

El artículo 76 bis del Código Penal Argentino

Inés Jaureguiberry

Trabajo realizado como Seminario de la Carrera
de grado en el marco de la
Especialización en Derecho Penal y Criminología
Cátedra Epistemología Penal
A cargo del Prof. Ernesto Domenech

*“En algún punto perdido del universo,
cuyo resplandor
se extiende a innumerables sistemas solares,
hubo una vez un astro
en el que unos animales inteligentes inventaron el conocimiento.
Fue aquél el instante más mentiroso y arrogante de la historia universal”*

FRIEDRICH NIETZSCHE.

1. PROPUESTA:

1.1. Introducción

Siendo ayudante alumna de Derecho Penal I de la carrera de Abogacía, en una oportunidad al final de una clase se acercó un alumno y me realizó la siguiente observación: *“El artículo 43 del Código Penal está equivocado: se refiere al desistimiento voluntario de la tentativa, lo cual es imposible ya que la tentativa exige que el delito no se consume por causas ajenas a la voluntad”.*

Con cierta perplejidad respondí algo así: *“No, el Código no se equivoca”*, argumentando que el término era usado en este artículo con un sentido diverso al del artículo precedente y recordé nociones de Introducción al Derecho referentes a que las reglas jurídicas no eran susceptibles de ser sometidas a juicios de verdad o falsedad.

Este hecho aparentemente insignificante, ocurrido hace algunos años, me ha marcado por varias razones: por una parte, me hizo reflexionar sobre el modo en que acostumbramos estudiar y analizar las normas, con las cuales muchas veces tomamos

contacto a través de la opinión de los juristas, e incluso omitimos leer en forma directa. A estas falencias atribuí el comentario del alumno.

Pero luego reflexioné sobre mi propio comentario: me sorprendí de la propia postura ante los textos legales, consistente en una casi ciega sumisión ante “El Código”, admitiendo sus reglas de manera casi incuestionable, sin siquiera admitir sus posibles debilidades o falencias, que si bien no implicarían una “equivocación” en el sentido estricto de la palabra, por lo menos devendrían en un interrogante.

Estas inquietudes que comenzaron casi sin querer, fueron ampliándose al avanzar mi carrera y también al tomar contacto con el plano laboral, donde pude observar que las actitudes planteadas se presentaban como una generalidad.

Por eso, al cursar Epistemología Penal, materia a la que se me permitió asistir en carácter de seminario de la carrera, no sólo encontré una vía en la cual canalizar mis preocupaciones, sino un aliento a plantear otras nuevas y analizar ciertos temas de manera más comprometida.

Este trabajo final, por lo tanto, es un intento por enfrentar los modos de reflexión sobre algunos problemas jurídicos.

1.2. Objetivos:

Me propongo con este trabajo analizar los problemas que presenta el art. 76 bis del Código Penal argentino. Si bien el instituto de la Suspensión de Juicio a Prueba se encuentra legislado principalmente en los artículos 76 bis a 76 quáter, me limitaré a analizar sólo el primero de ellos, a fin de acotar el objeto de estudio.

En una primera etapa, estudiaré el texto legal de manera directa, identificando y planteando las dificultades que surgen tanto del lenguaje en que ha sido redactado, como de su relación con el resto del ordenamiento en que se encuentra insertado.

Una vez finalizada dicha etapa, analizaré el abordaje efectuado por la dogmática, puntualmente, el realizado por uno de sus exponentes: Eugenio Raúl Zaffaroni. Intentaré analizar si el mismo plantea abiertamente los problemas que presenta el artículo, y en caso afirmativo, si da respuestas a los mismos, y en que forma las justifica.

1. PRIMERA ETAPA:

1.1. Problemas de los lenguajes naturales:

La mayor parte de las normas jurídicas se materializan a través del lenguaje¹. En el caso de las normas penales, su formulación mediante el lenguaje escrito, se ha tornado no sólo una generalidad sino una garantía², con la consagración del principio del *Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, lo cual implica una superación de ciertos problemas³, pero el enfrentamiento con otros nuevos.

