

"SUJECIÓN DEL PROCESO A PRUEBA"

I - LA LEY:

La ley 24.316, promulgada no hace mucho, incorpora al Código Penal los arts. 76 bis, 76 ter y 76 quater permitiendo que el imputado de un delito de acción pública, reprimido con pena de prisión o reclusión cuyo máximo - aún en caso de concursos materiales - no exceda los tres años, pueda solicitar la sujeción del proceso a prueba o suspensión del juicio a prueba.

Indudablemente este procedimiento es una de las formas del principio de oportunidad en el derecho penal; la institución se conoce como **probation** y deviene del sistema Noruego que consiste en la suspensión del procedimiento.- Solo se realiza un procedimiento meramente informativo a los efectos de suspender la acción penal por un término de prueba, si el autor delinque en este término, se realiza el procedimiento.

Los fines del instituto, y aquí hay que comenzar a centrar la más fina atención, son **CRIMINOLÓGICOS**: en tanto tiende a evitar la estigmatización de la pena sobre el delincuente en delitos menores y de **POLÍTICA CRIMINAL Y PRÁCTICOS**: pretender evitar o disminuir el atiborramiento de las cárceles y por un principio de economía procesal al evitar el bloqueo de los Tribunales y los costos que supone el proceso completo de causas menores a los tres años.

PLANTEAMIENTO AXIOLÓGICO DE LA CUESTIÓN.

Aquí es necesario plantearse vigorosamente la adopción y toma de posiciones entre la **verdad** y la **hipocresía** pues, se aplica esta ley sinceramente o se la retacea; se aplica a todos los casos aplicables no rechazados **explícitamente** por la ley o se la rodea de una interpretación limitativa o restringida que no solo atenta contra principios de hermenéutica legal sino contra los fines de la ley y la realidad impuesta por la situación actual en la materia ?

Todos estos interrogantes buscaremos de contestarlos sin

abroquelarnos en brillos puramente teóricos sino en la REALIDAD a la que si no atendemos, y pronto, en términos generales pondrá en riesgo nuestra propia ciencia penal tornándola en vetusta e ineficiente, como así en crisis la eficiencia de la represión penal.

Adelanto que no hablo por boca de finalistas o causalistas sino como libre pensador de la ciencia penal capaz de tomar lo bueno de unos y otros sin temor a otorgar razones parciales aunque no comulgue con una concepción o sistema integral de una escuela determinada.

Esta ley es necesario que se la aplique y en toda la extensión que permite su texto, la interpretación teleológica de la misma y la interpretación sistemática con otros institutos del derecho penal positivo vigente y con las reglas y principios que preceden la labor del intérprete de la ley penal.

PROPUESTA:

Esta ley debe aplicarse cotidianamente, sin retaceos o interpretaciones defensistas mal entendidas y también sin mecanismos no ponderativos y liberada del arbitrio judicial sin por ello apartarnos irrazonablemente de la verdadera inteligencia de la ley misma.

Me adelanto a dar respuestas a las seguras réplicas defensistas - no del todo ciertas - de que la sociedad se desprotege porque - se dice - "que los delincuentes entran por una puerta y salen por la otra" y que, en sus extremos, aspiran a que todo imputado sea objeto de prisión preventiva o pena efectiva - mas allá de su culpa acreditada y de las garantías individuales constitucionales - pero, acaso las cárceles resocializan ?. No y por ello reclamo un sinceramiento para buscar un punto de partida que perfeccione la eficacia de la punición penal. Las cárceles, en realidad, son universidades del delito y el imputado que ingresa por hechos menores o que tales hechos menores pueden hacerle perder su libertad condicional o el decaimiento de una condena de ejecución condicional, en verdad, egresan más peligrosos salvo pocas excepciones.

Y, por tanto, un concepto simplista de la defensa social hace que,

en verdad, se desproteja mas la sociedad y se la exponga a más y más graves hechos porque, realmente , la readaptación es magra en sus resultados cuantitativos.

III - LA VERDADERA EXTENSIÓN DE LA APLICACIÓN DE LA LEY.

La ley no es feliz en su redacción y debió expresamente aclarar puntos que no sean **cabos de aferramiento** para complicar o negar su interpretación, su función y su aplicación. Tomaremos lo que más ardorosas discusiones ha causado dando nuestros puntos de vista como **purus hipótesis** para que a las mismas se opongan las necesarias antítesis y acceder a las síntesis que marcan, Hegelianamente, la dinámica en el decurso del pensamiento humano. Veamos. Comenzaremos por : el análisis de esos puntos más controvertidos y que más limitan la concesión del sistema de sujeción del juicio a prueba:

A - LA EXCLUSIÓN DE LOS DELITOS REPRIMIDOS CON PENA ALTERNATIVA O CONJUNTA DE INHABILITACIÓN Y PRISIÓN.

