

Análisis crítico de la exclusión de los funcionarios públicos del instituto de la probation

Por

Marina Panick Postan*

Sumario: 1. El instituto de la suspensión del proceso a prueba. Antecedentes. Sanción de la Ley 24.316. 2. El Concepto de Suspensión del proceso a prueba. 3. Diferencia entre la suspensión del proceso a prueba y la "probation" del *Common Law*. 4. Finalidades del instituto. 5. La Función Pública. 6. Problemática de la exclusión de la aplicación del instituto para funcionarios públicos. Análisis de doctrina y jurisprudencia. 7. El sistema de la suspensión del proceso a prueba en el mundo. 8 Conclusión.

Introducción:

1. El instituto de la suspensión del proceso a prueba. Antecedentes. Sanción de la Ley 24.316.

El instituto de la suspensión del proceso a prueba se incorporó al Código Penal el 19 de mayo de 1994 tras la sanción de la ley 24.316.

De las sesiones del debate parlamentario de la Cámara de Diputados, se desprende que la incorporación del instituto a nuestro Código de fondo, es por influencia del *Common Law* norteamericano.

Los estadounidenses incorporaron la *probation* en el siglo XIX, como respuesta a un problema social que percibían referido a las negativas consecuencias que producía en sus ciudadanos la pena de prisión por la comisión de delitos menores.

En este sentido, cabe destacar el mensaje emitido por el Poder Ejecutivo, con fecha 12 de agosto de 1992, por el cual el Dr. Carlos S. Menem -en ese entonces

* Se graduó de abogada en la (UCES) en el año 2012, recibió mención "Premio a la Excelencia Académica 2011" del Colegio de Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Actualmente se encuentra cursando un Programa de Postgrado en Derecho Penal en la Universidad de Palermo, y se desempeña como Prosecretaría Coadyuvante de la Defensoría Oficial en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 2. Ha participado en diversas Jornadas y Talleres de su especialidad.

Presidente de la Nación- sugería la incorporación del instituto al Código Penal. Allí sostuvo que: "Sin embargo, con frecuencia, los delincuentes primarios y ocasionales no manifiestan peligro de volver a delinquir, por lo que frente a ellos no son necesarias, ni la intimidación ni la resocialización, ni la inocuización." (...) "En este sentido; la propuesta que elevamos a consideración de vuestra honorabilidad, intenta reforzar la función judicial de prevención especial respecto de quien participó en un hecho delictivo".

Ergo, nuestro país, en un intento por aplicar la solución extranjera al problema local, hizo propias las reglas norteamericanas correspondientes a lo que dieron por llamar "*probation*". Tal es así, que las aplicaron a las disposiciones normativas de nuestro código.

2. El Concepto de la Suspensión del proceso a prueba.

El 4 de mayo de 1994, en el marco de las sesiones parlamentarias de la Honorable Cámara de Senadores, el Senador Augusto Alasino definió al instituto de la siguiente manera: "Según esta figura, declarando o sin declarar la culpabilidad, se suspende el juicio o proceso a prueba de la conducta del imputado. Esto es lo que se conoce como *probation* o suspensión a prueba del acusado".

Actualmente, y luego de casi veinte años de aplicación en la Argentina, se ha redefinido al instituto de la siguiente manera: "La suspensión del proceso penal a prueba –del modo en que está regulada en el derecho penal argentino- es un supuesto de paralización temporal del ejercicio de la pretensión punitiva del Estado, que puede disponerse a pedido de la persona sometida a proceso penal, por el cual se impone a esta última el deber de cumplir con ciertas condiciones durante un período de tiempo, de modo tal que si el imputado cumple satisfactoriamente con ellas se extingue la acción penal, mientras que el trámite procesal continúa su curso en caso de serio e injustificado incumplimiento de esas condiciones".¹

En el mismo sentido, Vitale afirma que "La suspensión del proceso penal a prueba constituye una manifestación del principio de oportunidad procesal (reglado por la ley y sujeto a un control judicial formal). Ella consiste en la paralización del trámite del proceso penal iniciado en contra de una persona, durante un cierto lapso. Dicha paralización tendrá lugar en la medida en que concurran en el caso las condiciones de admisibilidad previstas en la ley. En el

¹ Vitale, G., (1996). *La Suspensión del Proceso Penal a Prueba* (1° Edición). (p. 25). Buenos Aires: Editores del Puerto.

transcurso de ese período el imputado deberá cumplir con la condición primordial de no cometer delito alguno”.²

Por su parte, D’Alessio y Divito conceptualizan al instituto “...como una forma de extinción de la acción penal respecto del imputado que cumplió con determinadas reglas de conducta durante un período de prueba fijada por el tribunal que la concedió, siempre y cuando se reúnan los requisitos legalmente establecidos”.³

En palabras de Aboso, “La suspensión del juicio a prueba es una verdadera causa de extinción de la acción penal, junto a las previstas por el art. 59 del Cód. Penal, conforme surge del cuarto párrafo del artículo 76 ter. Así lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia al expresar que: “La finalidad de quien requiere la suspensión del juicio a prueba no es la de obtener una sentencia absolutoria, sino la de no seguir sometido a proceso mediante la extinción de la acción penal” (causa N° 274 “Padula, Osvaldo Rafael y otros s/defraudación”, del 11/11/97 -La Ley, 1998-B, 483”).⁴

Desde una opinión decididamente opuesta, Manchini sostiene que “...la *probation* transforma a la víctima en un damnificado que jamás logrará la justa reparación. Difícilmente, verá en su tiempo de vida útil satisfecho el daño que le han causado los delincuentes que vivirán en paz y resguardados por los beneficios que las normas jurídicas les otorgan mientras que a la víctima sólo le quedará el sabor amargo que traduce el hecho indudable de que la ley se ha olvidado de sus padecimientos”.⁵

Esta descripción, parece opuesta a los pilares del derecho penal moderno. En el estudio de esta ciencia, nunca debe tomarse como punto de referencia la reparación del daño para la víctima. De allí que la opinión de la víctima para la concesión del instituto no resulta vinculante.

Explica Castex que, “La reafirmación del papel de la víctima en el proceso penal no puede interpretarse como una nueva concepción del derecho penal tendiente a sustituir el *in dubio pro reo* por el *in dubio pro victima*, tal como parece

² Vitale, G., (2007). Comentario a los artículos 76 bis a quater. En *Código Penal y Normas Complementarias Análisis de Doctrina y Jurisprudencia. Parte General* (p. 446). Buenos Aires: Hammurabi.

³ D’Alessio, A. y Divito, M. (2009). *Código Penal de la Nación, Comentado y Anotado. Parte General. Tomo I* (2ª Edición Actualizada y Ampliada). (p. 1091/1092). Buenos Aires: La Ley.

⁴ Aboso, G.E. (1998). “Suspensión del juicio a prueba: el límite de tres años de prisión o reclusión como condición de su viabilidad en la jurisprudencia. A propósito del plenario “Zalazar” de la Cámara Criminal de Santa Fe”, en www.laleyonline.com.ar.