Numerosos pensadores han estudiado los obstáculos que nacen del uso del lenguaje, llegando incluso algunos de ellos a afirmar que la totalidad de los interrogantes filosóficos pueden ser reducidos a la significación del lenguaje en que son pensados y expresados⁴.

Sin llegar a tal extremo, aclaro que partiré de la base de que el lenguaje es una herramienta de carácter convencional. Por ello, no puede desconocerse que lleva implícitos ciertos problemas de interpretación. Algunos de ellos nacen de percepciones erróneas, desconocimiento del lenguaje por parte del emisor o del receptor, etc., los cuales por razones obvias no serán analizados en el presente trabajo. Por el contrario, se examinarán ciertos “vicios congénitos” de los lenguajes naturales, como son la vaguedad, ambigüedad y textura abierta de las palabras, así como los llamados *usos del lenguaje o fuerza de las oraciones*.

En el tema que nos ocupa, el art. 76 bis del C.P. al estar redactado en lenguaje natural, no escapa a ellos. A continuación, se hará una reseña de los posibles problemas que podría presentar el artículo mencionado, para lo cual en cada caso se hará una breve referencia explicativa que debe necesariamente complementarse con la bibliografía existente sobre el tema.

2.1.1. La ambigüedad.

2.1.1.1. Nociones básicas.

Señalado el hecho de que el lenguaje es una herramienta de carácter convencional, y que sólo motivos de comunicación actúan como obstáculo para denominar con el término “perro” a lo que en español se denomina “casa”, es necesario señalar que tal convención no implica la existencia de un término para cada objeto, situación, emoción, etc., sino que las palabras aluden a *conjuntos de objetos*, agrupados de acuerdo a pautas o características que se consideran relevantes⁵. La selección de aquellos caracteres que determinan la

¹ NINO, Carlos Santiago, (1988) *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Ed. Astrea, Cap. V, pág. 245.

² Ver OUVIÑA, Guillermo J. *Nullum crimen, nulla poena, sine praevia lege*.

³ NINO, Carlos Santiago (1988) Ob. cit., pág. 246. Se alude a las dificultades de interpretación de los símbolos que se transmiten, por ejemplo, mediante la ejemplificación, que suelen generar desconcierto frente a la real extensión de la prohibición, o los puntos sobre los que ésta radica.

⁴ Ver NINO, Carlos S., Ob. cit. págs. 248 y ss.

⁵ Me referiré únicamente a las que el profesor NINO llama “palabras de clase”, dejando de lado los nombres propios y otros términos en los que no existe una pauta lógica para la utilización de un término.

inclusión o exclusión de un objeto en el grupo es, también, convencional, pues como ha señalado el profesor Nino siempre advertiremos caracteres comunes y diferentes entre cualquier par de cosas que nos permitiría tanto agruparlas en forma conjunta, como en clases diferentes⁶.

Las características que debe reunir un objeto para pertenecer a la familia constituyen su *connotación, intención o designación*, y cada uno de los casos de aplicación del término determina su *denotación o extensión*.

Sin embargo, lo que en principio parece simple, a veces se ve dificultado por el hecho de que un mismo término se refiere a distintos *conjuntos de objetos*. Este problema se denomina AMBIGÜEDAD, es decir, la palabra posee más de un significado. Así, la ambigüedad provoca desconciertos en el receptor de una expresión, al no poder determinar con seguridad a cuál de sus significados se refiere el emisor al usarlo.

Existen muchos factores que provocan que un término sea ambiguo. Un primer supuesto se da cuando un mismo término fonético y escrito se aplica a más de un conjunto de objetos, como ocurre con la palabra “banco”, “radio”, etc. Son casos de “homonimia”, y en general se supera este obstáculo apelando al contexto en que el vocablo fue utilizado⁷.