Aquí la tendencia ha sido extender el tipo transformándose el interprete en legislador - violando con ello el principio republicano de división de poderes - y abrogándose las funciones del legislador haciéndole decir, **negando**, lo que la ley no niega.. (76 bis). Esto es bien conocido y se sostiene que cuando el delito está reprimido alternativa o conjuntamente con penas privativas de la libertad e inhabilitación NO CORRESPONDE EL OTORGAMIENTO DE LA SOLICITUD PARA LA CONCESIÓN DEL INSTITUTO. Ello tiene como base la PURA LITERALIDAD del art. 76 bis in fine.

Es cierto que hay Tribunales que han aplicado bien la ley pero la generalidad, en el país, hace lo contrario tomándose con un ritualismo sacramental a una frase de la ley para negar el verdadero alcance de la misma. Esta concepción restringida y atada a la literalidad de la norma tiene las siguientes réplicas :

1ª) Hace decir al legislador lo que no dice pues el art. 76 bis in fine solo se limita a denegar el beneficio cuando la pena ÚNICA sea de inhabilitación pero no cuando esta concurra con la pena de prisión ; si esa hubiera sido la intención del

Legislador debió decirlo expresamente dado que de una limitación del beneficio se trataría ;

2ª) Crearía situaciones incongruentes tal como beneficiar delitos DOLOSOS en detrimento de los culposos como ocurre con las LESIONES DOLOSAS del art. 89 que no exceden de una pena de un año de prisión en detrimento de las culposas (art. 94) que tiene pena de prisión e inhabilitación ; y por tanto , conforme la interpretación restrictiva no correspondería el beneficio en estudio ;

3ª) Por tratarse de una ley penal, su interpretación debe ser restrictiva y, de ningún modo, extenderse los tipos, so color de interpretación, para fundar su denegatoria ; o bien, amplia en favor del alcance y derecho de gozar del instituto ;

4ª) Por tratarse de una institución en favor del imputado toda vez que en su aspecto criminológico, tiende a evitar la estigmatización del mismo, su interpretación debe ser en favor de la concesión. En este aspecto puede señalarse el art. 3ª del Código Procesal Penal de Mendoza, de Vélez Mariconde con notas acordes de Florian y Beling ;

5ª) Porque el propio art. 76 bis da pié a esta interpretación toda vez que se coloca en el supuesto de un delito reprimido con pena de multa aplicable en forma conjunta o alternativa con la pena de prisión, sosteniendo que será condición, además, que se pague el mínimo de la multa. Se dirá, ¿ por que el Legislador no se colocó entonces en el caso de la pena de prisión e inhabilitación ?.

Simplemente, porque NO HACIA FALTA, precisamente, por los criterios o fundamentos antes expuestos y, porque es evidente, que solo tuvo en miras el caso de la ACUMULACIÓN CON LA MULTA por una situación particular: determinar, que en tal caso, será condición, QUE SE PAGUE EL MÍNIMO DE LA MULTA CORRESPONDIENTE ;

6ª) Finalmente, si esa hubiera sido la voluntad del Legislador, sobre todo para establecer una condición denegatoria o condicionante, ASÍ DEBIÓ HABERLO DICHO EXPRESAMENTE y, si no lo dijo, el Juez no puede abrogarse el

papel del legislador usurpando funciones propias de este para, so color de interpretación, violar el principio republicano de división de los poderes escribiendo en el texto legal lo que no escribió el Legislador en sentido denegatorio.

B - LA CONDENA ANTERIOR, SEA EN SUSPENSO O EN EFECTIVO, NO ES ÓBICE PARA EL OTORGAMIENTO DEL INSTITUTO.

La interpretación sistemática del Código Penal en general y de la ley especial así permiten predicarlo. En otros términos, el sistema de sometimiento del proceso a prueba no está atado ni condicionado a la no existencia de una condena anterior. Ello así porque :

1ª) La independencia con el art. 26 se pone de manifiesto en el art. 76 ter penúltimo supuesto toda vez que dice que la SUSPENSIÓN de un juicio a prueba podrá otorgarse por segunda vez si el nuevo delito ha sido cometido después de haber transcurrido ocho años a partir de la fecha de la expiración del plazo por el cual se hubiera suspendido el juicio en el proceso anterior.

