez Zamora-Fantini, "Reflexiones sobre la implementación de la ley 24.316 en nuestro sistema penal", LALEY, 1995-D, 1136.

<sup>9</sup> Causa N° 634, Sala IV, "Roitman, Adrián s/recurso de casación", LL, 1998-A, p. 349.

<sup>10</sup> LL 1-11-1999 f. 99.505; JA 1999-III, p. 606; DJ 1999-3, p.308 f. 14.364

<sup>11</sup> Alberto Bovino, "La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código Penal argentino". Ed. Del Puerto 2001

<sup>12</sup> Vélez Mariconde, Derecho Procesal Penal, Lerner Ediciones, Bs. As. , 1969, tomo II, pág. 181/2)

Por lo expuesto, el Tribunal entiende que siendo entonces que el Señor Fiscal puede desistir de la acción penal, conforme lo dicho anteriormente, tanto más habilitado se encuentra para suspender su ejercicio, por aplicación del principio de oportunidad que la ley 24.316 ha incorporado al Código Penal, al incluir en su articulado el instituto de la suspensión de juicio a prueba.

En consecuencia, para resolver la cuestión el Tribunal no ingresó a la cuestión abordada por el Plenario Kosuta, sino que la interpretación efectuada al respecto, versó sobre la vinculación con el propio ejercicio de la acción penal, que, como lleva dicho, entendió que puede ser desistida, y entonces puede ser suspendida, de acuerdo con las propias instrucciones que el Señor Procurador General ha transmitido a sus miembros mediante la precitada resolución.

## **Conclusión**

De lo aquí expuesto, se puede arribar a una sola conclusión, y esto es que se necesita una definición que posea consenso sobre la aplicación o no del instituto, sin perjuicio de reconocer que la solución arriba mencionada resulta “conciliadora”, y no vulnera garantías individuales, entiendo que el Derecho Penal por su temperamento y constitución requiere certeza y equilibrio en la interpretación y mantenimiento de la vigencia de su plexo normativo, ya sea adjetivo o de su catálogo instrumental como es el caso.

De las encuestas publicadas, ha surgido que para los delitos considerados “graves”, sólo 7 Tribunales Orales (3, 6, 9, 15, 19, 20 y 24) aplican la tesis restrictiva. El resto de los Tribunales, aún cuando consideren en su fuero interno que el Plenario fuera constitucional, ha decidido aplicar la tesis amplia a fin de evitar una evidente violación al principio de igualdad protegido por el artículo 16 de nuestra Carta Magna que implicaría la diferente situación que debe atravesar el imputado ante la posibilidad de aplicar el mentado instituto dependiendo del Tribunal que le toque en suerte en el sorteo de la causa.

Este dispar tratamiento vulnera no sólo la Constitución Nacional, sino diversos pactos internacionales que hoy tienen jerarquía constitucional a partir de la reforma de la Constitución Nacional operada en 1994, en especial el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la O.N.U.

Por ello y en aras a la simplificación procesal y la necesidad palpable de establecimiento de medidas alternativas al encierro carcelario tradicional imperante en el contexto político-criminal de la República Argentina, hoy resulta a todas luces violatoria de nuestra Ley fundamental, la situación de incertidumbre vivida por los abogados defensores e imputados que ven que su posibilidad de beneficiarse con la aplicación de la suspensión del juicio a prueba se encuentra sujeta a una suerte de “danza de la fortuna” al momento de la radicación de la denuncia.

---

<sup>13</sup> Vélez Mariconde, Exposición de Motivos del Proyecto de Código Procesal Penal para la Provincia de Córdoba de 1968, Libro Cuarto, “Recursos -Disposiciones Generales”.

<sup>14</sup> Ayan, Recursos en materia penal, Lerner Ediciones, 1985, pag. 159/61.