Otros casos de ambigüedad se producen cuando se utiliza un término por asociación, extensiones metafóricas o figuradas, y otras veces ocurre exactamente lo contrario, cuando no existen pautas de conexión claras entre los casos de aplicación de un mismo vocablo, como ocurre con la palabra *juego*, en el ejemplo que cita Genaro Carrió⁸.

Por último, la ambigüedad puede ser consecuencia de la sintaxis de una oración. Tal el caso de lo que ocurre con el uso de ciertos conectores como “y”, “o”, “ni”, etc., o ciertos modificadores directos que pueden afectar al término inmediato, o a más de una parte de la oración⁹.

De lo expuesto se concluye que no existiría ambigüedad si empleáramos un término para cada uno de los objetos, situaciones, emociones, etc. que se pueden presentar en el universo, siempre y cuando todos los individuos estuvieran de acuerdo sobre su utilización. Sin embargo, como esto es materialmente imposible, el problema de la ambigüedad es inherente en la comunicación a través del lenguaje natural.

2.1.1.2. La ambigüedad en el art. 76 bis del C.P.

Como se indicó, el trozo de texto legal escogido como objeto de estudio no escapa a la problemática antes señalada.

⁶ NINO, Carlos Santiago, Ob. cit., pág. 252.

⁷ CARRIO, Genaro R., *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, p. 28/31.

⁸ CARRIO, Genaro R., Ob. cit., págs. 29/30.

⁹ Véanse los ejemplos citados por NINO en la obra referida, pág. 262.

La primera ambigüedad que detecto en la redacción del artículo, deriva de la utilización de la palabra “*delito*”, uno de los casos paradigmáticos de ambigüedad en el derecho penal. El problema surge aquí porque el vocablo *delito* es utilizado con diversos sentidos, que no siempre se distinguen con claridad. La noción “vulgar” de la palabra delito se asocia a cualquier tipo de contravención a un orden vigente, ya sea moral, religioso, legal, etc. Por otra parte, la palabra delito denota a las figuras delictivas de la parte especial del Código Penal, como a su tentativa, y también a las acciones humanas que reprimen las mismas. Asimismo, la palabra delito es utilizada por la doctrina como “*acción típicamente antijurídica y culpable*”, en una definición que ha sido criticada por la función encubierta que supone¹⁰. Por lo tanto, determinar exactamente a qué sentido de los señalados se refiere el texto legal será por demás relevante, si se quieren evitar conclusiones erróneas provenientes del uso equívoco de la palabra¹¹.

También la palabra “*juicio*” es ambigua, al aludir tanto al proceso en general, como a su etapa plenaria, y al debate en sentido estricto.

Otro caso de ambigüedad se registra cuando el artículo reza “...*reprimido con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años...*”. La palabra “*pena*” se utiliza indistintamente como sinónimo de “escala penal”, “pena individualizada”, o la ejecución de la misma, es decir, su cumplimiento. La dificultad en este caso reside en que resulta dudoso si lo que no debe exceder de tres años es la pena que efectivamente aplicaría el juez en caso de recaer condena en el caso concreto, o por el contrario, si es la escala penal la que debe ser inferior a dicho plazo. Y aún en este último caso, si se debe tener en cuenta el máximo de la escala penal correspondiente al delito, su mínimo, o algún otro parámetro. Como se verá más adelante, esta ambigüedad ha generado debates doctrinarios y la postulación de teorías que intentan resolver los interrogantes planteados.

Por otro lado, se registra una ambigüedad derivada de la sintaxis, más precisamente, de la utilización del conector “o” cuando el artículo establece “...*reprimido con pena de reclusión o prisión que no exceda de tres años...*”. Así, podría dudarse si el máximo de tres años se aplica sólo a la prisión, o también a la reclusión, es decir, si debe asignarse un sentido *fuerte* al coordinante “o”, o por el contrario, un sentido *débil*.