Está claro que para la ley especial la condena de ejecución condicional y el sometimiento del juicio a prueba son cosas distintas y una NO condiciona a la otra. En efecto, la condena de ejecución condicional exige PRIMERA CONDENA y el transcurso de los plazos señalados por el art. 27 para la concesión de una segunda condena de ejecución condicional ;

2ª) Se refuerza esta aseveración a partir de que se repare que la condena de ejecución condicional no corresponde para los delitos de reclusión o multa y el sistema de la sujeción del juicio a prueba sí corresponde para los hechos reprimidos con estas especies de pena. Es más aún, la condena de ejecución condicional no corresponde para los delitos reprimidos con pena de inhabilitación y, como lo señaláramos, sí corresponde para el régimen de la ley nro. 24.316 pára los delitos acumulativa o simultáneamente reprimidos con pena de " multa o inhabilitación" (art. 76 bis, 5ª supuesto) e, incluso según nuestra interpretación, con prisión o inhabilitación ;

3ª) No empece a esta conclusión la aparente contradicción que

surge del art. 76 bis, 4ª supuesto en tanto este sostiene que " si las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable" pero, como ya lo hemos visto, NUNCA puede estarse refiriendo al art. 26 IN INTEGRUM pues NUNCA las circunstancias del caso permitirán dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable si el hecho estuviera reprimido con reclusión o multa que son rechazadas por el art. 26 C.P.. En consecuencia LA ARMONIZACIÓN está en la correcta concepción del art. 26 el cual se compone de un elemento " objetivo" primera condena y especie de pena y otro " subjetivo" o personal DEL AUTOR en el CONCRETO hecho cometido y que no son otras que aquellas que demuestren la inconveniencia de APLICAR EFECTIVAMENTE LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD.

A esto se refiere aquella mención - y así - debe interpretarse, armonizada y sistemáticamente el art. 26 y el 4ª supuesto del art. 76 bis. Ya lo sostuve antes, esta institución debe aplicarse ampliamente para cumplir sus fines de política criminal y tampoco de un modo MECÁNICO O NO PONDERADO ; será menester ver si de las condiciones **particulares del imputado y del caso protagonizado hacían conveniente la efectiva prosecución del proceso y la eventual condena.**

4ª) Refuerza también esta conclusión el régimen excarcelatorio de los supuestos de las excarcelaciones obligatorias que, como en el caso del art. 317 inc. 1ª del C.Pr.P. de Mendoza permiten la excarcelación no obstante una condena anterior condicional, sin el transcurso de los términos del art. 27 C.P. , toda vez que por el art. 318 inc. 1ª la condición obstativa es la de no ser " reincidente" y no lo es (art. 50 C.P.) quien no haya cumplido total o parcialmente una condena anterior que, es el caso más común de los condenados en suspenso por imperio del art. 26 C.P.

5ª) Pero voy más allá , y sostengo que aún cuando la condena anterior fuera de cumplimiento efectivo, igualmente correspondería la suspensión del procedimiento a prueba en el caso de un delito nuevo de pena menor y ello así porque NO DEBEN PERDERSE LOS FINES DE LA LEY Y PORQUE ESTA NO LO PROHIBE EXPRESAMENTE. En efecto, ¿ que se gana haciendo perder la libertad condicional de

un penado que no podría gozarla si por el delito nuevo menor RESULTARA REINCIDENTE y por tanto, por el art. 14 no correspondería la libertad condicional ? ¿ se habrían evitado los efectos estigmatizantes de la nueva condena ? ¿ se habría colaborado en DESCOMPRIMIR la superpoblación carcelaria con un penado próximo a irse con ocho meses de prisión cumplidos o los dos tercios de la condena por un nuevo hecho menor al que arbitrariamente, Y NO ESTANDO PROHIBIDO POR LA LEY ESPECIAL, se le negara el sometimiento del proceso a prueba y se le condenara por un hecho menor que le hiciera perder el derecho a la libertad condicional ? (En contra, Julio de Olazábal, " Suspensión del Proceso a Prueba", pág. 62).

Un semejante criterio iría francamente CONTRA EL ESPÍRITU y la RATIO LEGIS DE LA LEY ESPECIAL .

