

Cámara Nacional de Casación Penal

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

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

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

Primero:

El marco expositivo de esta convocatoria aparece constreñido conceptualmente a los siguientes interrogantes: "I) Pena sobre la que debe examinarse la procedencia del instituto previsto en el artículo 76 bis y siguientes del Código Penal; II) Procedencia o no del instituto cuando el delito tiene prevista pena de inhabilitación; III) Carácter vinculante o no del dictamen fiscal en la suspensión del

juicio a prueba; IV) Legitimidad o no del querellante para recurrir la suspensión del juicio a prueba, excluido el supuesto correspondiente al monto de la reparación".

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

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

Cámara Nacional de Casación Penal

Segundo:

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

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

de reemplazar- las supuestas alternativas terminan complementando a la cárcel (vid., por todos, Cohen "Visiones del control social", P.P.U., Barcelona, 1988).

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

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

Tercero:

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

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

Cámara Nacional de Casación Penal

(a) En el proceso legislativo se suprimió expresamente la posibilidad de conceder la suspensión en caso de penas mayores a tres años. En tal sentido, ponderando la supresión que se había efectuado del proyecto del Poder Ejecutivo -que admitía en lineamientos generales una extensión del instituto-, se repara en las expresiones vertidas por el diputado Antonio Hernández y por el senador Augusto Alasino ("Antecedentes Parlamentarios", año 1994, N° 2, Ley 24.316 - Probation, "La Ley" parágrafos 34, 41, 90, 91, 94, 95, 125 y 160) (vid. García "Suspensión del juicio a Prueba", en "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal" N° 1-2, Ad Hoc, Bs. As., 1996, pág. 324; Tamini-Freeland López Lecube "La probation y la suspensión del juicio penal a prueba (comentarios a la ley 24.316)", "La Ley", Bs. As., t. 1994-D, pág. 854; Reynaga "La ley 24.316: análisis y aplicación de los institutos", "La Ley", Bs. As., t. 1995-D, pág. 1486; Kent-García Torres "Probation. Un fallo que recepta una exégesis adecuada de la institución", "La Ley", Bs. As., t. 1994-E, pág. 495).

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

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

Con base en estas líneas argumentales, ésta ha sido la posición mayoritaria de esta cámara (causa n° 923 -Sala I- "Celestino, Leonardo s/recurso de casación", reg. n° 1259, rta. el 29/11/96; causa n° 1208, de esa misma Sala "Agüero, Patricia s/recurso de casación", reg. n° 1500, rta. el 17/4/97; causa n° 1580, -Sala II-, "Wasylyuk, Carlos José s/recurso de casación", reg. n° 2038, rta. el 16/6/98; causa n° 471 -Sala IV- "Muñoz Saavedra, Juan S. s/recurso de casación", reg. n° 773, rta. el 7/3/97, y causa n° 634 de esa misma Sala, "Roitman, Adrián Raúl P. s/recurso de casación"; vid. también el voto del doctor Riggi en la causa n° 1510 -Sala III-, "Córdoba Grande, Jorge Antonio s/recurso de casación", reg. n° 189, rta. el 15/5/98). Con anterioridad, la aplicación del postulado que veda la reforma en perjuicio impidió al conjunto de esta sala el tratamiento de este extremo, al sostenerse que "el principio que prohíbe la "reformatio in pejus" sin recurso acusatorio establece como máximo de la pena que puede imponerse aquél del pronunciamiento declarado nulo por impugnación de la defensa... De este modo, la garantía de la defensa en juicio

Cámara Nacional de Casación Penal

establece un límite superior que en la especie no puede superar el monto de tres años de prisión" (Causa n° 1022, "Losada, Aldo y otros s/recurso de casación", reg. n° 184/99, rta. el 30/4/99).

Cuarto:

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

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

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

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

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

(d) La exigencia de dictamen fiscal favorable en el cuarto párrafo patentiza la existencia de dos supuestos diferentes (Vitale, ob. cit. pág. 69). Incluso por vía de la "unidad de la norma" se dice que en todos los casos la ley exige el dictamen fiscal favorable y la posibilidad de condena condicional (vid. de Olazábal, "Suspensión del

Cámara Nacional de Casación Penal

proceso a prueba -Análisis de la ley 24.316, probation"-, Astrea, Bs. As., 1994, pág. 43 y ss.), circunstancia que no obstaculiza la concesión.

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

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

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

de los efectos de la condena que quedarán como un sello en sus antecedentes personales.

Se suman con su adhesión a la tesis amplia, el entonces Ministro de Justicia de la Nación que motorizara la reforma, doctor León Carlos Arslanian ("Plenario. Publicación de la Asociación de Abogados de Buenos Aires", julio 1994, pág. 20) y el Procurador General de la Nación, doctor Nicolás Eduardo Becerra, mediante la instrucción a los fiscales (resolución PGN 39/97).

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

Por fin, a modo de refutación respecto del argumento que sostiene que la declaración de delito grave o

Cámara Nacional de Casación Penal

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

Solo resta consignar el proyecto de ley aprobado por la Comisión de Asuntos Penales y Regímenes Carcelarios de la Honorable Cámara de Senadores de la Nación (sesiones ordinarias de 1998, orden del día n° 1200), generado como consecuencia del cuadro de situación expuesto. La Comisión consideró que desde la incorporación de este instituto en el Código Penal, numerosas interpretaciones judiciales contradictorias entre sí han impedido una plena e igualitaria aplicación del mismo, en detrimento de los justiciables y de la seguridad jurídica..." y que, siendo "el instituto ajeno a nuestra tradición jurídica continental, por lo tanto, debe primero entenderse en sus fines y luego aplicarse con el criterio más lógico para que esos mismos fines se cumplan a través de la ley". Sobre la base de lo expuesto se establece

sustituir el artículo 76 bis del Código Penal, disponiéndose en la nueva redacción que "el imputado por delito de acción pública podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba cuando pudiese corresponderle condena de ejecución condicional..." (Dirección Publicaciones, Congreso Nacional, Cámara de Senadores, sesiones ordinarias de 1998, orden del día n° 1200, págs. 4505/4520). En la misma orientación se dirige el actual trámite parlamentario en la cámara alta (Dirección de Publicaciones, Congreso Nacional, Cámara de Senadores, sesiones ordinarias de 1999, orden del día n° 405, págs. 1513 y ss).

Quinto:

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

En efecto, a partir de la causa n° 1509 del registro de la sala III, caratulada "Vázquez, Emilio s/recurso de casación" (reg. n° 191/98, rta. el 15/5/98), por medio del voto del juez Casanovas, hubo ocasión de señalar que "desde los parámetros brindados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se conoce que la primera regla de interpretación de las leyes es darle pleno efecto a la

Cámara Nacional de Casación Penal

intención del legislador (Fallos: 302:973), y la primaria fuente para determinar esa voluntad es la letra de la ley (Fallos: 299:167), así como que los jueces no deben sustituir al legislador sino aplicar la norma tal como éste la concibió (Fallos: 300:700); también las leyes deben interpretarse conforme el sentido propio de las palabras que emplean sin molestar su significado específico (Fallos: 295:376), máxime cuando aquél concuerda con la acepción corriente en el entendimiento común y la técnica legal empleada en el ordenamiento jurídico vigente (Fallos: 295:376), para todo lo cual se deben computar la totalidad de sus preceptos de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional (Fallos 312:11), evitando darles aquel sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando, como verdadero, el que las concilie y deje a todas con valor y efecto (Fallos: 1:300), por todo lo que no debe prescindirse de las consecuencias que derivan de cada criterio, pues ellas constituyen uno de los índices más seguros para verificar su razonabilidad y su coherencia con el sistema en que está engarzada la norma (Fallos: 307:1018)".