⁵ Manchini, H. (septiembre 2011) “La suspensión del juicio a prueba”. En www.laleyonline.com.ar.

sugerir Beristain. Este autor sostiene que "este travestir el *in dubio pro reo* en el opuesto *in dubio pro victima* parece que cambia radicalmente la cosmovisión humanista del cristianismo exotérico, pero, en cierto sentido, mantiene y consolida lo fundamental: la exigencia *sine qua non* de la reparación satisfacción".⁶

Máxime, cuando el artículo 76 bis a estudio, postula que el imputado deberá ofrecer una reparación en la medida de sus posibilidades, si la misma no satisficiera el daño padecido por la o las víctimas, ello no debe obstar a la concesión de la suspensión de juicio a prueba.

Con mayor razón, el artículo precitado enuncia que si la víctima no aceptase la reparación del daño ofrecida por el imputado, quedará habilitada para ejercer la acción civil correspondiente.

En virtud de ello, resulta acertado conceptualizar el instituto en primer lugar como un derecho que asiste al imputado y no como un beneficio que se le concede tal como sostiene parte de la doctrina.

No debe soslayarse la opinión de Vitale, en cuanto sostiene que la suspensión del proceso a prueba es un modo de paralizar el proceso penal.

También se juzga acertada la opinión de Aboso, en cuanto sostiene que es una verdadera causa de extinción de la acción penal.

Aclarada la cuestión, resulta fundamental diferenciar -tal como se explicará en el siguiente punto- la *probation* que se aplica en el *Common Law* del instituto regulado en nuestro Código de fondo.

3. Diferencia entre la suspensión del proceso a prueba y la "probation" del Common Law.

Si bien no quedan dudas de la influencia del derecho anglosajón en la creación de los artículos 76 bis/quater de nuestra legislación, es dable resaltar las diferencias sustanciales que presentan uno y otro sistema.

En el ámbito local, para su procedencia, es necesario que al momento de la solicitud no se haya celebrado aún la audiencia de juicio.

El solicitante debe cumplir con ciertos requisitos subjetivos, en tanto que el delito imputado a su vez debe verificar otros requisitos objetivos.

⁶ Castex, F. (septiembre 2010). "La Autonomía del Querellante", en www.laleyonline.com.ar.

La normativa local vigente, dispone que la suspensión del proceso a prueba debe ser solicitada por el imputado, y *prima facie* requiere el consentimiento fiscal para que sea concedido por el magistrado interviniente.

Verificadas las condiciones de procedencia, el Juez concede la suspensión del proceso y somete al solicitante a prueba, por un plazo no menor a un año y no mayor a tres. Asimismo, se le imponen algunas de las reglas de conducta enunciadas en el artículo 27 bis del Código Penal.

El artículo precitado enumera ciertas pautas que son de aplicación para los casos de condena condicional pero que resultan a su vez funcionales al instituto en estudio, tal como lo indica el artículo 76 *ter*.

Según la opinión de Márquez, no existe diferencia entre el término *probation* y el de suspensión del proceso a prueba, en tanto que "La *probation* es un procedimiento legal mediante el cual una persona sospechada de tener participación en la comisión de un delito llega a un acuerdo con el representante del Estado en el ejercicio de la función judicial (el juez). El juez le promete mantener en suspenso el procedimiento a cambio de que el sospechado de delito cumpla durante un tiempo determinado (período de prueba) con las condiciones impuestas por el tribunal para lo cual se lo somete a control. De cumplirse este acuerdo, la consecuencia será la desvinculación total y definitiva de la persona en cuestión del problema penal que lo involucraba".⁷

Por otra parte y de manera muy distinta, en el *Common law* americano se define a la *probation* como "... **a una sentencia** por medio de la cual un acusado no va a prisión sino que se lo deja en libertad bajo la supervisión de un oficial especial llamado *probation officer*. Los estados prohíben esta sentencia para ciertos tipos de delitos graves. Asimismo, el acusado se compromete a cumplir con ciertas condiciones, tales como no portar armas, no consumir drogas ilegales, obtener un empleo y **contactarse regularmente con el *probation officer***. La *Probation* se establece por un período cierto de tiempo, como por ejemplo, un año. Si el acusado no cumple con las condiciones establecidas para su *probation* durante dicho período, se le puede revocar su *probation* y enviarlo a prisión. Para revocar una sentencia de *probation* es necesario llevar a cabo una audiencia en la que se establezca que efectivamente hubo un incumplimiento".⁸

⁷ Márquez, A. (2003). "La *Probation* como Medio Alternativo de Solución de Conflictos". En *Suspensión del Juicio a Prueba, Perspectivas y Experiencia de la Probation en Argentina*. (1° Edición, p. 129). Buenos Aires: Lexis Nexis – Depalma.

⁸ Clarkson, et al. (1998). *West's Business Law*, Topic 5. (p. 33/34).

En el mismo sentido Marino, citado por Vitale, sostiene que “*Probation*” implica, **previa constatación de la culpabilidad de un acusado**, un acuerdo entre el Estado y aquel mediante el cual el primero, promete mantener en suspenso el pronunciamiento de una sentencia de prisión a cambio de que el segundo cumpla, por un lapso determinado ... con ciertas condiciones impuestas por la ley y el tribunal, sometiéndose durante dicho período a control de un oficial de *probation* (*officer-probationer*). Si la prueba se cumple de manera satisfactoria, entonces se extingue la acción penal sin registros respecto de su culpabilidad. En cambio,... en el caso de revocación continúa en juicio hasta el dictado de la sentencia y, eventualmente la ejecución de la pena.⁹

Con estas definiciones se puede advertir claramente la diferencia sustancial que existe entre nuestro sistema y el del *Common Law*, en la cual el único beneficio para el probado consiste en dejar en suspenso precisamente la ejecución de la condena privativa de libertad, a cambio de comprometerse a cumplir ciertas reglas de conducta, y estas pautas serán regularmente fiscalizadas por un oficial designado al efecto.

En nuestro país, cuando se solicita la aplicación del instituto, lo que se busca en definitiva es la paralización del proceso. Las actuaciones detienen su curso y el imputado evita ser sometido a una audiencia de debate oral y público.

En otro sentido, el sistema de *probation del Common Law* prevé que el imputado se someta a la supervisión rigurosa de un oficial de *probation*. En cambio, en nuestra suspensión del juicio a prueba, si bien en la mayoría de los casos el tribunal establece como regla de conducta que el encausado fije residencia y se someta al cuidado de un patronato (inciso 1ro. del art. 27 bis del C.P.), la realidad es que no se trata de un requisito *sine qua non* para su concesión.

El sometimiento riguroso del probado a un oficial de *probation* en el sistema norteamericano responde por un lado, a que ese país destina un importante presupuesto a la correcta aplicación del instituto, y por otro al objetivo que se persigue con su concesión, que es evitar una pena privativa de la libertad, la que resulta perjudicial tanto para el imputado como para la sociedad.