C - LA OPORTUNIDAD DEL PLANTEAMIENTO O SOLICITUD DEL BENEFICIO:

Ricardo O. Sáenz, " La Suspensión a Prueba del Proceso Penal", La Ley, diario del 15/ 07/ 94, sostiene una solución acorde a la contenida en el Proyecto de Código Penal del Ministerio de Justicia que disponía que podía plantearse el beneficio haciendo un distinguo en el art. 76 bis : o durante la instrucción (sostenido en los párrafos 1ª a 3ª del art. 76 bis) o durante el juicio o plenario (a partir del párrafo 4ª del mencionado art.).

Esta postura no es compartida por Olazábal en su obra " Suspensión del Juicio a Prueba", págs. 30 y 31, entre otras razones por cuanto el argumento de aquel autor sacado de la utilización de la palabra " Juez" - para considerar que de ello surge que pueda plantearse en la instrucción - o " Tribunal" para sostener que puede plantearse en el plenario - y cuando menciona que el " Tribunal podrá ordenar la suspensión del juicio" **es objetable**.

Olazábal dice que ese argumento cae en aquellas provincias en que tienen un JUEZ UNIPERSONAL como Tribunal de Sentencia que es ante quien deberá plantearse y decidiría todos los aspectos ; amen de ello, y con razón señala el caso que (como puede ocurrir en el nuevo Código Procesal de la Nación) la instrucción

preparatoria quedará en manos del Fiscal con lo que, el argumento pierde su peso.

Discrepo con el momento a - quo señalado por Rojas y ello POR RAZONES DE ORDEN PRÁCTICO Y DE ORDEN PÚBLICO.

Mis objeciones son las siguientes :

a) El primer proveído o decreto de avocamiento con que se abre la instrucción tiene una calificación del hecho EXCESIVAMENTE PROVISIONAL y está, generalmente precedida por una investigación NO MUY PROFUNDA y NO JURISDICCIONAL en tanto que en la práctica la policía judicial, salvo denuncia ante el Fiscal, es quien realiza una investigación somera y lo mismo acontece con el Agente Fiscal de Instrucción quien requiere la Instrucción formal limitándose a proponer pruebas que deben practicarse ante el Juez de Instrucción o, en el caso de la investigación sumaria en el procedimiento de citación directa a una investigación muy sucinta, relegando tal actividad al Juez Correccional previo al debate oral.

Ello lleva a que el primer proveído instructorio sea muy PREMATURO para fijar en el mismo la atención si se cumple la condición del máximo de pena establecido por los apartados 1ª y 2ª del art. 76 bis y determinar con cierta estabilidad el delito que se imputa.

b) En segundo término , no debe perderse de vista que uno de los fines del proceso penal es la AVERIGUACIÓN DE LA VERDAD REAL y la acumulación de pruebas y la obtención de muchas de aquellas que pueden perderse o borrarse PRONTO EN EL TIEMPO debe ser de realización pronta ; la suspensión del juicio a prueba paraliza el proceso Y PARALIZARÍA LA INSTRUCCIÓN y puede tornar la obstrucción de pruebas indispensables para la investigación que, frente a un eventual incumplimiento de las condiciones impuestas al imputado por el art. 76 ter, haría que el juicio a realizarse luego pudiera estar desprovisto de pruebas indispensables que se perdieran por el **transcurso del tiempo**. Ello perjudicaría no solo al **interés público** en la averiguación de la verdad real sino al **propio imputado** en punto a las garantías de la **defensa en juicio** en su manifestación **del derecho a probar**.

Entiendo que el planteamiento debe hacerse en el plenario o juicio

ESTUDIO JURIDICO DE ORO
Dr. ENRIQUE EDUARDO de ORO.
Dr. EDUARDO ENRIQUE de ORO (h).
Dr. DANTE FELIPE de ORO.
ABOGADOS

máxime cuando, como con acierto lo plantea Olazábal, la reforma al art. 64 del C.P. por el art. 6^a de la ley 24.316 establece claramente lo que **es la instrucción de lo que es el juicio** dejando de lado un viejo debate (ver. Vera Barros, " Prescripción Penal ") sobre si el vocablo " juicio" abarcaba tanto al período instructorio cuanto al plenario para **haber quedado claramente circunscripta al plenario.**

Estimo que la solución debe entenderse en el sentido de que la petición de la suspensión del juicio a prueba debe plantearse **en cualquier momento del juicio**, aún antes del ofrecimiento de pruebas por cuanto, en los sistemas de Instrucción formal la **requisitoria Fiscal** de elevación a juicio viene precedida - y contiene - todas las pruebas y la investigación instructoria y otorga una **solidez** que - sin ser de certeza apodíctica - otorga un mayor grado de **probabilidades positivas** del delito imputado y su pena ; lo mismo cabe decir con el procedimiento de citación directa desde que **el decreto de requisitoria de citación directa** tiene las mismas características y ambas introducen la intimación originaria de la acusación al plenario de un modo bastante completo y concretizado.