"A partir de estas coordenadas, claro queda pues que no puede dejarse de atender en el "subexámine" los clásicos estándares interpretativos que parten de los criterios literal, auténtico, sistemático y teleológico a la hora de desentrañar el sentido y alcance de la unidad textual

contenida en el último párrafo del artículo 76 del Código Penal".

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

"Huelga significar, en referencia al canon sistemático, que cualquier intervención estatal en materia penal debe obedecer a los postulados constitucionales de la resocialización (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, art. 5 inc. 6° de la Convención Americana de Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica, Ley nac. n° 23.054-; art. 10.3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -Ley nac. n° 23.313-; Reglas Mínimas para el

Cámara Nacional de Casación Penal

Tratamiento de los Reclusos de la O.N.U. de 1957 -regla 63 y ss.-; art. 1 Ley 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad)".

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

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

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

"Por fin, y en cuanto hace al patrón teleológico, no pueden caber dudas de los postulados político-criminales que orientaron la modificación del Título XII del Libro Primero del digesto de fondo a través de la incorporación de los artículos 76 bis, 76 ter y 76 quater, y que cristalinamente se expresan en el mensaje de elevación del poder ejecutivo al congreso nacional: reformar sustancialmente el funcionamiento real del sistema judicial

Cámara Nacional de Casación Penal

penal de nuestro país con una programación eficaz de su actuación, en donde el instituto de la suspensión del proceso a prueba se encuentra respaldado por fundamentales razones de orden práctico ("Antecedentes ...", cit., pág. 18)".

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

"En este orden de ideas, el argumento que señala que los únicos delitos previstos en la parte especial del código con pena de inhabilitación exclusiva vinculan a funcionarios públicos (arts. 260, 264, 273 y 274 del C.P.) que aparecen impedidos por la regla anterior expresa, precisamente impide considerar a un legislador contradictorio, a poco de observar que el universo de

conductas en las que puede verse comprometido como sujeto activo excede el estrecho marco de estas figuras delictivas, de suerte que no puede advertirse redundancia y/o absurdo en el texto legal. A mayor abundamiento, cabe precisar la existencia de leyes penales especiales que reprimen conductas de sujetos que no responden a esa calidad, con pena de inhabilitación en forma alternativa (vgr. ley de abastecimiento n° 20.680, art. 5 inc. d)".

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

"En suma, en base a las consideraciones y transcripciones que anteceden, con el soporte de la doctrina que reputo mayoritaria (vid., entre otros, Alagia "Probation y pena de inhabilitación", "Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal", año III, n° 7, Bs. As., 1997, pág. 855; Vitale "Suspensión del proceso a prueba", Editores del Puerto, Bs. As., 1996, pág. 134 y ss.; Pessoa "Suspensión del juicio a prueba: esquema de análisis", Jurisprudencia Argentina, 1995, pág. 837; Devoto "Probation e institutos análogos", Din, Bs. As., 1995, pág. 95; Cafferata Nores,

Cámara Nacional de Casación Penal

"Cuestiones actuales sobre el proceso penal", Del Puerto, Bs. As., 1997, pág. 176 y ss.; Tarditti "Probation -ley 24316-: lo bueno y lo malo", Semanario Jurídico, Córdoba, año XVII, 21/6/94; Tamini-Freeland "La 'probation' y la suspensión del juicio a prueba (comentarios a la ley 24.316)", "La Ley", n° 165, 30/8/94; Edwards "La probation en el Código Penal argentino, ley 24.316", Lerner, Córdoba, 1994, pág. 62), debe propiciarse el establecimiento del criterio favorable al acordamiento de la suspensión del proceso penal a prueba mediando comisión de delito reprimido con pena de inhabilitación especial prevista en forma conjunta".

Sexto:

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

pena, a la cualitativamente más grave, de manera tal que una adecuada hermenéutica conduce a la conclusión de que es el orden del artículo 5° del Código Penal el que resuelve esta situación".

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

"Que desde otra línea argumental parece claro que uno de los propósitos que conlleva la pena es el fin preventivo, por ello, en atención a las manifestaciones vertidas tanto por el miembro informante en la Cámara de Diputados, diputado Antonio María Hernández (DSCDN, 6° Reunión, junio 2 de 1993, pág. 1321) cuanto lo primigeniamente expresado por el senador Augusto Alasino en la cámara revisora ("Antecedentes parlamentarios -Ley 24.316- Probation", "La Ley", Año 1994 n° 2, parágrafo 88,

Cámara Nacional de Casación Penal

pág. 49) francamente no se alcanza a comprender por qué sería más comprometedor para la comunidad un médico imperito o un conductor omisivo del deber de cuidado que un disparador de arma de fuego, un encubridor o un maltratador familiar (cfr. Devoto, "Probation e institutos análogos", pág. 94/95)".

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

"En los procesos que se relacionan con delitos que se refieren a supuestos de impericia, inobservancia de los reglamentos o deberes del cargo, resulta a mi juicio innecesario que éstos sean tramitados hasta el veredicto definitivo, cuando el propósito del instituto es evitar la prosecución de juicios que revistan escasa entidad penal, evitando así el desgaste jurisdiccional, mediante el sometimiento del imputado a reglas de conducta enderezadas a modificar su comportamiento disvalioso, en procura de su resocialización, como está previsto en el art. 27 bis del código sustantivo".

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

condicional respecto de las penas de multa e inhabilitación”.

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

Séptimo:

Con el panorama descripto y las posturas sostenidas en los distintos pronunciamientos de las salas, parecen

Cámara Nacional de Casación Penal

agotarse las formulaciones sobre los argumentos de las respectivas tesis.

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

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

Aunque no faltan intentos de establecer una jerarquización de los métodos (vgr. Alexy "Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989), se señala que el más importante de los criterios de interpretación, en muchos casos decisivo, es el teleológico, sea del fin subjetivo del legislador u objetivo de la ley (Gimbernat Ordeig "Concepto y método de la ciencia del derecho penal", Tecnos, Madrid, 1999, pág. 77).

Menester es destacar entonces, la histórica y constante réplica a la concepción del juez como mero ejecutor

del derecho que signó la evolución del método interpretativo: "la boca muda que pronuncia las palabras de la ley". Este modelo silogístico deductivo que aún hoy guarda plena vigencia con algunas doctrinas aplicativistas (vgr. Alchourrón y Buligyn "Análisis lógico y derecho", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991), puede resultar deseable, pero difícilmente real.

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

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

Se impone pues necesariamente el pluralismo metodológico, en donde la dialéctica concreta entre la norma y la decisión debe correcta y coherentemente atender las tres perspectivas de lo jurídico: validez, eficacia y

Cámara Nacional de Casación Penal

legitimidad, dado que de lo que se trata -como sostiene Díaz con cita de Vlachos- es de "escapar a la doble amenaza del conformismo amoral y de la arbitrariedad subjetiva" (Díaz "Sociología y Filosofía del Derecho", Taurus, Madrid, 1989, pág.124). Cualquiera de estas tres concepciones en términos absolutos están viciadas de reduccionismos y mutilan los elementos constitutivos de lo jurídico, pretendiéndose reducir la validez a la justicia, la justicia a la validez, o la validez a la eficacia, y ello conduce a caminos erróneos (Bobbio, "Teoría General del Derecho", Debate, Madrid, 1992, pág. 40).