Otro caso que genera dudas es la construcción “...*en los casos de concurso de delitos...*” al comienzo del segundo párrafo del artículo. La duda se genera al relacionar la expresión antes transcrita con el título IX del Código Penal, que regula más de un supuesto, a saber, lo que la doctrina ha denominado “concurso real o material”, “concurso ideal”, y supuestos de unificación de penas (arts. 55/58). En este último caso, se prevén dos

¹⁰ NINO, Carlos Santiago, (1980), *Los límites de la responsabilidad penal*, Buenos Aires, Ed. Astrea, pág. 64 y ss.

¹¹ Ver COPI, Irving, *Introducción a la lógica*, Ed. Universitaria de Buenos Aires, págs. 104/105.

supuestos, uno de los cuales quedaría aparentemente excluido, debido al requisito de dos o más condenas firmes para lo que necesariamente se requiere la realización de los juicios.

No menos interrogantes provoca la expresión “*máximo de la pena*”, que puede ser asimilado tanto al máximo de la escala penal, o al máximo de la especie de pena o, por último, a la pena individualizada judicialmente.

También desconcierta la extensión del conector “*ni*” en la construcción “...*sin que ello implique confesión ni reconocimiento de la responsabilidad civil correspondiente...*”, de manera que podría dudarse si el término *confesión* es sinónimo de *responsabilidad*. La solución que se adopte determinará que la propuesta de suspensión de juicio a prueba implique o no confesión de la responsabilidad penal sobre el hecho imputado (es decir, si se otorga un sentido fuerte al conector *ni* se podría entender por oposición que la propuesta sí implica reconocimiento de la responsabilidad penal), o por el contrario, al ser utilizadas las palabras *confesión* y *reconocimiento* como sinónimos, se desecharía tal posibilidad.

Algo similar a lo que se ha detectado respecto al máximo de pena surge del uso de “*condena aplicable*”, como sinónimo de escala penal, o de pena efectivamente individualizada para el caso concreto de que se trate, lo cual también se extiende a la exigencia de pagar el “*mínimo de la multa correspondiente*” que señala en párrafo quinto.

También en el mencionado párrafo se generan dudas provenientes del término “*alguno de los delitos que integran el concurso*”. ¿Se ha utilizado “*alguno*” como sinónimo de “*solamente uno*” de los delitos que integran el concurso, o de “*más de uno*”, incluso varios de los delitos que integran el concurso?.

Además, no se encuentra claro en favor de qué Estado debe el imputado abandonar los bienes que presumiblemente serían decomisados. La palabra *Estado* puede ser entendida como Estado Nacional, Provincial o incluso Municipal. ¿Quién podría reclamar la titularidad de los bienes objeto de abandono?.

Un interrogante parecido provoca la construcción “*funcionario público*”, cuyo significado jurídico se especifica en el art. 77 del C.P., pero que en un sentido amplio abarcaría mayores casos de los allí denotados.

Cualquiera sea la solución que se adopte en relación a esta última incógnita, permanecerá otra que deriva de la expresión “*hubiese participado en el delito*”, pues provoca confusiones respecto a si se refiere a la participación criminal que regula el título VII del C.P., es decir, aquélla que es susceptible de generar responsabilidad penal, o si por el contrario, también incluye aquellos casos en que el funcionario público presta una simple colaboración material en el hecho que no encuadra en los supuestos de los artículos 45 a 49 del Cód. Penal.

Por último, la palabra “*inhabilitación*” utilizada en el último párrafo del artículo en estudio es equívoca, pues alude indistintamente a las penas de inhabilitación principal y accesoria: especial y absoluta: temporal y perpetua.

2.1.2. La vaguedad:

2.1.2.1. Nociones básicas.

Muchas veces se duda sobre la real extensión de un término, no porque se desconozca su significado, sino porque el campo de aplicación del mismo no posee límites claros. Se trata de supuestos en los que se duda sobre la aplicación o no, de una palabra a una situación determinada.