En cuanto al juicio oral, una vez producidas todas las pruebas en el debate, al formular el Fiscal su acusación, si esta no contiene una **pena en concreto** superior a los tres años de reclusión o prisión podrá el imputado plantear el incidente - previo a la sentencia y a su propio alegato - solicitando la suspensión del juicio a prueba, bajo las mismas condiciones señaladas por el art. 76 bis 3^a párrafo y, por tratarse de un incidente, el Tribunal podrá resolverlo favorablemente o no según que coincida con la pena peticionada por el Fiscal y la calificación jurídica dada al delito y **si encuentra que concurren** las circunstancias señaladas por el 4^a párrafo del mencionado art. - insistiendo por mi parte que no debe entenderse " la integridad" de la eventual aplicación de la condenación condicional (entre ellas el requisito de " primera condena") sino los OTROS ASPECTOS PERSONALES QUE HACEN AL AUTOR EN ESE HECHO y que INTEGRAN LOS OTROS EXTREMOS QUE INTEGRAN EL ART. 26 C.P. concederla y suspender el juicio - . En este último sentido puede señalarse la sentencia del Primer Juzgado Correccional de la Provincia de Mendoza in

re " Fiscal c/ Luna, Hugo Horacio por incumplimiento a los deberes de asistencia familiar" ; contando el imputado con una condena anterior sin haber transcurrido los plazos del art. 27 C.P. de un mes de prisión por igual delito (Autos nro. 125.045) el beneficio fue concedido ; en el segundo, puede citarse al fallo del Cuarto Juzgado Correccional de la Provincia, Primera Circunscripción Judicial de Mendoza in re " Fiscal c/ Segura Octavio por Lesiones leves Calificadas" (Autos nro.).

D- DELITO REPRIMIDO CON PENA A RECLUSIÓN O PRISIÓN QUE NO EXCEDA DE TRES AÑOS :

Sobre este punto también es ardua la discusión y la LETRA de la ley no tiene respuesta haciendo necesario, por tanto, hechar mano a la interpretación teleológica de la ley : dijimos que la misma persigue, desde el punto de vista CRIMINOLÓGICO evitar al imputado los efectos estigmatizantes de la condena y, desde el punto de vista de la política criminal, busca la disminución del abarrotamiento de las cárceles y de los Tribunales por la acumulación de causas menores.

Si el delito es superior, en su pena en abstracto, a los tres años de prisión pero si el pedido concreto del fiscal no excede de los tres - sea de prisión o reclusión - y el Tribunal de Sentencia comparte la pena peticionada, nada obsta a hacer lugar al beneficio. Si la condena de ejecución condicional procede será, lo repetimos, porque el art. 26 - en su integridad - lo haga viable para lo que será menester que sea PRIMERA CONDENA y concurren las otras condiciones o extremos personales al autor que INTEGRAN el mencionado art. o bien, si ya hubo una primera condena, que hayan transcurrido los términos del art. 27 C.P. Empero, si no concurre la condición de primera condena, igualmente podrá accederse al régimen de suspensión.

Ello así porque condena de ejecución condicional del proceso a prueba y régimen de suspensión del proceso a prueba no deben superponerse ni confundirse un instituto con el otro como dijimos anteriormente :

1ª) Porque la condena de ejecución condicional no corresponde para

ESTUDIO JURIDICO DE ORO
Dr. ENRIQUE EDUARDO de ORO.
Dr. EDUARDO ENRIQUE de ORO (h).
Dr. DANTE FELIPE de ORO.
ABOGADOS

delitos penados con pena de reclusión y la suspensión del proceso a prueba sí ; lo mismo cabe decir con la multa.

2ª) Porque si fuera una condición denegatoria la ley debió decirlo expresamente y no pueden interpretarse extensivamente la ley ni en contra del imputado ni para limitarle o restringirle facultades o beneficios ; expresamente debió exigirse el requisito de primera condena si esa hubiera sido la intención final del Legislador.