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

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

constitucionales de derecho penal", Hammurabi, Bs. As., 1999, pág. 95 y ss., con subrayado que nos pertenece).

De modo que entre las posturas definidas corresponde decidirse en favor de aquella menos lesiva para el sujeto y que reduzca el campo de intervención de la justicia penal. No parece equitativo que el costo por las inconsistencias o los defectos en la técnica legislativa deba ponerse a cargo del justiciable, ni que una interpretación inadecuada aparezca siendo más restrictiva para la libertad y determinando al sistema judicial hacia el dispendio y la inoperancia.

Y no se trata de arrogarse ilegítimamente facultades legislativas. Desde siempre se sostuvo que "no es posible revisar judicialmente postulados de política criminal propios de otras esferas de los poderes del estado. O en otros términos: es el legislador quien analiza la distinta utilidad de la prevención penal como remedio para determinada clase de criminalidad en base a criterios de oportunidad, mérito o conveniencia que escapan a la revisión judicial" (causa n° 418 "Silvera Silva, José G. s/ recurso de casación", reg. n° 66, rta. el 21/7/95, con sus citas). Lo que se trata a través de la lectura postulada es de interpretar de modo coherente la política criminal delineada por los órganos habilitados.

Por lo demás, a través de un fallo plenario, que conlleva su obligatoriedad vinculante por parte de los

Cámara Nacional de Casación Penal

órganos jurisdiccionales correspondientes, se arriba a la finalidad política de la casación que se encuentra en la función de uniformar la jurisprudencia con el objeto de asegurar la unidad del derecho objetivo en procura de la seguridad jurídica que brinda la certeza de contenido de las normas jurídicas.

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

Con base en estas consideraciones, debe adoptarse como doctrina aplicable que: I) El artículo 76 bis comprende dos grupos de ilícitos, un primero que encierra los delitos que tienen prevista una pena de reclusión o prisión cuyo máximo no supera los tres años (párrafos 1° y 2°), y un segundo que comprende a delitos -no incluidos en el primer grupo- que previendo la ley penal un máximo de pena superior a los tres años de privación de la libertad, permiten el dictado de una condena cuyo cumplimiento puede dejarse en

suspensio -art. 26 del Código Penal- (párrafo 4º); y II)
Procede el instituto cuando el delito tiene prevista pena de inhabilitación especial en forma conjunta.

Octavo:

En lo atinente a la tercera cuestión planteada, dos opciones aquí son posibles: (a) la primera consistente en sostener que la diferencia esencial entre los dos supuestos deriva en la vinculabilidad del juez sólo para el supuesto del cuarto inciso; (b) la segunda que reside en defender que la conformidad es exigible tanto en esta hipótesis como en la del inciso primero.

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

Cámara Nacional de Casación Penal

el 23/9/96).

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

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

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

declarar su inconstitucionalidad y reclamar la modificación de la ley misma.

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

Véase que desde la postura restringida siempre es requerido el dictamen fiscal favorable (vid. García, ob. cit., pág. 365; Tamini-Freeland, ob. cit., pág. 858; Ochoa, ob. cit., pág. 1278; Saez Zamora-Fantini ob. cit. pág. 1143; Kent-García Torres, ob. cit., pág. 503; Reynaga, ob. cit., pág. 1488), en tanto que, de admitirse la tesis amplia, se requerirá tan sólo para el supuesto previsto en el cuarto párrafo del artículo 76 del Código Penal (vid. Vitale, ob. cit., pág. 180; Bovino, ob. cit. pág. 1090; Molero, ob. cit., pág. 1352; Orgeira-Vaiani, ob. cit. pág. 815; Almeyra, ob. cit., pág. 605; Ríos, ob. cit., pág. 417; Saenz, ob. cit., pág. 949; Solimine, ob. cit. pág. 181).

En resumen, y muy a pesar del sentido que recoge la jurisprudencia de las restantes salas de esta cámara (vid. Sala I, causa n° 518 "Asenjo, Claudio Martín s/recurso de casación", rta. el 17/10/95; Sala II, causa n° 1492 "Campitelli, Rodrigo s/recurso de casación", rta. el 8/7/98; Sala IV, "Roitman, Adrián s/recurso de casación", rta. el

Cámara Nacional de Casación Penal

30/10/98, vid. también el voto del doctor Riggi en causa "Córdoba Grande, Jorge Antonio s/recurso de casación", citada), solo cabe sostener la pretensión fiscal vinculante como dictamen desfavorable al otorgamiento en la hipótesis del cuarto párrafo del artículo 76 bis.

Noveno:

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

Puerto, Bs. As., 1997, pág. 136; Bovino "Problemas del derecho procesal penal contemporáneo", Editores del Puerto, Bs. As., 1998, pág. 99 y ss.).

Efectivamente, hace cuanto menos una década que los organismos internacionales dirigen recomendaciones en el sentido de dotar de mayor participación a la víctima dentro del sistema penal. El 29 de noviembre de 1985, la Asamblea General de la O.N.U. aprobó por consenso la resolución 40/34 y la "Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder" en las que se recomienda que se adopten medidas a diversos niveles para mejorar el acceso a la justicia y el trato justo a las víctimas de delitos, y que se les otorgue reparación, mediante resarcimiento o indemnización, así como la asistencia material, médica, psicológica y social que sea necesaria. La Asamblea General, al aprobar la Declaración, recomendó que, en los planos internacional y regional, se adoptaran medidas para establecer medios de proporcionar un recurso a las víctimas cuando los procedimientos nacionales resultaran insuficientes. Los Principios Fundamentales se aplican, sin discriminación, a todos los países, en cualquier etapa de desarrollo y en todos los sistemas, así como a todas las víctimas (Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, La Habana (Cuba), 27 de agosto a 7 de septiembre de 1990).

En este sentido debe relevarse la preocupación de

Cámara Nacional de Casación Penal

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

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

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

Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación le reconoció facultades activas, especialmente en cuanto hace al ejercicio de la acción penal, al sostener que "todo aquél a quien la ley reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos está amparado por la garantía del debido proceso legal consagrada por el artículo 18 de la Constitución Nacional, que asegura a todos los litigantes por igual el derecho a obtener una sentencia fundada previo

juicio llevado en legal forma (Fallos: 268:266, considerando 2°). Ello en el marco del derecho a la jurisdicción consagrado implícitamente en el artículo 18 de la Carta Magna y cuyo alcance, como posibilidad de ocurrir ante algún órgano jurisdiccional en procura de justicia y obtener de él sentencia útil relativa a los derechos de los litigantes (Fallos: 199:617; 305:2150, entre otros), es coincidente con el que reconocen los artículos 8°, párrafo primero, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.1. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos" (causa n° S. 1009.XXXII., "Santillán, Francisco Agustín s/recurso de casación", rta. el 13/8/98).

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

Cámara Nacional de Casación Penal

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

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

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

Consecuentemente, referente a ésta última

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

Décimo:

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

I) El artículo 76 bis del C.P. comprende dos grupos de delitos, un primero que encierra a aquellos que tienen prevista una pena de reclusión o prisión cuyo máximo no supera los tres años (párrafos 1º y 2º), y un segundo que comprende a delitos -no incluidos en el primer grupo- que, previendo la ley penal un máximo de pena superior a los tres años de privación de la libertad, permiten el dictado de una condena cuyo cumplimiento puede dejarse en suspenso -art. 26 del Código Penal- (párrafo 4º);

II) Procede la suspensión del juicio a prueba cuando el delito imputado tiene prevista pena de inhabilitación especial en forma conjunta;

III) El dictamen del fiscal desfavorable es vinculante para el órgano decisor a fin de resolver la suspensión del juicio a prueba prevista en el cuarto párrafo del artículo 76 bis del C.P.;

IV) El querellante posee legitimación autónoma para recurrir el auto de suspensión del juicio a prueba a fin de

Cámara Nacional de Casación Penal

obtener un pronunciamiento útil relativo a sus derechos.