A nivel local en cambio, el presupuesto y los recursos que se destinan al patronato de liberados resultan escasos, lo que dificulta el cumplimiento de los fines por los cuales fue incorporado a nuestra legislación.

⁹ Vitale, G. ob. cit., (p. 33).

4. Finalidades del instituto.

La finalidad del instituto, guarda íntima vinculación con el origen que poseyó en la Argentina la incorporación al código de fondo. Debe recordarse que durante las sesiones de debate parlamentario del año 1992, la inquietud principal de los legisladores había sido intentar subsanar los graves perjuicios que generaba para la sociedad y especialmente para los delincuentes primarios el ser privados de su libertad por cortos períodos de tiempo.

La reinserción social de éstos, resultaba en la mayoría de los casos infructuosa, lo que los llevaría a delinquir nuevamente.

No podemos desconocer, que el hecho de que un sujeto registre antecedentes penales, genera en la sociedad un rechazo absoluto y una sensación de desconfianza para con el ex convicto –estigmatización primaria–.

Además, no debe soslayarse que el paso por un establecimiento penitenciario genera indefectiblemente un daño psicológico irremediable para el sujeto, criminológicamente denominado “etiquetamiento”.

Vale la pena citar el voto del Juez Hornos en el caso “Norverto”, por cuanto consideró que *“...Desde la perspectiva teleológica, en cuanto a las cuestiones de política criminal que orientaron la incorporación del instituto en estudio al código de fondo, mediante la ley 24316 (su agregado fue anunciado por el artículo 293 del CPPN en 1991) debe considerarse que la reforma operó en el contexto de un movimiento de simplificación procesal y de alternativas al encierro carcelario tradicional, lo cual surge con claridad del mensaje de elevación del Poder Ejecutivo al Congreso Nacional (“Antecedentes Parlamentarios”, año 1994, N° 2, Ley 24316- Probation, “La Ley”, pág. 18). A ello resulta útil agregar lo dicho por el miembro informante (Alasino) en el debate parlamentario del Senado de la Nación en tanto remarcó que “...lo que pretende este instituto es atender a cada delincuente primario, ocasional o que comete un delito una sola vez en la vida”, incluyendo expresamente “la situación de aquellos delincuentes que en determinados delitos culposos terminan siendo condenados porque las circunstancias del caso lo conducen a una condena siendo que tal vez nunca más esa persona vuelva a cometer un delito” (“Antecedentes...”, cit., pág. 58)”*.¹⁰

Precisamente, para evitar colmar a los establecimientos penitenciarios de delincuentes primarios, es que se incorporó al Código de fondo la suspensión del proceso a prueba.

¹⁰ C.N.C.P., Sala IV, “Norverto Jorge B.”, del 30/06/2009, Lexis N° 70055878.

En este mismo sentido, Pagano y Ramponi sostuvieron que *“con la suspensión del proceso tenemos la oportunidad de dar tratamiento adecuado, de apartarnos de la condena y de la estigmatización que ella conlleva; tenemos la oportunidad de ayudar a un ser humano, controlándolo y asistiéndolo”*.¹¹

Es decir, la finalidad del instituto delimita el ámbito de actuación “no coactivo” que desplegará el Estado frente a determinados sujetos que pueden darse a llamar “delincuentes primarios”, y que son susceptibles de suspender el proceso a prueba.

5. La Función Pública.

A los fines de delimitar el alcance de la restricción que se desprende del séptimo párrafo del artículo 76 bis del Código de Fondo, resulta necesario definir la eficacia que posee a los efectos penales el concepto “función pública”.

Si se parte de que todo sujeto que realice o ejerza la función pública debe ser rotulado como funcionario, se estaría arribando a una conclusión apresurada.

Con ese criterio, cualquier persona que haya celebrado -ya sea de manera habitual o eventual- un contrato con el Estado o más aún, haya ejercido en su nombre o a su servicio de manera gratuita u honorífica alguna actividad que pueda ser encuadrada dentro del concepto de ‘función pública’, se vería excluido de la posibilidad de acceder a la concesión de un derecho tan elemental.

Con ello, podría afirmarse que en principio quien se vea conexo en alguna de las modalidades mencionadas *ut supra* con algún organismo estatal, se encontraría en una situación desfavorable, en términos penales, por el solo hecho de ejercer alguna función pública.

Entiendo que este cercenamiento en los derechos obedece a que el legislador, motivado por un sentido de protección por el Estado, intentó resguardar el sistema republicano de gobierno -previniendo la delincuencia en la administración central-, con el fin de preservar los fondos públicos.

A simple vista, se advierte que lo que ha intentado lograr el parlamentario con esa redacción es evitar todo tipo de fraude o estafa a la administración, en tanto que ha tomado todas las medidas posibles tendientes a preservar el erario.

¹¹ Pagano, C. y Ramponi, A. M. (2003). “Experiencia en la Ciudad de Buenos Aires”. En David, Pedro R. y Fellowes, Brian (dirs.). *Suspensión del Juicio a Prueba, Perspectivas y Experiencia de la Probation en Argentina*. 1° Edición, (p. 199). Buenos Aires: Lexis Nexis – Depalma.

Es que si bien el fin de la exclusión de quienes ejercen funciones estatales se encuentra debidamente motivado, cabe preguntarse si en la aplicación al caso concreto se verifica el fin propuesto por la normativa, o si por el contrario alcanza únicamente a funcionarios de escasa jerarquía.

Sobre el alcance del término en cuestión sostiene Vincenzo Manzini, que en estos delitos está en juego el interés público concerniente al normal funcionamiento y al prestigio de la Administración en sentido lato, en lo atinente a la probidad, desinterés, capacidad, competencia, disciplina, fidelidad, seguridad, libertad y decoro funcionales, así como el respeto debido a la voluntad del Estado, en orden a determinados actos o relaciones de esa misma administración.¹²

Por su parte, según Cincunegui y Cincunegui la confianza pública debe ser uno de los bienes sociopolíticos principales tutelados por la ley.

En efecto, de la realización de actividades o tareas públicas y el ejercicio de funciones o potestades públicas, depende en gran medida la confianza pública, especialmente respecto de aquellos que deben interpretar, administrar, aplicar y ejecutar las leyes que regulan las actividades a su cargo. Siguen diciendo que *"...la reputación de las instituciones republicanas depende no sólo de la aplicación objetiva de las leyes sino de la conducta de los funcionarios, agentes y empleados públicos, la que deberá sustentarse en forma permanente en los principios éticos y morales en los que se basa la vocación de servicio para proteger y evitar contrariar el interés público cuya protección, promoción, o defensa le sea asignada o se encuentre comprometida en sus acciones"*.¹³

Previo a efectuar cualquier juicio de razonabilidad sobre la norma, debe delimitarse el alcance del término funcionario público, el cual se desprende del artículo 77 del Código Penal, cuyo texto no hace una distinción entre los conceptos de "empleado" y "funcionario público"; muy por el contrario los asimila y define de manera unívoca como *"a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente"* (el resaltado es propio).