3ª) Porque la remisión del art. 76 bis se refiere, precisamente por lo antes señalado, a los otros extremos que contiene el art. 26 que son PERSONALES del autor y en relación con el hecho cometido y que son los que, según el art. 26, demuestran " la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de la libertad" y en el caso del art. 76 bis, **las que demuestren la conveniencia de suspender la realización del juicio y someter al imputado a prueba.**

4ª) Porque tanto ello es verdad que el art. 27 C.P. pone como condición para obtener una SEGUNDA CONDENADA de ejecución condicional el transcurso de determinados términos mientras que el art. coloca como condición para GOZAR DE UNA SEGUNDA **suspensión del juicio a prueba** que el nuevo delito haya sido cometido luego de haber transcurrido ocho años a partir de la fecha de expiración del plazo por el cual HUBIERA SIDO SUSPENDIDO **el juicio en el proceso anterior.** Son dos institutos distintos y no es uno, en su INTEGRIDAD, presupuesto ni condición del otro. Retomando el tema en análisis, la pena a la que se refiere la norma en estudio es la que en concreto peticiona el Fiscal al producir su acusación. Así lo entendió la Segunda Cámara del Crimen de la primera Circunscripción Judicial de Mendoza en los autos nro. 18.374 por el delito de abuso deshonesto cuyo máximo (art. 127 C.P.) supera los tres años señalados por el art. 76 bis, toda vez que está reprimido con una pena máxima de cuatro años de prisión". En igual sentido, Olazábal (Ob. cit., pág. 48) si bien limitando la sujeción del proceso a prueba a la concurrencia de la **integridad** de los contenidos objetivos y subjetivos que ya señalamos contiene el art. 26 C.P., posición que no compartimos, como hemos dicho y

que, por otra parte, no logra explicar porque puede otorgarse la sujeción del proceso a prueba si la pena no supera los tres años de reclusión cuando esta pena no es admitida para la condena de ejecución condicional .

Del modo expuesto entendemos acceder a una interpretación UNITARIA Y ARMÓNICA de la ley 24.316 sin hechar mano a las tesis de un doble régimen para delitos llamados correccionales y otro para los mayores de aquellos de tres años de prisión aferrándose a los términos " condena aplicable" de que se vale el art. 76 bis párrafo 4^a. No se debe mezclar la interpretación sistemática, con la teleológica y la parcialmente literal porque es una interpretación forzada, trabajosa y confusa. El hecho es uno : lo que vale son los fines de la ley que se satisfacen sirviendo la amplitud de interpretación de una ley nacida para LIMITAR problemas de naturaleza criminológica, prácticos y de política criminal y sosteniendo firmemente que no hay tal atadura entre el instituto de la condena de ejecución condicional y el régimen del sometimiento del proceso a prueba pues el requisito de la ausencia de primera condena **no está mencionado expresamente en la ley**, las otras condiciones objetivas de aquel artículo referido a la especie de pena **están expresamente rechazadas por el mismo** en punto a penas que hacen viable la probación y no procedente la condena de ejecución condicional y, por tanto, no cabe otra interpretación armónica que sostener que la referencia del art. 76 bis, párrafo 4^a alude **SOLO A LOS OTROS EXTREMOS QUE CONTIENE EL ART. 26 C.P.** referente a las condiciones PERSONALES DEL AUTOR EN EL HECHO COMETIDO QUE HAGAN CONVENIENTE CONCEDER EL BENEFICIO DE LA SUSPENSIÓN DEL JUICIO A PRUEBA o sea, los elementos SUBJETIVOS QUE INTEGRAN EL REFERIDO ART. 26 C.P.

E - Antes de concluir este enfoque de la ley que nos ocupa en sus aspectos más debatidos y que, todos, marcan la tendencia a limitar indebidamente su aplicación que debe SER AMPLIA, precisamente, **para cumplirla con sinceridad y sin vacilaciones que ocultan su retaceo limitativo**, cabe hacernos cargo de la condición fijada por el art. 76 bis, tercer párrafo del C.P. porque el mismo es otro RECODO en