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

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

I) Pena sobre la que debe examinarse la procedencia del instituto previsto en el artículo 76 bis y siguientes del Código Penal;

II) Procedencia o no del instituto cuando el delito tiene prevista pena de inhabilitación;

III) Carácter vinculante o no del dictamen fiscal en la suspensión del juicio a prueba; y

IV) Legitimidad o no del querellante para recurrir la suspensión del juicio a prueba, excluido el supuesto correspondiente al monto de la reparación.

PRIMERO:

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

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

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

Mediante este sistema, se intenta además contribuir a un mayor control de esta franja de conductas delictivas, las que anteriormente hubiesen sido castigadas con condenas de ejecución condicional sobre las cuales no se ejercía

Cámara Nacional de Casación Penal

contralor alguno. Asimismo, la aplicación de esta moderna técnica posibilita la descongestión de puntos críticos de la organización judicial argentina, permitiendo "*obtener un rendimiento mejor que el observado hoy por la sociedad*" (conf. Mensaje del Poder Ejecutivo al Honorable Congreso de la Nación en Antecedentes Parlamentarios, La Ley, año 1994 N° 2, p. 18).

Ahora bien, la ambigua redacción de la ley 24.316 ha traído numerosos inconvenientes en su aplicación práctica. Así advertimos que -genéricamente y con ciertos matices- se han generado dos criterios interpretativos mayoritarios. Según el primero de ellos, el artículo 76 bis del Código Penal contempla un único supuesto que concentra todos los requisitos exigidos para la concesión del beneficio; y de acuerdo al restante, por el contrario, esta norma plantea dos hipótesis: una relativa a los delitos con pena de prisión que no exceda de tres años, sin otras exigencias (al interesado le bastará con ofrecer hacerse cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible), y la otra para los supuestos en que razonablemente se pueda pensar que la pena será en suspenso (sin límite en la amenaza penal abstracta), en cuyo caso será necesario el consentimiento fiscal para suspender el juicio.

Para resolver esta disyuntiva, recordamos que el interpretar la ley requiere de una investigación de carácter dogmático cuyo objetivo es descubrir su sentido, para así aplicarla al caso concreto. Es una operación que busca "*poner*

de acuerdo a la ley penal, abstracta y genérica por naturaleza, con lo concreto y variable del caso particular" (Vincenzo Manzini en "Tratado de Derecho Penal", citado por Carlos Creus "Derecho Penal. Parte General", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 78). Asimismo, debemos tener presente que para la interpretación de una norma, ésta debe ser tomada en su totalidad, íntegra, sin fraccionarla ni dividirla, ya que el significado de sus vocablos puede variar al separarlos del resto del texto (conf. Creus, ob. cit. p. 81).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho reiteradamente que *"La primera fuente de interpretación de la ley es su letra, pero además la misión judicial no se agota en ello, ya que los jueces, en cuanto servidores del derecho para la realización de la justicia, no pueden prescindir de la intención del legislador y del espíritu de la norma; todo esto, a su vez, de manera que las conclusiones armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional"* (conf. E. 171. XXII. "Estado Nacional c/ Rudaz, Martín Alejo y otra s/ nulidad de resolución", rta. el 5/12/92); y que, cuando en la ley se emplean varios términos sucesivos, *"es la regla más segura de interpretación la de que esos términos no son superfluos sino que han sido empleados con algún propósito, el que debe buscarse no en significaciones oscuras o abstractas sino en el sentido más obvio al entendimiento común"* (conf. K. 50. XX. "Kasdorf SA. c/ Jujuy, Provincia de s/ daños y

Cámara Nacional de Casación Penal

perjuicios", rta. el 23/12/92). También ha expresado el Alto Tribunal que no es admisible una interpretación de la ley *"que equivalga a prescindir del texto legal si no media debate y declaración de inconstitucionalidad, pues la exégesis de la norma, aun con el fin de adecuación a principios y garantías constitucionales, debe practicarse sin violación de su letra o de su espíritu"* (V. 254. XXVII. "Vera González, Alcides Juan c/ Radio y Televisión Riojana S.E. y otra", rta. el 95-05-04).

Teniendo todo ello presente, y en función de las demás razones y fundamentos que se expondrán, apreciamos que la conclusión adecuada sobre el sentido jurídico que debe acordársele a la norma en estudio es la que conceptúa que el artículo 76 bis del Código Penal plantea un único e indivisible supuesto en virtud del cual se podrá conceder el beneficio de la suspensión del juicio a prueba al imputado de un delito de acción pública reprimido con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años, siempre que él lo solicitare, ofreciere hacerse cargo de reparar el daño en la medida de lo posible, las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la pena aplicable, y mediase consentimiento Fiscal. La otra hipótesis (la amplia), aun cuando -de lege ferenda- pudiera resultar más útil para aliviar el funcionamiento del sistema judicial, y de menor efecto estigmatizante, que consagraría una mayor discrecionalidad judicial y, en definitiva, otorgaría mayores

posibilidades de aplicación a la "suspensión del juicio a prueba", entendemos que excede el marco legal y el ordenamiento jurídico restante en su conjunto, ya que fuerza -a nuestro juicio- la interpretación al extremo que -de ser consecuentes y observando un ejemplo- se tendría que afirmar que para el segundo supuesto -delitos con pena máxima de más de tres años, susceptibles de condenación condicional- sólo se requiere el consentimiento fiscal sin que se exija la necesaria solicitud del interesado al respecto. Y esto último se traduce en una afectación a la garantía constitucional de defensa en juicio, al principio de inocencia y al derecho a obtener una decisión judicial definitiva que resuelva su situación ante la ley y la sociedad, extremo que resulta inaceptable en nuestro sistema republicano. Ello así, pues de acuerdo con la separada lectura del cuarto párrafo del artículo, el tribunal con la sola conformidad fiscal, podría imponer severas reglas de conducta a una persona cuyo estado de inocencia no ha sido desvirtuado por una sentencia condenatoria, y sin la expresa petición concreta del interesado de someterse al régimen del instituto en estudio.

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

Cámara Nacional de Casación Penal

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

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

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

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

Este también fue el sentido que la Sala II de esta

Cámara Nacional de Casación Penal

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

casación"; N° 667 "Gorosito, Cristian s/recurso de casación"; N° 741 "Tassile, Diego A. s/recurso de casación"; N° 785 "Sarril, Gabriel F. s/recurso de casación"; y N° 794 "Villalba, Viviana Adriana s/recurso de casación" Reg. N° 1132 rta. el 20/2/98 de la Sala IV, entre otras).

SEGUNDO:

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

En esa tarea, comenzamos advirtiéndolo que el

Cámara Nacional de Casación Penal

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

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

Si bien es cierto que en una intervención posterior -al tiempo de contestar las observaciones formuladas por otros señores Senadores- (ver Antecedentes Parlamentarios citados, parágrafo 158), el propio legislador recurre a dar un ejemplo que podría inducir a confusión, no lo es menos que lo definido y precisado dogmáticamente -detallado "ut supra"- no merece una interpretación que controvierta tan claras y categóricas afirmaciones, sobre la base exclusiva de un argumento brindado "como ejemplo" -no con la intención de ampliar el instituto- luego de desarrollar ciertas precisiones sobre su finalidad. En esa inteligencia, conceptuamos que el aislado ejemplo utilizado fuera de contexto del tema concreto en tratamiento, no debe asimilarse a una contradicción que logre desvirtuar lo categóricamente definido.