En efecto, una parte de la corriente administrativista disiente de la redacción de la norma transcrita *ut supra*, en tanto y en cuanto diferencia ambos conceptos, tomando en cuenta las consecuencias que produce al Estado el actuar de uno y otro agente.

¹² Villada, J. (1999). "Delitos Contra la Administración Pública", Lexis Nexis. En www.abeledoperrot.com.

¹³ Villada, J. ob. cit.

Bielsa, diferencia ambos cargos de la siguiente manera: “el funcionario decide, representa la voluntad del Estado, mientras que el empleado ejecuta, realiza comportamientos materiales para llevar a la práctica las decisiones de los funcionarios”.¹⁴

Marienhoff, entiende que la diferencia conceptual de funcionario público y de empleado público, debe considerarse desde dos puntos de vista: uno amplio, referido al Estado en general, y otro limitado referido a la Administración Pública en particular.

Según la tesis amplia, funcionario público y empleado público es toda persona que realice o contribuya a que se lleven a cabo funciones esenciales y específicas del Estado, es decir sus fines públicos propios.

Desde el punto de vista restringido, funcionario público y empleado público es toda persona que, con las modalidades a que me referiré más adelante, realice o contribuya a que se realicen funciones esenciales y específicas propias de la “Administración Pública”, considerada ésta en sentido sustancial, material u objetivo.

Por tanto, en los conceptos de funcionario y empleado público quedan incluidas todas las personas que desempeñen o contribuyan a que se realicen funciones “administrativas” propiamente dichas, por cualquiera de los tres órganos esenciales del Estado.

En este mismo sentido, Gordillo considera que esa diferenciación fundada en el supuesto poder decisorio dista mucho de tener sustento jurídico o real, ya que no es posible hallar agente alguno de la administración que tenga por función exclusiva la de decidir o la de ejecutar, pudiendo en consecuencia ser claramente señalado como funcionario o empleado de acuerdo con el criterio de aquella doctrina. Ningún agente de la administración tendría la calidad exclusiva de “funcionario” o “empleado”. Todos serían, al mismo tiempo o alternativamente, tanto lo uno como lo otro.

Volviendo a la restricción emanada del artículo 76 bis, entiendo que la misma se dirige a aquellos funcionarios que por su función, poseen acceso al presupuesto estatal, o cuyas decisiones tuvieran magnitud suficiente para atentar contra la Administración Pública Nacional.

Desde la óptica de la doctrina penal, Núñez de manera sintética sostiene que la participación o ejercicio de las funciones públicas existe cuando el Estado

¹⁴ Bielsa, R. (1965). *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, (6° Edición). En *Tratado de Derecho Administrativo* (2009). Recuperado en www.gordillo.com (enero 2014).

ha delegado en una persona la facultad de formar o ejecutar la voluntad estatal para realizar un fin público¹⁵.

Por otra parte, señala que el concepto de "empleado" presupone la falta de participación en la función pública, a *contrario sensu* de lo normado en 77 del CP.

En esa línea de pensamiento, la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal tiene dicho: "...la calidad de funcionario público debe buscarse, en el ámbito del derecho penal, no tanto en el carácter de la relación o instrumento que lo liga a una dependencia de la administración pública centralizada o descentralizada, sino más bien en las características de la función que desempeña para aquellas (conf. en este sentido: causa 29.140 "Conforti, Christian y Maffioli, Daniel", resuelta el 13/11/1997, reg. 959 y sus citas)".¹⁶

Es dable concluir que si bien el citado artículo equipara ambos términos, la jurisprudencia se ve en la obligación de analizar en cada caso que se plantea, el efectivo ejercicio de la función pública y el grado de afectación a la misma que el agente ha desplegado en su actuar.

Es decir, que el tribunal debe verificar si el imputado ha participado accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente, analizar qué cargo ocupa el agente dentro del organigrama estatal, y cuáles son las funciones que efectivamente ha delegado el Estado en él.

Verificado ello, cabe preguntarse si el actuar ilícito desplegado en el caso concreto se vincula –nexo causal– con las decisiones que pudo haber tomado el agente conforme a su función.

Debe existir un grado de certeza tal, que certifique que el sujeto activo sólo pudo haber cometido el ilícito gracias a su condición de funcionario público y en ocasión del ejercicio de sus funciones, corresponde excluir al agente estatal encausado del acceso a una suspensión del proceso a prueba, tal como lo establece la normativa vigente.

¹⁵ Nuñez, R. C. (1970). "El significado del concepto de 'funcionario público' en el Código Penal". (p. 545). En JA Doctrina.

¹⁶ C.N.C.F, Sala I, "Tezón Cuartango, Ana L.", del 23/10/2003. En Lexis N° 70025174.

6. Problemática de la exclusión de la aplicación del instituto para funcionarios públicos. Análisis de doctrina y jurisprudencia.

Tal como surge del párrafo séptimo del artículo 76 bis del Código Penal, "No procederá la suspensión del juicio a prueba cuando un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, hubiese participado en el delito".

La teoría restrictiva, sostiene que no corresponde la concesión del instituto a ninguno de los autores del delito cuando en él hubiese participado un funcionario público que hubiera actuado en ejercicio de sus funciones.

Los defensores de esta tesis minoritaria, se limitan a realizar una interpretación literal de la norma haciendo extensivas las consecuencias restrictivas a todos los partícipes del hecho, sin perjuicio de que sea solo uno de ellos, el que ostente la condición de funcionario público.

Partidario de esta posición, es De Olazábal, quien interpreta sobre el alcance del séptimo párrafo del artículo 76 bis del Código Penal, que "Surge claramente una referencia al hecho en el que participó un funcionario público, y no a la participación de un funcionario público en un hecho".¹⁷

En este mismo sentido escribe Pessoa, "La norma es clara en un aspecto, en lo que surge del texto en cuanto veda el camino del beneficio. Puede surgir un interrogante y es éste: ¿qué sucede si interviene en el hecho otra persona que no reviste tal calidad? Este otro sujeto ¿Puede solicitar el beneficio? Respondo negativamente invocando como razón la redacción de la ley penal; ella dice "no procederá la suspensión... cuando un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones hubiese participado en el hecho", por lo que hace pensar que veda el camino de la suspensión con respecto al hecho. Si hubiese querido limitar al funcionario, es obvio que la redacción debió ser otra; cuando la ley quiere gravar o favorecer situaciones en función de calidades personales usa expresiones que denotan tal sentido, por ejemplo, arts. 185, 279, etc".¹⁸

Sintetiza la cuestión el voto minoritario de la causa "Rabinovich": "...En efecto, si la ley ha querido excluir la posibilidad de suspensión del proceso a prueba en delitos en los que participa un funcionario público en ejercicio de sus funciones, con independencia de las calidades de otros partícipes, esto constituye una elección en el ámbito discrecional de la política criminal que lleva adelan-

¹⁷ De Olazábal, J. (1994). *Suspensión del proceso a prueba*, (p. 59/60). Buenos Aires: Astrea.