ESTUDIO JURIDICO DE ORO
Dr. ENRIQUE EDUARDO de ORO.
Dr. EDUARDO ENRIQUE de ORO (h).
Dr. DANTE FELIPE de ORO.
ABOGADOS

que se oculta la voluntad no declarada de limitar la aplicación de una ley de insoslayable cumplimiento si se quiere franca y jurídicamente paliar los graves problemas que pretende solucionar, entre ellos, el anatema y la duda que se levanta en los tiempos modernos sobre la EFICACIA DE LA REPRESIÓN PENAL. Nos referimos " al ofrecimiento del imputado de la reparación del daño" previsto por el párrafo 3^a del art. 76 bis. Este es otro de los aspectos más debatidos de la ley comenzando por la presión que sobre el imputado ejercen las aseguradoras de prohibir cualquier pago o reparación bajo apercibimiento de que la aseguradora se desligue de cumplir el contrato de seguro y asumir la indemnización a que fuera eventualmente condenado el imputado. Esto implica, al par que una actitud francamente reprochable que coarta a aquel el ejercicio de su derecho de solicitar el sometimiento de su proceso a prueba, un desconocimiento sopino de la ley por parte de aquellos entes toda vez que la misma es clara manifestando que el pago que hiciera el imputado " **no implica confesión ni reconocimiento de responsabilidad alguna**" por lo que, los derechos y pruebas de defensa del asegurado y aquellas compañías queda incólume frente al cumplimiento de tal condición. Es más aún, nada quita que el imputado pueda ser declarado irresponsable en sede civil y, aún en el supuesto de incurrir en alguna de las causales de revocación de la sujeción del juicio a prueba, PUEDE RESULTAR ABSUELTO DE LA IMPUTACIÓN PENAL tal como lo prevé expresamente el art. 76 ter.

Otra materia discutible es el MONTO de la suma que el imputado debe ofrecer como reparación del daño. La ley nada dice hablando solo de que la "razonabilidad" quedará a cargo del juez en resolución fundada.

Aquí los criterios imperantes son dos : pretender un ofrecimiento que **cubra el daño acorde a la importancia del mismo** y el otro, por el que nos inclinamos, que sea un ofrecimiento que no tiene porque estar acorde o ser proporcional al monto del daño. Ello es así por los propios términos de los que se vale la ley la que señala que esa reparación **debe ser "en la medida de lo posible"**. Esto es bien diferente a los términos de los que se vale la ley cuando **quiere algo distinto** y así, en materia de fijación de los montos para cubrir la fianza real obligatoria que

impone la ley penal tributaria nro. 23.771 art. 17 en que se vale de términos tales como : "...acorde con..." o "...guardar correlación" con el monto tributario o previsional evadido.

Por lo demás, hay un hecho sintomático que avala nuestra posición y es que la negativa del damnificado **no es óbice a que se conceda el beneficio** disponiendo la ley que (art. 76 bis) **tendrá habilitada la acción civil correspondiente, si el juicio se suspende a prueba.**

En otros términos, la aceptación o no del ofendido por el delito **no tienen poder vinculante** con la decisión del Juez de otorgar o no el beneficio ; **cosa muy distinta debe decirse del dictamen del Fiscal** que si es una condición sine qua non para tal concesión. Esto último se explica porque, como ya lo señaláramos antes, este es un supuesto de sanción del **principio de oportunidad** en donde el Fiscal, titular del ejercicio de la acción material pública de oficio **puede disponer de ella** - en casos señalados por la ley - por oposición al principio de legalidad en que **el ejercicio es continuo** y la eventual opción de instar al sobreseimiento o abstenerse de acusar nada tienen que ver con el principio de oportunidad sino con el hecho de que no se puede perseguir una condena si las pruebas son insuficientes o sea, el Fiscal está obligado a mostrar celo por la justicia y no celo por la condena.

" La razonabilidad" - en consecuencia - debe estar dada por un **equilibrio equitativo** entre el monto del daño y **las posibilidades reales** del imputado conforme a su situación económica porque no se puede pretender que para que logre el beneficio produzca su indigencia o desatienda las necesidades imperiosas de su empresa (costos fijos, cumplimiento de obligaciones contraídas, satisfacción de obligaciones tributarias y previsionales) o de su familia para poderse acoger al beneficio en examen. No se puede llevar al imputado a la quiebra o al incumplimiento a los deberes de asistencia familiar. Así lo ha entendido el Primer Juzgado Correccional de la Primera Circunscripción Judicial de Mendoza in re " Fiscal c/ Luna, Hugo Horacio por Incumplimiento de los Deberes de Asistencia Familiar" quien adeudaba por ese concepto una suma abultada por la acumulación de sucesivos

ESTUDIO JURIDICO DE ORO
Dr. ENRIQUE EDUARDO de ORO.
Dr. EDUARDO ENRIQUE de ORO (h).
Dr. DANTE FELIPE de ORO.
ABOGADOS

incumplimientos en el tiempo , **pago del que fue dispensado** aceptándose un ofrecimiento de verificar **mensualmente en lo sucesivo** la suma de pesos doscientos por mes por tal concepto. El Juez entendió, con buen criterio en nuestro concepto, que se debía dispensarlo por resultarle imposible **verificar tal pago junto con los pagos comprometidos**. Entiendo que esta es la " **razonabilidad**" a que se refiere el art. 76 bis e importa lo que propugno, esto es, **EQUILIBRIO EQUITATIVO** entre el daño causado y las posibilidades **reales** del imputado de repararlo " en la medida de lo posible", como dice la ley.