Lo propio ocurre con la inserción del señor Diputado Víctor Hugo Soderó Nieves, quien incluyó el homicidio culposo en la lista acompañada de delitos susceptibles del beneficio que consagra este instituto, después de afirmar que *"... También limitamos este instituto en nuestro proyecto, a aquellos casos de delitos que pudieran ser reprimidos con pena de prisión únicamente, prohibiéndose en los supuestos de delitos reprimidos con prisión e inhabilitación, por considerar que esta última sanción penal tiene un efecto y consecuencias diferentes que, de ningún modo deberían dejarse de aplicar. Supongamos al respecto, un*

Cámara Nacional de Casación Penal

caso de mala praxis médica que ocasionara la pérdida de la vista a la víctima. Si se aplicara este instituto, al médico que cometió este delito provocando una ceguera total, al día siguiente de cometerlo, podría continuar con su tarea como si nada hubiera pasado. Entendemos que la inhabilitación, tal como sucede con el artículo 26 in fine del Código Penal, debe ser de cumplimiento efectivo" (Diario de sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, 8a. reunión -continuación de la 1a. sesión ordinaria-, junio 16 de 1993, págs. 1446/1447).

Por otro lado, este es también el criterio sostenido por tres Salas de esta Cámara Nacional de Casación Penal, y por el doctor Eduardo Rafael Riggi -en minoría- en la Sala III del Tribunal (confr. causas N° 518 "Asenjo, Claudio M. s/rec. de casación", Reg. N°: 774, rta. 17/10/95; N° 859 "Arasco, Juan Carlos s/rec. de casación", Reg. N°: 1093, rta. 14/8/96; N° 1055 "Faingenbaum, Gustavo s/ rec. de casación" Reg. N° 1390 del 24/2/97; y N° 1621 "Aquilino, Fernando s/ rec. de casación" Reg. N° 2091 del 13/3/98 de la Sala I; causa N° 1509 "Lorín, Pablo Luis s/ rec. de casación", Reg. N° 1940 rta. el 22/4/98; causa N° 1499 "Drab, Ricardo Ariel s/rec. de casación", Reg. N° 1975 rta. el 14/5/98; causa N° 1620 "Acceta, Juan Pablo s/ rec. de casación", Reg. N° 1978, rta. el 14/5/98; causa N° 1767 "Gatto, Gabriel José s/ rec. de casación", Reg. N° 2171 rta.

el 7/9/98; causa N° 1430 "Herrera, Ariel Ricardo s/ rec. de casación", Reg. N° 2209, rta. el 1/10/98; causa N° 1392 "Gianni, Adrián Andrés s/ rec. de casación", Reg. N° 2335 rta. el 15/12/98, de la Sala II; causa N° 1509 "Vázquez, Emilio M. s/ rec. de casación", Reg. N° 191/98, rta. el 15/5/98 de la Sala III; y causas N° 468 "Muraca, Susana Catalina s/rec. de casación", Reg. N° 772, rta. 6/3/97; N° 517 "Rogante, Dante Justo s/ rec. de casación", Reg. N° 807 rta. 14/4/97; y N° 987 "Ortiz, Antonio s/ rec. de casación", Reg. N° 1390 rta. 4/8/98 de la Sala IV, entre otras).

Por lo demás, advertimos que la norma así interpretada guarda absoluta coherencia con el resto del ordenamiento jurídico; y particular concordancia con el art. 26 del Código Penal, que expresamente establece la exclusión de la condena condicional respecto de las penas de multa o inhabilitación. En consecuencia, entendemos que la exégesis adoptada, es la que se concilia mejor con el criterio rector de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre la interpretación de las leyes -expuesto "ut supra" (ver considerando primero)- de permanente cita y observancia por este tribunal (conf. Fallo Plenario N° 4 de esta Cámara "Jalile, Oscar Alberto s/rec. de casación", rto. el 13/12/96, Acuerdo N° 5/96; entre otros de las distintas Salas).

TERCERO:

En cuanto al consentimiento del representante del

Cámara Nacional de Casación Penal

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

Dicho criterio ha sido seguido también por la Sala I de esta Excma. Cámara Nacional de Casación Penal en las causas N° 518 "Asenjo, Claudio Martín s/ rec. de casación" Reg. N° 774 del 17/10/95; N° 859 "Arasco, Juan C. s/ rec. de casación" Reg. N° 1093 del 14/8/96; N° 1055 "Faingenbaum, Gustavo s/ rec. de casación" Reg. N° 1390 del 24/2/97; N° 1074

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

Cámara Nacional de Casación Penal

Es que el carácter vinculante de la oposición fiscal deriva de que a esa parte le incumbe la promoción y el ejercicio de la acción pública por mandato del artículo 120 de la Constitución Nacional; y en particular, de que esa facultad privativa se encuentra expresamente prevista no sólo en la ley que estamos estudiando -como ya se ha visto- y en el Código Procesal Penal de la Nación (artículos 65 y cc.), sino también -en consonancia con la referida norma constitucional- en la reciente Ley Orgánica del Ministerio Público (Nº 24.946, sancionada el 11/3/98 y promulgada parcialmente el 18/3/98, B.O. del 23/3/98), cuando señala entre las funciones que corresponden al Ministerio Público (Título II, Sección I, artículo 25): *"a) Promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad; ... b) Representar y defender el interés público en todas las causas y asuntos que conforme a la ley se requiera; ... c) Promover y ejercer la acción pública en las causas criminales y correccionales ..."*. Por ello, cuando el fiscal expresa su oposición a la suspensión del proceso, *"... no ejerce jurisdicción sino que manifiesta su voluntad de continuar ejerciendo la acción. Y puesto que la suspensión del proceso a prueba no es otra cosa que la suspensión del ejercicio de la acción penal, el tribunal, que carece de poderes autónomos para su promoción y ejercicio, tampoco tiene poder de decisión sobre la suspensión de ese ejercicio. Por ello, depende de la conformidad fiscal"* (Luis M. García "Suspensión del Juicio a

Prueba", en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Ed. Ad Hoc, 1996, pág. 365). Ver también en el mismo sentido la causa "Dyke, Héctor s/rec. de casación" de la Sala I de esta Cámara (Causa N° 802 bis, Reg. N° 1023, rta. el 31/5/96).

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

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

Cámara Nacional de Casación Penal

dejar en suspenso el cumplimiento de la pena aplicable y hubiese consentimiento Fiscal.

En esa misma línea, advertimos otro argumento que también confronta con la posibilidad de sostener la interpretación amplia y que consolida el acierto de la conclusión que sostenemos al respecto, el cual queda demostrado por el absurdo de suponer -en el caso de interpretar la existencia de dos supuestos- que el imputado condenado por otros hechos con anterioridad (en suspenso o a cumplimiento efectivo) obtenga mediante la suspensión del proceso lo que no podría lograr por la vía del artículo 26 del Código Penal, con lo cual se frustraría el régimen legal de la condena de ejecución condicional (que expresamente se mantuvo en esta reforma), toda vez que se llegaría a la incongruencia de que un imputado por delitos con pena menor a los tres años, aun cuando haya sido condenado (en suspenso o con cumplimiento efectivo) por otros hechos más graves con anterioridad -incluso declarado reincidente-, pudiera conseguir su libertad mediante la suspensión del juicio a prueba, la que no podría obtener por la vía del artículo 26 del Código Penal, y ello sin tener que cumplir con el término previsto en el artículo 27 del mismo cuerpo legal. Observamos así que dicha conceptualización nos llevaría a prescindir del texto expreso de la ley sin mediar declaración de inconstitucionalidad a su respecto, violentando su letra y su espíritu, y a adoptar una interpretación contraria al sentido más obvio al entendimiento común; y que en particular,

resulta manifiestamente contrario a los fundamentos de este instituto, sin duda alguna pensado para delincuentes primarios, ocasionales, o de poca peligrosidad.