¹⁸ Pessoa, N. (1995). *Suspensión del juicio a prueba: esquema de un análisis de la ley 24316*. En Lexis N° 0003/001891.

te el Congreso, que no puede ser objeto de censura por los jueces, salvo caso de tratamiento arbitrario y discriminatorio...".¹⁹

Afirman que corresponde negar la posibilidad de suspender el proceso a prueba a cualquier funcionario público que hubiera ejecutado un ilícito, solo por su condición de tal, sin hacer extensiva dicha negación a los eventuales consortes de causa que no revistan carácter de funcionario público.

De este modo, la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional al resolver en la causa "*Francescanegli*", confirmó el punto primero del auto que no hizo lugar a la concesión del beneficio de la suspensión del proceso a prueba solicitada por la defensa, sosteniendo que "Sin entrar a analizar el fondo de los cuestionamientos introducidos por el recurrente, cierto es que el imputado en autos, teniendo en cuenta su profesión -integrante de una fuerza de seguridad- es un funcionario público, tal como se desprende del concepto que esgrime el párr. 4º art. 77 CPen., tal extremo impide el otorgamiento del instituto que se solicita, al hallarse expresamente prevista su imposibilidad en el art. 76 bis CPen. e independientemente de la posición asumida por el Ministerio Público, la cual, en este caso concreto, es negativa".²⁰

En el mismo sentido, se ha pronunciado la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal al anular una resolución que concedía la suspensión del proceso a prueba respecto de tres funcionarios de AFIP: "...dado que la oposición fiscal a la concesión del beneficio se encuentra debidamente fundada en razones válidas de política criminal, al hacer suyos los fundamentos dados por el Procurador General de la Nación en la resolución PGN n° 97/09 en lo que respecta a los delitos de corrupción y su aplicación al caso, al sostener que es a todas luces manifiesta, la magnitud, seriedad, gravedad y complejidad de los hechos objeto de autos, teniendo en cuenta que consortes de causa se valieron de su posición y roles institucionales en la AFIP-DGI, para tratar de concretar su cometido espurio, incluso a través de interpósitas personas ajenas al organismo, su postura era vinculante".²¹

La Sala II de la Cámara en lo Penal de San Salvador de Jujuy, por su parte, resolvió en apoyo a esta tesitura denegar la aplicación del instituto de la suspensión del proceso a prueba solicitado por una médica imputada de homicidio culposo -que desempeñaba funciones en el Hospital Jorge Uro de la ciudad

¹⁹ Voto en disidencia del doctor Gettas, J. H., TOF n° 1, "*Rabinovich, Leonardo s/ art. 265 CP*", causa 1535, del 27/6/2011, inédito.

²⁰ C.N.C.C, sala IV, "*Francescangli, Nicolás J*", del 04/09/2001, Lexis N° 60002204.

²¹ CNCP, Sala IV, "*Fantini, Stella Maris; Niveyro Sacco, José Ramón y Suárez, Jorge Eduardo s/ recurso de casación*", del 8/4/11.

de La Quiaca, Provincia de Jujuy. Es así que los integrantes de la Sala por mayoría y aplicando taxativamente lo normado por el inciso 7° del artículo 76 bis del Código Penal resolvió rechazar el pedido, alegando que en su carácter de funcionaria pública se le debía vedar la posibilidad de acceder al instituto en cuestión.

En sus partes pertinentes el Juez preopinante (Luis Ernesto Kamada) sostuvo que: "De la lectura de ambos textos surge evidente que la peticionante, en oportunidad de producirse el hecho que se denuncia, revestía la calidad de funcionaria pública, toda vez que realizaba las prestaciones inherentes a su profesión en el ámbito de un hospital público, como médica a cargo de la guardia del Hospital "Jorge Uro" de la ciudad de La Quiaca".

(...) "Siendo ello así, no cabe sino concluir que el séptimo párrafo del art. 76 bis del Código Penal no hace distinción alguna en relación a los funcionarios excluidos de su aplicación. En primer lugar, la preceptiva legal es categórica, toda vez que dispone que cuando quien participe del injusto sea un funcionario público, entendido ello en los términos del art. 77 del Código Penal, según se ha dicho, el beneficio de suspensión de juicio a prueba "no procederá". En segundo lugar, tampoco es posible soslayar la circunstancia de que a la procesada se le adjudica la presunta comisión de un ilícito "en el ejercicio de sus funciones", extremo que surge de la descripción del hecho por el que viene a juicio".

(...) "En consecuencia, a la luz del elemento gramatical, la disposición no ofrece problemas interpretativos de ninguna índole, correspondiendo concluir que la suspensión del juicio a prueba no procede en este caso".²²

En el plenario "Kosuta", la Cámara Nacional de Casación Penal delineó las pautas que en adelante deberían darse en el tratamiento del instituto en cuestión. Se dijo allí que "...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". (...) "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

²² Cámara Penal de San Salvador de Jujuy, Sala II, "A. M. P. y M. L. CH. p.s.a. de homicidio culposo, La Quiaca - Departamento Yavi", del 22/12/2011, MJJU-M-70330-AR | MJJ70330 | MJJ70330.

a lo taxativamente previsto en el dispositivo jurídico e interpretarse en forma restrictiva y no de modo amplio o extensivo”.²³

En esta misma línea de pensamientos, la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal se ha pronunciado en el caso “Spitzer” denegando la suspensión del proceso a prueba a quienes habrían cometido el presunto ilícito. En el fallo, se realiza una interesante analogía con el artículo 67 del Código de fondo respecto a la prescripción cuando el delito fuera cometido por funcionarios públicos: “Ambas normas impiden la aplicación de sendos beneficios a los particulares partícipes de hechos cometidos junto a funcionarios públicos en el desempeño de su rol”.²⁴

La misma Sala, ha resuelto recientemente en el caso “Kepalas” que: “...para que opere la limitación que prevé la norma en su séptimo párrafo, debería considerarse y argumentarse que su actuación en la maniobra investigada fue en connivencia o complicidad con aquéllos, mientras ejercieron abusivamente sus funciones”.²⁵

Afortunadamente, la mayor parte de los tribunales inferiores se apartaron de dicho decisorio. A ello debe agregarse que a partir de los precedentes “Acosta, Alejandro Esteban” y “Norverto, Julio Braulio” de la Corte Suprema, ha quedado sentado el criterio amplio que poseía nuestro máximo Tribunal frente a la procedencia de la suspensión del proceso a prueba.