En relación a la denotación de un vocablo existen entonces tres zonas: una *clara* de aplicación del término (en la que se incluyen los hechos denotados por él), otra *oscura* (en la cual no hay dudas respecto a la no aplicación del mismo, es decir, se conforma con hechos a los cuales la palabra no se aplica), y una tercera, usualmente denominada “*de penumbra*”, en la cual se duda acerca de si corresponde, o no, utilizarlo¹².

*“...Estamos frente a un caso atípico, marginal e insólito, en algún aspecto relevante. El caso no está claramente incluido ni claramente excluido por el significado ‘descubrible’ de las palabras de la ley. El intérprete ha agotado todos los métodos de tipo cognoscitivo y su duda sigue en pie. Ella no deriva de ignorancia de los hechos, sino de ignorancia del significado efectivo de la regla en relación con esos hechos...”*¹³

2.1.2.2. La vaguedad en el art. 76 bis del C.P.

La primera dificultad de este tipo en el artículo referido, deriva del término “*imputado*” utilizado en el primer párrafo. En efecto, no se encuentra claro quién puede considerarse “*imputado*” de un delito, a partir de qué momento, etc. Es una materia que se relaciona directamente con el proceso penal: ¿se es imputado a partir de la declaración indagatoria, o similar?. ¿A partir del momento en que se requiere la elevación a juicio?. ¿A partir de la acusación fiscal?.

Otra fuente de incertidumbre es la expresión “*deberá ofrecer hacerse cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible*”. En primer lugar, ¿qué significa “*hacerse cargo de la reparación del daño*”? ¿Se alude a una reparación económica? En tal caso, ¿equivale a la indemnización civil?. ¿Se refiere el término a una vuelta al estado anterior de las cosas?. ¿Debe hacerse cargo el imputado en forma personal, o puede hacerse cargo comprometiendo reparar el daño a través de un tercero?. Por otra parte, ¿a qué daño se refiere?. ¿Al causado por quien solicita el beneficio o al causado por el delito, aunque haya

¹² CARRIO, Genaro R., Ob. cit., págs. 33/34, y NINO, Carlos Santiago, *Introducción...* pág. 264 y ss.

sido provocado por otro partícipe?. Además, ¿cuál es la medida de lo posible?. ¿Hay que tener en cuenta lo que es materialmente posible para cualquier individuo, o para quien solicita la suspensión del juicio, considerando sus condiciones personales, sociales, etc.?

Establece asimismo el tercer párrafo del artículo en análisis que “...*el juez decidirá sobre la razonabilidad del ofrecimiento en resolución fundada...*”. Aquí también se generan interrogantes producto de la vaguedad: ¿Cuál es el límite de la razonabilidad?. ¿Qué pautas tendrá en cuenta para decidir si es o no razonable?. Por otra parte, ¿cuándo una resolución es fundada?. Éste no es un tema menor, ya que provoca numerosas impugnaciones, no siendo unívocos los criterios de los tribunales superiores al respecto.

Se establece también que “...*la parte damnificada podrá aceptar o no la reparación ofrecida...*”. ¿Quién es la parte damnificada?. ¿Equivale dicha expresión a quien se constituye como particular damnificado en el proceso?. ¿Lo es el titular del bien jurídico protegido por la figura imputada?. ¿Lo es quien sufre la acción del sujeto activo?. ¿Quién debe pronunciarse sobre la reparación en caso de no coincidir estos últimos supuestos?. ¿Qué ocurre en los casos de las víctimas colectivas o difusas?. ¿Cómo se soluciona el problema en los delitos denominados “de peligro abstracto”?. En relación a la aceptación: ¿qué significa que la víctima tenga *habilitada* la acción civil correspondiente?. ¿Implica que sólo después de pronunciarse sobre la reparación puede ejercerla ante el fuero civil y no antes?. Para que tenga habilitada la vía: ¿deben darse los dos requisitos, esto es, que no acepte la reparación y el juicio se suspenda?. ¿O también en caso de no aceptar pero que el juicio por alguna razón no se suspenda?.