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

El instituto incorporado a nuestro sistema legal

Cámara Nacional de Casación Penal

por la ley 24.316, en rigor no importa una excepción al principio de legalidad constitucional, sino al principio de oficialidad en el ejercicio de las acciones (artículo 71 del Código Penal), también llamado "principio de legalidad procesal", en virtud del cual cuando un representante del Ministerio Fiscal toma conocimiento de un hecho que puede constituir delito de acción pública, *"... tiene que promover la acción ... cuidando que ella se despliegue impulsando su continuación en el respectivo proceso, sin perjuicio de que la ley disponga otra cosa o plantee excepciones (sobre la base del principio de oportunidad) ..."* (conf. Carlos Creus ; "Derecho Procesal Penal", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 36). En efecto, la suspensión del juicio a prueba se encuentra estrictamente regulada por la norma en todo lo que hace a sus condiciones de procedibilidad, no quedando éstas sujetas a la discrecionalidad de ningún funcionario que facilite desigualdades arbitrarias (artículo 16 de la Carta Magna), por lo que no se altera en forma alguna el mandato contenido en el artículo 18 de la Constitución Nacional (Conf. Mensaje del Poder Ejecutivo al Honorable Congreso de la Nación en Antecedentes Parlamentarios, La Ley, año 1994 N° 2, p. 17).

Aclarado ello, resulta evidente que la suspensión del juicio a prueba tiene un inequívoco carácter excepcional (*"Que constituye excepción de la regla común. Que se aparta de lo ordinario, o que ocurre rara vez"*). Excepción: *"Cosa que se aparta de la regla o condición general de las demás de su*

especie"; Diccionario de la Lengua Española, Vigésima primera edición, Madrid, 1992), toda vez que concede el beneficio de interrumpir la continuación del proceso evitando la imposición de pena -secuela necesaria de la comisión de un ilícito penal-, y hace prevalecer -dentro del marco de las particularísimas circunstancias y exigencias que establece- razones o criterios de política criminal naturalmente ajenos al control judicial; y es debido a que se trata de una excepción al principio de oficialidad o de legalidad procesal, que forzosamente debe estarse a lo taxativamente previsto en el dispositivo jurídico e interpretarse en forma restrictiva y no de modo amplio o extensivo.

Teniendo ello presente, por lo demás, conceptuamos que la interpretación que adoptamos, además de estar ajustada a la letra expresa de la ley, respeta los medios arbitrados y, en especial, los explicitados por el legislador (ver citas del debate parlamentario "ut supra"), así como los fines perseguidos por el dispositivo legal; por lo que apreciamos que nos arrogaríamos ilegítimamente facultades legislativas, si extendiéramos más allá de la norma y de la manifiesta intención del legislador la aplicabilidad del instituto de la suspensión del juicio a prueba. La improcedencia de ello deriva asimismo de la imposibilidad de revisar judicialmente postulados de política criminal propios de otras esferas de los poderes del Estado; máxime cuando ha sido el propio

Cámara Nacional de Casación Penal

legislador quien ha hecho mérito y precisado la distinta utilidad de la prevención penal como remedio para determinada clase de criminalidad con fundamento en criterios de oportunidad, mérito o conveniencia que escapan a este control jurisdiccional o judicial.

CUARTO:

Finalmente, y a fin de determinar si tiene legitimación el querellante para recurrir la suspensión del juicio a prueba, excluido el supuesto correspondiente al monto de la reparación (punto IV del temario aprobado en la presente autoconvocatoria a Acuerdo Plenario), coincidimos con la conclusión expuesta en el considerando noveno del voto de los colegas preopinantes, doctores Jorge Osvaldo Casanovas y Guillermo José Tragant, en cuanto a que corresponde pronunciarse en favor de la legitimación autónoma del querellante para recurrir el auto de suspensión del juicio a prueba a fin de obtener un pronunciamiento útil relativo a sus derechos; ello así, toda vez que *"... todo aquél a quien la ley reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos está amparado por la garantía del debido proceso legal consagrada en el artículo 18 de la Constitución Nacional, sea que actúe como acusador o acusado, como demandante o demandado; ya que en todo caso media interés institucional en reparar el agravio si existe y tiene fundamento en la Constitución ..."* (C.S.J.N. Fallos: 268:266). Lo propio cabe concluir con fundamento en lo dispuesto por los artículos 18° de la Declaración Americana

de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá 2 de mayo de 1948), 8° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Resolución N° 217 A [III] de las Naciones Unidas del 10 de diciembre de 1948), 8° apartado 1 y 25° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica del 22 de noviembre de 1969), 2° apartado 3 y 14° apartado 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Resolución N° 2200 [XXI] de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 16 de diciembre de 1966), todos ellos con jerarquía constitucional en virtud de lo establecido por el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional (texto según reforma de 1994).

En coincidencia con este criterio, los artículos 458 a 462 del Código Procesal Penal de la Nación clara y expresamente establecen qué sujetos procesales -que revisten la calidad de partes legalmente constituidas- están facultados para intentar el remedio recursivo casatorio, ellos son: el ministerio fiscal, el imputado o su defensor, la parte querellante, y en determinadas circunstancias el civilmente demandado y el actor civil; y siendo que el mismo cuerpo legal reconoce al querellante personería para actuar en juicio criminal por delito de acción pública (artículo 82), y si su derecho a la jurisdicción, en acatamiento a la garantía del debido proceso es examinado en la forma señalada precedentemente por el Alto Tribunal, resulta evidente que debe conferírsele aptitud subjetiva para recurrir decisiones

Cámara Nacional de Casación Penal

que hacen imposible la continuación de las actuaciones (conf. causa N° 634 de la Sala IV de esta Cámara, "Roitman, Adrián P. s/ rec. de casación", rta. el 30/10/97; causa N° 786 "Close, Alberto Jorge s/ rec. de queja", Reg. 1026, rta. el 26/11/97; causa N° 2120 de la Sala I, "Waschman, Fernando Rubén s/ rec. de queja", rta. el 12/11/98; causa N° 1703 de la Sala II, "Torcoletti, Claudio D. s/ rec. de casación", Reg. N° 2136 rta. el 13/8/98). Y ello así, tanto más, desde que la Corte se ha pronunciado recientemente afirmando que la acusación del querellante en la oportunidad del artículo 393 del ordenamiento ritual, habilita, aún en ausencia del requerimiento fiscal, el dictado de una sentencia condenatoria (causa S.1009.XXXII "Santillán, Francisco A. s/ rec. de casación", sentencia del 13 de agosto de 1998).

QUINTO:

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

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

II°) No procede la suspensión del juicio a prueba cuando el delito tiene prevista pena de inhabilitación como

principal, conjunta o alternativa.

IIIº) 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.

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

El **señor juez doctor Pedro R. David** dijo:

CONSIDERACIONES GENERALES DE POLÍTICA CRIMINAL

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

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

Cámara Nacional de Casación Penal

una forma expeditiva y pronta por los jueces o fiscales a cargo del proceso."