Ahora bien, recientemente, la Corte ha modificado el criterio sentado en los precedentes precitados respecto de la interpretación amplia que debían dar los tribunales inferiores al instituto de la Suspensión del Proceso a Prueba. Puntualmente, en el caso n° 14.092 “Góngora, Gabriel Arnaldo s/ Recurso de hecho deducido por el Fiscal General de la Cámara Federal de Casación Penal”, resuelto el 23 de abril del año 2013, se estableció que en aquellos casos donde se suscitara un hecho en un contexto de violencia doméstica, no cabría la aplicación del instituto en estudio, alegando que de lo contrario el Estado Nacional no estaría cumplimentando la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (“Convención de Belem do Pará”, aprobada por la ley 24.632).

²³ CNCP, en pleno, “Kosuta, Teresa R. s/ casación”, del 17/08/1999, LL 1999-E (p.165).

²⁴ CNACCF, Sala II, causa 30.829, “Spitzer, Marcos A. s/ suspensión de proceso a prueba”, del 17/10/2011.

²⁵ CNACCF, Sala II, causa 32819 “Kepalas, Gabriel Eduardo y otros s/ suspensión del juicio a prueba”, del 27/5/2013.

Es decir, que a partir de este emblemático fallo, los Jueces inferiores se verían obligados a restringir la procedencia del instituto en casos de estas características, lo cual contradice claramente el criterio que había sentado hacia el año 2008.

En otro orden de ideas, la tesis amplia sostiene que la restricción prevista en el artículo precitado alcanza exclusivamente a los funcionarios públicos que hubieran participado de un ilícito en el ejercicio de sus funciones.

En efecto, comparto *prima facie* el criterio delineado por la tesis amplia, por cuanto resultaría arbitrario hacer extensivos los efectos de la restricción por el solo hecho de que un agente público hubiera participado del ilícito.

Es decir, la prohibición emanada de la norma antes mencionada encuentra fundamento en el carácter personal del funcionario en el cual el Estado ha depositado su confianza. Por ello es que a éste último, por su calidad de servidor público, se le exige un comportamiento superior al del común de los ciudadanos.

Sobre esta cuestión, D'Alessio y Divito postulan que *"...solo el deber legal que pesa sobre el funcionario público constituye el fundamento para que la ley trate a ese grupo de personas con mayor rigurosidad, por lo que no es razonable extender este mismo trato a otros individuos que no han asumido los deberes funcionales que justifican la restricción"*.²⁶

Por otra parte, Vitale da por sentado que la restricción prevista por el artículo en cuestión se refiere exclusivamente a los funcionarios públicos, siempre que éstos actúen en el ejercicio de sus funciones.

Este autor describe y enumera en su obra la opinión de reconocidos juristas que se inclinan como él por la tesis amplia y lo sintetiza de la siguiente forma: "Es el caso, entre otros, de Omar BREGLIA ARIAS, y Omar R GAUNA, "no se concede el beneficio a un funcionario público si hubiese participado de un delito"; Eduardo A. DONNA y María Cecilia MAIZA, la suspensión "se excluye también cuando el imputado sea un funcionario público..."; Aída TARDITI, "se encuentran excluidos de la suspensión a prueba los funcionarios públicos..."; José Luis Ares, "la norma también excluye a los funcionarios públicos si cometen el delito en el ejercicio de sus funciones"; Jorge Kent y Tristán García Torres, "está vedada la suspensión para todo funcionario que, en el ejercicio del cargo, hubiese participado en el delito..."; Carlos A. OCHOA "también

²⁶ D'Alessio, A. y Divito, M. Ob. cit., (p.1002).

se encuentran excluidos (...) los funcionario públicos (...) respondiendo su exclusión a razones de estricta política criminal motivados por la incolumidad de la administración pública, la que debe estar a cargo de hombres sin mácula alguna"; Daniel A. SÁEZ ZAMORA y Verónica FANTINI, "es clara y terminante la imposibilidad de solicitar la suspensión del proceso a prueba, por parte de los funcionarios públicos que presuntamente hayan participado en la comisión de un delito durante el ejercicio de sus funciones".²⁷

No debe soslayarse que la tesis amplia interpreta del modo más laxo el séptimo párrafo del artículo 76 bis del Código Penal, y para ello trata de armonizar el texto de la norma en concordancia con las garantías constitucionales.

Respecto de las decisiones adoptadas por la jurisprudencia que a continuación se cita, se advierte la presencia de la tesis amplia.

En el precedente "Rojas", el Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 1 de Capital Federal, sostuvo que "Si bien, ciertamente el artículo 76 bis, párrafo 7º, del Código Penal sólo excluye cuando se reúna la calidad de funcionario público, pero le aduna que el hecho incriminado se haya cometido en el ejercicio de sus funciones.-" (...) En consecuencia, sólo si se cometió el delito en el desempeño de la función pública no cabe otra circunstancia que excluirlo del beneficio de la suspensión del juicio a prueba, pero a mi entender, este extremo fundamental no se encuentra sostenido en la fundamentación de la fiscalía".²⁸

En dicho caso, el tribunal entendió que el encausado, no se valió de su función de funcionario, por lo que desechó la negativa fiscal.

A mi criterio, la resolución precitada es la más racional, ya que se limita a verificar si el agente hizo uso de su función pública a los fines de llevar adelante el ilícito.

En este sentido, resulta ilustrativo el voto del Juez Casanovas: "A los fines del examen casatorio impetrado, 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 intención del legislador. (...) 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

²⁷ Vitale, G. Ob. cit., (p. 173/174).

²⁸ TOF n° 1, causa 1721 "Rojas, Sergio Raúl s/ Encubrimiento", del 19/11/2009, inédito.

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 LA LEY, 1986-A, 423)".²⁹

Es decir, que los partidarios de la tesis amplia realizan una interpretación normativa que no deja de lado los principios de igualdad legalidad y razonabilidad (artículos 16, 18, 19 y 28 de la Constitución Nacional).

Partidario de esta postura ha sido el Juez Contravencional Norberto Circo, quien concedió la suspensión del proceso a prueba a la Magistrada Rosa Elsa Parrilli -actualmente destituida de su cargo-, a quien se le había iniciado una causa penal por el delito de amenazas, y le fue concedido el instituto, pese a su condición de funcionaria judicial.³⁰

En el mismo orden de ideas, se pronunció la Suprema Corte de San Juan, al tiempo que concedió la suspensión del proceso a prueba respecto de un funcionario público, señalando que: "...la expresión legal "en el ejercicio de sus funciones" es determinante y crucial para definir el asunto, puesto que tal frase denota claramente que es el desempeño de esa actividad el punto de atención de la exclusión legal. De lo contrario tal expresión no hubiese sido consignada en la norma, si la intención del legislador fue que la sola calidad de funcionario público del autor operara como un impedimento para lograr el beneficio de la *probation*. Ahora bien, sentada tal premisa de que el propio artículo 76 bis del C.P. exige que se trate de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública, esta exclusión legal sólo se presenta jurídicamente razonable en relación a los delitos especiales que exigen la calidad de funcionario público en el autor; es decir que el delito que se le atribuye al funcionario público -para que no proceda la suspensión del juicio a prueba- debe ser de aquellos que toman en cuenta el ejercicio de la función pública como núcleo de prohibición."³¹

Es decir, que la interpretación de la norma en estudio dependerá exclusivamente del criterio que posea el Tribunal, sumado a las condiciones particulares que presente el caso.