Finalmente, pensamos que este es un requisito **FORMAL** pero no **ESENCIAL** para el otorgamiento y mantenimiento del beneficio porque en tanto el primero **no es óbice** para que el Juez **otorgue lo solicitado, el cumplimiento de las obligaciones que asume el encartado, conforme a las previsiones del art. 76 ter, SÍ SON ESENCIALES** puesto que su incumplimiento **acareará la no extinción de la acción penal y, no solo ello, sino que recibirá la severa sanción prevista por el art. 76 ter in fine " no se otorgará una nueva sujeción del juicio a prueba respecto de quien hubiere incumplido las reglas impuestas en una suspensión anterior"**.

Empero, no hay que perder de vista que una cosa es que **la no aceptación** por parte de la víctima **no sea obstáculo para la concesión del beneficio y otra muy distinta LAS CONSECUENCIAS** por el incumplimiento del pago ofrecido **Y ACEPTADO :**

1ª - **NO SE EXTINGUIRÁ LA ACCIÓN PENAL** transcurrido el tiempo del período de prueba puesto por el Juez y se realizará el juicio.

2ª - **NO SE ADMITIRÁ UNA NUEVA SUSPENSIÓN DEL JUICIO, EN NINGÚN TIEMPO.**

Sostengo que **en ningún tiempo** porque el supuesto previsto por el art. 76 ter, al que nos hemos referido anteriormente, **DA LA POSIBILIDAD DE UNA SEGUNDA CONCESIÓN** luego de transcurridos ocho años de concedida la primera pero ello **SUPONE** que la primera concesión **FUE CUMPLIDA EN TODAS SUS**

CONDICIONES y, además, no se cometió un segundo delito en cuyo caso la pena que se imponga **NO PODRÁ SER DEJADA EN SUSPENSO**.

Para concluir deseo recordar al célebre Parlamentarista Francés Labrouyere quien manifestaba, como lo hacemos nosotros ahora, que al exponer nuestro pensamiento sobre el punto " no proponemos, ni imponemos sino que solamente exponemos" una interpretación que entendemos puede ser útil y satisfacer más acabadamente los fines de la ley.

También reflexiono en que no pretendo facilitar o premiar al que delinque y puede recibir el beneficio de la sujeción del proceso a prueba **con la amplitud** que expongo solo pienso en sustituir **la pena de encierro penitenciario** que evitaría en mayor medida mi interpretación **POR OTRAS SUBSTITUTIVAS QUE PUEDEN SER TANTO O MAS EFICACES** y que están señaladas en el nuevo art. **27 bis del C.P. y forman EL CONTENIDO DE LA PRUEBA al que se somete al delincuente ; me preocupa más la eficacia VERDADERA de la punición penal por las consecuencias negativas para el sujeto y la propia sociedad que implica la estadía carcelaria por hechos menores o como consecuencia de la recaída en un hecho menor, y muchas veces, de escasa significación** . Por lo demás, la propia ley tiene sus **REASEGUROS Y CONSECUENCIAS** para el imputado que no cumple con la prueba o especies de penas substitutivas que es como entendemos que entrañan **LAS CONDICIONES** que el beneficiario debe cumplir.

Pretendemos que la ley se aplique con la amplitud congruente con sus fines, pretendemos que deje de tener reductos de zonas presunta o realmente obscuras para apoyar en ellas la tendencia a su no aplicación o a su concesión exigua y limitada que la desnaturaliza y, lo que es más grave, que subvierte **sus fines criminológicos, prácticos y de política criminal**. Lo expuesto es solo una tesis que, a buen seguro, recibirá adeptos y críticos; respecto de los últimos **habré logrado mi objetivo** pues estoy convencido que de las antítesis surge la síntesis que marca la dinámica de la evolución en el pensamiento jurídico.

A mi esposa, Mendoza, Octubre de 1996.

ESTUDIO JURIDICO DE ORO
Dr. ENRIQUE EDUARDO de ORO.
Dr. EDUARDO ENRIQUE de ORO (h).
Dr. DANTE FELIPE de ORO.
ABOGADOS