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

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

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

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

un lado, control y del otro, ayuda, asistencia, han estado siempre intrínsecamente unidos de un modo muy estrecho. Aún hoy, en un estudio comparado de la institución, tanto en los países del sistema del Derecho Continental, que receptaron la institución del Probation, como en los países donde se estableció originariamente, en Inglaterra y Estados Unidos, esas dos características se hacen presentes.

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

"En nuestro país uno de los problemas fundamentales en el Probation ha sido que adoptamos la legislación pero no establecemos los recursos para crear un cuerpo de oficiales de Probation, estableciendo sus condiciones de capacitación, creando un cuerpo activo de voluntarios y recursos para hacer realidad esta opción. La misma queda librada más allá de los recursos institucionales a la capacidad innovadora y creativa

Cámara Nacional de Casación Penal

de nuestros jueces. Las reformas no deben ser solamente normativas, ya que tenemos que aprender a institucionalizarlas de una forma rigurosa de modo que puedan ser evaluados. Haciendo estudio de las condiciones de Probation, de hecho tenemos solamente una dimensión normativa. Otorgamos el Probation pero el seguimiento y control por nuestros jueces de ejecución es casi imposible por la ausencia de un cuerpo de probation especializado. La reglamentación de la ley de Probation nunca se ha dictado y por ello la institución navega como una técnica de alcances procesales, desprovista de su contenido profundo de orientación y apoyo social, en ausencia de un cuerpo debidamente reglamentado de Probation y de los recursos adecuados.

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

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

PENA

La cuestión a resolver es la interpretación a dar al art. 76 bis del Código Penal. Ya en ocasión del debate parlamentario sobre la ley 24.316, el Senador Villarroel advertía sobre "ciertas ambigüedades" que a su entender

obedecían "a que, en definitiva, la redacción (de la ley) es una suerte de síntesis, desgraciadamente muy parecida al sincretismo, de diversos proyectos de ley sobre la misma materia. Vale decir, son esas consideraciones llamadas políticas que cuando se trata de asuntos de técnica legislativa estricta y nada menos que relativas al Código Penal muestran su defecto"(Confr. Senador Villarroel en el Tratamiento de la ley en el Senado de la Nación. Publicado en "Antecedentes Parlamentarios" Pág. 182, Parágrafo 129). Una vez que hubo cobrado vida la norma, luego de su publicación, dichas "ambigüedades" tomaron cuerpo ocasionando, desde su puesta en práctica, un debate doctrinario y jurisprudencial significativo.

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

Para el primero el art. 76 bis encierra un solo supuesto, delitos reprimidos con pena privativa de la libertad cuyo máximo no excede de 3 años y que las circunstancias del caso "permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable". (Así, Juan C. Reynaga, "La ley 24.316: análisis y aplicación de los institutos" L.L. T. 1995-D pág.1486; Carlos Arturo Ochoa "La suspensión del juicio a prueba" L.L. T. 1995-C pág. 1274; Daniel A. Saez Zamora y Verónica Fantini "Reflexiones sobre la

Cámara Nacional de Casación Penal

implementación de la ley 24.316 en nuestro sistema penal" L.L. T. 1995-D pág. 1136; Carlos Edwards "La probation en el Código Penal Argentino". Marcos Lerner Editora.; Alejandro M. Becerra "Probation: ¿Aplicación amplia o restringida?" J.A. agosto 13 de 1997. Pág. 13).

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

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

B) El supuesto del cuarto párrafo: delitos que según las "circunstancias del caso" permitirían "dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable". (En este sentido: Gustavo L. Vitale, "Suspensión del proceso penal a prueba, Editores del Puerto 1996; Miguel Angel Almeyra, "Probation. ¿Sólo para los delitos de bagatela?" L.L. Suplemento de Jurisprudencia Penal. Pág. 7; Eleonora Devoto, "La Probation (A propósito de su incorporación al Código Penal Argentino)" L.L. 23 de agosto de 1994; Carlos M. Bossi y Daniel C. Ranuschio, "Suspensión del Juicio a Prueba (Motivos que justifican su aplicación)" J. A. Octubre 29 de 1997, pág. 19 y "Suspensión del Juicio a Prueba (Ideas para una posible reforma legislativa de los actuales arts. 76 bis y 76 ter del Código Penal)" L.L. Actualidad 24 de marzo de 1998; Marco Antonio Molero, "Probation y Juicio abreviado cuando los cambios vienen marchando", L.L. 24 de agosto de 1998; Alberto Bovino, "La suspensión del procedimiento en el

Código Penal Argentino y la 'diversion' estadounidense (Un análisis comparativo)", L.L. 28 de febrero de 1997; Raul Guillermo López Camelo, "Probation. Algo más acerca de su alcance normativo" D.J. 1997-2 pág. 635; José María Orgeira y Eduardo M. Vaiani L.L. 1996-E Pág. 813 y otros).

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

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

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

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

Cámara Nacional de Casación Penal

general.

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

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

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

Está ampliamente demostrado, en las experiencias concretas de numerosos servicios de probation, así como en la literatura criminológica, que muchas personas que resultan excluidas por una interpretación restrictiva de la norma pueden beneficiarse con la probation si se cuenta con un

servicio altamente capacitado y con amplios recursos técnicos y económicos que provean efectivamente una supervisión intensiva y oportunidades de ayuda efectivamente a las personas en tratamiento. Por ello la mejor solución para el problema de la elegibilidad de las personas en probation es acordar, sin violentar las normas legales, la más amplia discrecionalidad a los jueces que deben también valorar la efectividad real de los servicios en el medio (Conf. ONU, ob. Cit. Pág. 229).

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

Los criterios desde luego no son absolutos y tienen sus excepciones. Por ello con respecto a la polarización de una tesis restrictiva y otra ampliada en que se debate predominantemente la jurisprudencia, soy partidario de una tercera vía que abre al juez en todos los casos un amplio criterio para decidirla, más allá de la formulación normativa, teniendo en cuenta los objetivos valorativos en cada caso y las circunstancias reales del desarrollo del instituto en nuestro medio tanto respecto a las dimensiones de control como de ayuda que toda probation supone.

Decía ut supra que esta discrecionalidad que se le acuerda al juez no debe vulnerar las normas legales. Pues

Cámara Nacional de Casación Penal

bien, existen razones interpretativo-sistemáticas indicativas de que la admisión de la probation para delitos de bagatela en el primer párrafo y en casos excepcionales para los de mediana gravedad en el del cuarto párrafo, es la lectura correcta a hacerse de la norma del 76 bis del Código Penal. Así:

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

A su turno el párrafo cuarto del mismo artículo indica que para otorgar el beneficio, las circunstancias del caso deben permitir dejar en suspenso la condena aplicable. A los efectos de clarificar la antinomia que suscita una lectura restrictiva del artículo, traigo a colación que el art. 26 permite obtener la ejecución condicional de la condena al sentenciado por primera vez a pena de "prisión" que no exceda de tres años. No está permitido al intérprete hacer caso omiso de la letra de la ley, así como "no cabe presumir la contradicción o el absurdo en los términos de la ley, los cuales deben ser entendidos como coherentes". Al decir de Almeyra: "si la pena de reclusión ha sido implícitamente excluida del beneficio de la condicionalidad por la ley 23.057 (Adla, XLIV-B, 1265), parece extremadamente claro que no existe otra posibilidad que interpretar los dos párrafos transcritos, como rigiendo situaciones diferentes". Y más adelante "no hay otra forma, en efecto de conciliar el

texto legal que se analiza, pues si es inadmisibile que una condena a reclusión por tres años o menos se imponga en suspenso, sólo puede interpretarse el primer párrafo del dispositivo analizado a partir de la idea de que cuando se trata de un delito menor, la eventualidad de una condena suspensiva no es presupuesto que defina la suspensión del proceso a prueba y que el recaudo si es necesario cuando la escala penal prevista por la ley supere ese margen" (Conf. Miguel Ángel Almeyra."Probation" ¿Sólo para los delitos de bagatela?. Suplemento de Jurisprudencia Penal. Pág. 7).