²⁹ CNCP, Sala III, "Vázquez, Emilio M. s/recurso de casación", 15/5/1998, LA LEY, 1999-C.

³⁰ JPCyF Nro. 23, "Parrilli, Rosa Elsa s/ 149 bis CP", del 26/10/2009, LLCABA 2010 (febrero), (p. 108), id. LLCABA 2010 (abril), (p. 221).

³¹ Corte de Justicia de la Provincia de San Juan, sala II, "Domínguez, José Enrique", del 27/11/2008, LLGran Cuyo 2009 (abril), (p. 256) - DJ 27/05/2009, (p. 1418).

7. El sistema de la suspensión del proceso a prueba en el mundo.

Relata Graham Smith que en el viejo continente, el primer sistema jurídico en adoptar este instituto ha sido el danés a partir del año 1820.

Si se echa una mirada a las leyes y a la forma en que se condujeron, se infiere que es un servicio al que todos reconoceríamos con la *probation*, por los principios éticos básicos y los métodos de trabajo que en aquella época se utilizaron.

En Bélgica, si bien el instituto tuvo aplicación durante años, fue dejado de lado a partir de un notable suceso ocurrido por una deficiente supervisión por parte del servicio de *probation* respecto de un pedófilo -que había sido beneficiado con su aplicación-, y cometió numerosos asesinatos de niños durante el período de prueba.

A partir de tal acontecimiento, y sumado a la significativa influencia que tuvo la opinión pública, el instituto, en Bélgica, debió ser abolido como consecuencia de aquellos aberrantes actos, a lo que se sumaron Holanda y Francia.

Ahora bien, ante la superpoblación habida durante los últimos años en los establecimientos penitenciarios de aquellos países, el instituto se ha vuelto a reimplantar pero con una particularidad: la persona ofendida por quien quiera acceder al beneficio de libertad bajo palabra, tiene derecho a veto para decidir si es liberada o no, es decir, que su opinión es vinculante para la concesión, lo que a mi entender resulta un exceso.

Parecería que el sistema Europeo quiso participar al denunciante con un sentido de reparación, poniendo en sus manos la potestad de decidir sobre la libertad del imputado.

Tal modalidad haría carecer de sentido a los requisitos objetivos que debe cumplir el ilícito para que el imputado pueda solicitar la procedencia del instituto.

A nivel local, en cambio, la oposición del damnificado no es vinculante, aun cuando se haya constituido como parte querellante. En efecto, el único actor procesal con facultad para oponerse a la concesión de la suspensión del proceso a prueba es el representante del ministerio público fiscal, quien a su vez deberá fundamentar su oposición.

Por otra parte, el nuevo movimiento llamado "*What Works*", imperante en los Estados Unidos, Canadá y el Reino Unido, consiste básicamente en un análisis realizado con alta tecnología que combina el estudio de resultados estadísticos

aportados por los oficiales de *probation* en los últimos 20 a 30 años, buscando y aislando patrones de conducta entre los probados.

El objetivo se centra en hallar la herramienta más adecuada para interrelacionar la intensidad y el tipo de intervención del oficial de *probation* con el riesgo y las necesidades del ofensor.

Es una tarea ardua y costosa, pero con resultados muy alentadores: en una prueba piloto realizada en el Reino Unido, la aplicación rigurosa de los principios derivados del movimiento "*What Works*" redujo el índice de reincidencia en un 21%.³²

En el Reino Unido, el sistema de *probation* nació legislativamente en 1907, pero en el año 1948 fueron nombrados los primeros oficiales. A partir del año 1967, se les asignó a dichos agentes la tarea de reinsertar social y laboralmente a los probados y dos años después, se introdujo el sistema de "libertad bajo palabra".

Finalmente, en 1993, se dio el cambio quizás más significativo: se decidió que la *probation* sería una condena en sí misma y no la suspensión de un proceso en trámite. A partir de allí se modificó también el factor volitivo del probado, que hoy en día no puede oponerse a que se le aplique una *probation*.

Este punto es el que presenta mayor distancia respecto del sistema imperante en la República Argentina, donde sólo el imputado es quien puede solicitarla.

En suma, la *probation* británica es en todo caso similar al sistema de condena condicional que se encuentra legislada en los artículos 26 a 27 bis del Código Penal Argentino.

Por último, corresponde marcar una diferencia importante entre ambos sistemas respecto de la capacitación profesional de las personas encargadas de controlar el comportamiento de los probados.

En el país europeo los oficiales de *probation* deben realizar una preparación profesional por el lapso de dos años en materia criminológica, psicológica y social, entre otras áreas de estudio.

A nivel local en cambio, en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los probados se someten al cuidado del patronato de liberados, tal como lo prevé el inciso 1 del artículo 27 bis del Código de fondo.

³² Smith, G., "Desarrollo de los servicios de *probation* a nivel internacional", En David, Pedro R. y Fellowes, Brian (dirs.). ob. cit., (pp. 43-50).

Lo cierto es que los empleados que integran el cuerpo del patronato no poseen ninguna capacitación en este sentido, ni se ocupan de buscar reglas de conducta que contribuyan a la resocialización del imputado.

En América Latina, Julieta Cruz Figueroa desarrolló la implementación del instituto en la República de Chile, el cual a mi criterio resulta uno de los países más avanzados en la materia.

En dicho régimen, se agrupan tres institutos: la reclusión nocturna, la remisión condicional de la pena y la libertad vigilada.

Cabe aclarar que, a diferencia de nuestra *probation*, en el caso del país estadounidense, estas medidas son dispuestas en la sentencia condenatoria del beneficiario de estos institutos.

La reclusión nocturna se aplica para reincidentes que cometan delitos a los que les corresponda una pena de hasta tres años de prisión y consiste en un encierro parcial en establecimientos especiales entre las 22 y las 6 horas, por un lapso no inferior a un año y no mayor a tres años.

El segundo instituto, la remisión condicional de la pena, es una medida para delincuentes primarios, cuya pena no supere los tres años de reclusión.

La remisión es determinada por el tribunal, suspendiendo la pena impuesta con la condición del cumplimiento de ciertas reglas de conducta: fijar domicilio, obtener un empleo y el pago de las indemnizaciones civiles que pudieren corresponder.

Por último, la libertad vigilada, consiste en someter al condenado a un régimen de libertad a prueba, bajo un tratamiento intensivo de vigilancia y orientación por parte de profesionales preparados al efecto, denominados delegados de libertad vigilada.

Es un beneficio exclusivo para delincuentes primarios y puede ser concedida para delitos que prevean una pena máxima de hasta cinco años de reclusión o prisión.³³

Si bien los tres sistemas antes mencionados son diferentes en su ejecución, lo que se busca mediante aquellos es poder ofrecer a cada delincuente primario el modo más eficiente de cumplir con su pena, de manera tal que no vea alterada

³³ Cruz Figueroa, J. "Medidas alternativas en Chile". En David, Pedro R. y Fellowes, Brian (dirs.). ob. cit., (pp. 97-105).

su vida, familiar y laboral. De esta forma, parecería que se intenta agilizar la resocialización y evitar la reincidencia.

Por último, el instituto de *probation* instaurado en Costa Rica es explicado con claridad por Carlos Quesada Quesada.

El autor narra que en dicho país el instituto de suspensión del proceso a prueba se encuentra legislado en los artículos 25 a 29 del Código Procesal Penal local.

A través de este método de resolución de conflictos, se le da al imputado la oportunidad, -y no el derecho- de suspender la sentencia penal a cambio de que cumpla con ciertas condiciones.

La *probation* procederá siempre y cuando el imputado no se haya beneficiado con el instituto en los cinco años anteriores. Además debe tratarse de un delito que no sea reprimido con una pena mayor a tres años de reclusión.

Resulta un sistema muy similar al previsto en nuestro país, pero la diferencia central radica en que el imputado debe admitir su responsabilidad por el hecho que se le atribuye, y la víctima debe estar de acuerdo con el otorgamiento de dicho beneficio.³⁴

En conclusión, del análisis pormenorizado de todos los sistemas antes desarrollados, el argentino es el único donde el imputado no es condenado.

Sin perjuicio de ello, parecería que en cuanto al desarrollo planificación y capacitación de la ejecución y seguimiento de los probados, nuestro sistema es el menos desarrollado, por lo que sería de suma utilidad receptor y hacer propias ciertas características positivas de los sistemas antes mencionados, a los fines de lograr acercarse al objetivo que el instituto persigue.

8. Conclusión.

Tras haber realizado un análisis pormenorizado sobre el alcance y la finalidad que posee la suspensión del proceso a prueba a nivel local y en algunos países del mundo, puede concluirse que la exclusión de los funcionarios públicos de acceder al instituto, resulta violatoria a los principios de igualdad, y *pro homine*.

³⁴ Quesada Quesada, C. "La suspensión del procedimiento a prueba en Costa Rica". En David, Pedro R. y Fellowes, Brian (dirs.). ob.cit., (pp. 107-116).

Aquellos, emanan de la Constitución Nacional –artículo 16-, y de los tratados internacionales que han sido equiparados en virtud de lo normado por el artículo 75 inciso 22 a la norma fundamental.

En este sentido, reza el artículo 16 que *“La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”*.

Es por ello, que la restricción que prevé el séptimo párrafo del artículo 76 bis del Código Penal respecto de los funcionarios y empleados públicos, no es ajustada a los principios constitucionales antes mencionados.

Cabe destacar en lo que respecta a la aplicación del principio *“pro homine”*, que la Corte recientemente, se ha referido a éste en el precedente *“Arriola”*, donde ha plasmado que: de acuerdo con el artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 29 de la Convención Americana, siempre habrá de preferirse la interpretación que resulte menos restrictiva de los derechos establecidos en ellos.

Así, cuando determinadas normas ofrezcan mayor protección, estas habrán de primar, de la misma manera que siempre habrá de preferirse en la interpretación la hermenéutica que resulte menos restrictiva para la aplicación del derecho fundamental comprometido.

Viene al caso citar un fragmento del párrafo 52 de la Opinión Consultiva n°5, solicitada por el gobierno de Costa Rica, *“...si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana”*.

Es en virtud de tal principio que entiendo que debe rechazarse la tesis restrictiva, la cual como ya se ha desarrollado sostiene que la sola presencia de un funcionario público en la comisión del ilícito haría expansiva su prohibición a todos los coimputados.

Parecería entonces que la condición de funcionario público no solo perjudica y afecta el derecho al trato igualitario de tales agentes, sino que también alcanza a los derechos de quienes participan intencional o accidentalmente de la comisión de un delito común.

Por otra parte, no debe soslayarse que el artículo 77 del Código de fondo, al equiparar la condición de empleado y funcionario público, genera un sin-

sentido del objetivo legislativo. Ello surge de las propias sesiones legislativas llevadas a cabo para la sanción de la ley 24.316.

No resulta controvertido, que la verdadera intención de los legisladores al excluir a los funcionario públicos de la posibilidad de acceder a la suspensión del proceso a prueba fue la de asegurar y resguardar el erario público.

Ahora bien, puede afirmarse que ha habido una desinteligencia entre los legisladores de las diferentes épocas, ya que los redactores del primogénito código habían equiparado los términos de empleado y funcionario público, y los redactores de la ley 24.316, han excluido a los funcionarios públicos del ámbito de la suspensión de juicio a prueba.

Resulta arbitrario que la situación penal de un sujeto sea agravada por el solo hecho de tener circunstancialmente una relación de dependencia con el Estado Nacional, Provincial o Municipal.

Sumado a ello, de la nómina de empleados y funcionarios estatales probablemente una mínima parte pueda tener acceso a alguna fracción de los recursos de la administración central.

En efecto, no puede justificarse la exclusión tal como se encuentra planteada, ya que en la gran mayoría de los casos quienes acaban perjudicándose con la prohibición son simples empleados o funcionarios que ningún perjuicio han causado al tesoro público.

Sin desconocer que el Estado pretende de sus dependientes una conducta digna y acorde a su función, lo cierto es que no hay ningún elemento distintivo entre aquellos y el común de los empleados del sector privado.

Sin advertirse ningún otro motivo por el cual debería vedarse la posibilidad de suspender el proceso a prueba respecto de aquellos sujetos, se sugiere, -a fin de no quebrar el principio de igualdad consagrado constitucionalmente- entiendo necesario que se suprima el séptimo párrafo de artículo 76 bis.

En el mismo orden de ideas, considero que resultaría adecuado dejar sin efecto el octavo párrafo del artículo precitado ya que los delitos que poseen como accesoria la pena de inhabilitación no pueden resultar más gravosos que aquellos que posean exclusivamente pena de prisión o reclusión.

A todo evento, cabe resaltar que existen ciertos delitos en el Código de fondo en los cuales la sanción se agrava si es cometido por un funcionario público. En efecto, la pena muy probablemente supere el plazo máximo de tres años

previsto para la concesión del instituto. De este modo, se aseguraría que el funcionario que efectivamente haya cometido un ilícito abusando de su función pública, quede excluido de la posibilidad de suspender el proceso a prueba por la falta de adecuación de un requisito objetivo y no subjetivo.

En suma, la suspensión del proceso a prueba sólo debería ser denegada por las autoridades jurisdiccionales cuando los requisitos objetivos previstos por los artículos 76 bis y 76 ter no se encuentren satisfechos.

Ningún condicionamiento de tipo subjetivo debería ser admitido en perjuicio del imputado, respetando el principio *pro homine*.