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

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

INHABILITACIÓN

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

Cámara Nacional de Casación Penal

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

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

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

Se ha dicho que pretender excluir del régimen de probation a los delitos reprimidos exclusivamente con pena de inhabilitación, implica entender que en el texto legal existe una redundancia. Ello así puesto que del catálogo de ilícitos resulta que los delitos reprimidos únicamente con pena de inhabilitación son los cometidos por funcionarios públicos en

ejercicio de sus funciones y este supuesto ya está comprendido en el 7° párrafo del art. 76 bis (confr. Daniel A. Saez Zamora y Verónica Fantini, op. cit.).

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

SOBRE EL EFECTO VINCULANTE DEL DICTAMEN FISCAL

Tengo para mí, que el artículo 76 bis del Código Penal, consagra en nuestra legislación sustantiva el principio de oportunidad reglada que "constituye una excepción más al principio de legalidad en su aspecto procesal. Importa una aplicación del principio de oportunidad en el proceso penal -aunque reglado por la ley y condicionado, en nuestra legislación, a una decisión judicial-, en virtud de la cual el Estado puede renunciar a investigar y juzgar ciertos delitos, por razones de conveniencia." (Cfr. Gustavo L. Vitale "Suspensión del

Cámara Nacional de Casación Penal

proceso penal a prueba". Editores del Puerto s.r.l. 1996). Más aun, como sostiene el distinguido jurista español Enrique Ruiz Badillo, recientemente desaparecido cuando la oportunidad viene establecida por la ley y está sometida a determinadas reglas o pautas de comportamiento, "la oportunidad reglada se hace legalidad y su aplicación es correcta y ortodoxa" (Conf. Ruiz Badillo E. "La actuación del Ministerio Fiscal en el Proceso Penal" citado por Cándido Conde - Pumpido Ferreiro, "Alternativas a la pena privativa de la libertad y Principio de oportunidad reglada en el proceso penal" pág. 1012 en "Criminología y Derecho Penal al servicio de la Persona. Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain." edit. Instituto Vasco de Criminología. San Sebastián 1989; causa n° 2211 -Sala I- "Etchecolatz, Miguel O. s/recurso de casación", reg. 2767, rta. el 13 de mayo de 1999).

Sin embargo, el fiscal no puede disponer arbitrariamente de la potestad acusatoria. Esta se ve determinada por juicios valorativos positivos respecto del cumplimiento de condiciones, que las hace prevalecer sobre el castigo del delincuente por el hecho concreto con una pena privativa de libertad, cuando el diagnóstico es favorable. El principio de oportunidad se vincula al de legalidad a través del establecimiento de esas condiciones. La claridad en el dictado normativo de los requisitos es fundamental ya que "cuando la oportunidad, en lugar de someterse a criterios reglados, se conjuga con la admisión de la discrecionalidad

dejando que sea el libre criterio del Fiscal, y no el del legislador, quien determine los casos en que es o no conveniente ejercitar la acción penal, se convierte a la voluntad de aquél en la dueña del proceso penal y de la posibilidad del castigo de los delitos, dominio que precisa de algún mecanismo correctivo, pues es susceptible, de otro modo, de producir un elemento corruptor del proceso no sólo por contagiar al mismo de los errores de valoración del Fiscal, sino por poder ser utilizado en función de espúreas motivaciones de oportunidad no jurídica sino política." (Cfr. Cándido Conde - Pumpido Ferreiro op. cit. Pág. 1010/1011).

Atento a lo manifestado hasta aquí, adelante, desde ya, que el carácter vinculante o no del consentimiento fiscal, en el análisis sistemático del art. 76 bis del Código Penal, está íntimamente relacionado con la existencia de dos supuestos distintos. El primero, claramente dirigido a los llamados "delitos de bagatela" (primer párrafo) y el segundo abarcativo de delitos que no reúnen las condiciones de éstos, pero que por las circunstancias del caso, se pudiera dejar en suspenso la ejecución de la condena (segundo párrafo). Ilustrativa es la opinión de Alberto Bovino: "El sentido de la necesidad del consentimiento del fiscal en este segundo supuesto se vincula a la gran variedad de casos comprendidos en él. Esta variedad reclama un juicio de oportunidad político-criminal acerca de la conveniencia de continuar o interrumpir la persecución penal. Mientras que el

Cámara Nacional de Casación Penal

supuesto anterior comprende casos de escasa gravedad que no presentan grandes diferencias entre sí, el segundo supuesto, en cambio, puede abarcar casos muy diversos." (Conf. "La suspensión del procedimiento en el Código Penal argentino y la 'diversion' estadounidense. (Un análisis comparativo)", L.L. 28/2/1997 Pág. 4).

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

El cuarto párrafo, no obstante, consagra un caso de excepción en la sistemática del instituto de probation, regulando una situación diferente. Se trata de abarcar delitos que, aunque no contemplados en el art. 76 bis primer

párrafo, sean merecedores de probation reuniendo los siguientes requisitos: a) que "las circunstancias del caso" permitan "dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable"; y b) que exista "consentimiento fiscal".

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

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

LEGITIMIDAD DEL QUERELLANTE PARA RECURRIR

Es sumamente importante al analizar la legitimidad

Cámara Nacional de Casación Penal

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

Así en la "Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder" (La Habana, Cuba, 29 de noviembre de 1985) se afirma la necesidad de adoptar medidas nacionales e internacionales con el fin de garantizar el reconocimiento y el respeto universales y efectivos de los derechos de las víctimas de delitos. Es claro en este sentido el artículo 6, inc. b: "Se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas: b) Permitiendo que las opiniones y preocupaciones de las víctimas sean presentadas y examinadas en etapas apropiadas de las actuaciones siempre que estén en juego sus intereses, sin perjuicio del acusado y de acuerdo con el sistema de justicia penal correspondiente."

La Corte Suprema de Justicia haciendo eco de este clamor, dijo: "Que si bien incumbe a la discreción del legislador regular el marco y las condiciones del ejercicio de la acción penal y la participación asignada al querellante particular en su promoción y desarrollo, desde que se trata de lo atinente a la más acertada organización del juicio criminal (Fallos: 253:31), todo aquel a quien la ley reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos está amparado por la garantía del debido proceso legal

consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional (Fallos: 268:266, consid. 2º). Y más adelante consideró que ello era así "en el marco del derecho a la jurisdicción consagrado implícitamente en el art. 18 de la Carta Magna y cuyo alcance, como la posibilidad de ocurrir ante algún órgano jurisdiccional en procura de justicia y obtener de él sentencia útil relativa a los derechos de los litigantes (Fallos: 199:617; 305:2150 -La Ley, 1984-B, 206-, entre otros), es coincidente con el que reconocen los arts. 8º, párr. Primero, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos" (C.S.J.N. "Santillán, Francisco A., rta. 13 de agosto de 1998).

CONCLUSIONES

Por todo lo dicho propugno:

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

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

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

Cámara Nacional de Casación Penal

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

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

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

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

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

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

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

Regístrese, hágase saber y archívese.

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