El cuarto párrafo del artículo dispone: “...*Si las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable, y hubiese consentimiento del fiscal, el tribunal podrá suspender la realización del juicio...*”.

En cuanto a este apartado surgen los siguientes interrogantes: ¿qué circunstancias hay que tener en cuenta?, ¿las del caso concreto?, ¿el tipo de delito imputado?, ¿se refiere a las pautas del art. 26 del Cód. Penal?. ¿Este párrafo actúa independientemente de los requisitos establecidos por el primero, es decir que se trate de un delito de acción pública reprimido con pena de reclusión o prisión que no exceda de tres años?. ¿O instaura un nuevo supuesto en el cual aun en caso de exceder el límite mencionado se puede hacer lugar a la suspensión del juicio siempre que las circunstancias del caso permitan dejar en suspenso la condena?. Además, ¿cuándo hay consentimiento fiscal?, ¿debe ser expreso?, ¿basta que sea tácito?, ¿se exige en todos los casos este consentimiento, o sólo para casos que excedan los tres años de pena privativa de libertad, en caso de aceptar dicha tesis?.

¹³ CARRIO, Genaro R., Ob. cit., Segunda Parte, pág. 57.

En el supuesto del quinto párrafo, que dispone: “...Si el delito o alguno de los delitos que integran el concurso estuviera reprimido con pena de multa aplicable en forma conjunta o alternativa con la de prisión, será condición, además, que se pague el mínimo de la multa correspondiente...”. Ahora bien: ¿cuál es el mínimo de la “multa correspondiente”? ¿El mínimo de la escala penal, o la que le hubiera impuesto el juez teniendo en cuenta las circunstancias del caso?.

También establece el artículo que no procede el beneficio cuando un funcionario público “en el ejercicio de sus funciones” hubiere participado del delito. ¿Cuándo se considera que un funcionario está en el ejercicio de sus funciones?. ¿Qué actos quedan incluidos y cuales excluidos?. ¿Qué ocurre en los casos tan frecuentes de avocación, delegación, o sustitución, en los cuales no son funciones propias, pero se ejercen en ausencia, incapacidad, etc., de otros funcionarios?.

2.1.3. La Textura abierta.

2.1.3.1. Nociones básicas.

Ha quedado establecido que algunas palabras que no poseen límites precisos de aplicación adolecen de vaguedad. Sin embargo, todas las palabras, aún las más precisas, sufren de lo que se denomina VAGUEDAD POTENCIAL o TEXTURA ABIERTA DEL LENGUAJE. Este defecto consiste en la existencia de casos que provocan desconcierto respecto a la utilización de un término, pues si bien comparte aquellos caracteres que consideramos esenciales para su uso, tienen otros nuevos que toman dudosa su aplicación. No es extraño entonces que debido a cambios tecnológicos, sociales o jurídicos, una palabra que aparentaba precisión, se vuelva vaga y, por lo tanto, nos interroguemos acerca de si debemos o no aplicarla al nuevo caso.

2.1.3.2. La textura abierta en el art. 76 bis C.P.

Como aclaración previa señalaré que al ser la textura abierta un elemento inherente a todas las palabras, resulta imposible prever e imaginar todos los casos que podrían tornar vago el lenguaje. Por lo tanto, me limitaré a señalar algunas situaciones hipotéticas que podrían problematizar la aplicación del texto en análisis.

¿Que pasaría si se crea una nueva figura delictiva que en lugar de establecer el máximo de la pena en años, lo efectúa en 1096 días, de manera que equivale a 3 años si al menos uno de ellos es bisiesto pero excede de 3 años si tomamos en cuenta años de 365 días?. ¿Podría concederse el beneficio?.

¿Que ocurriría si una modificación en el C.P.P. definiera como imputado a todo aquel que presumiblemente sea acusado de un delito?. ¿Podría solicitar la suspensión incluso antes de cualquier acusación?.

2.1.4. Los usos del Lenguaje.

2.1.4.1. Nociones básicas.

El lenguaje como la herramienta principal de comunicación entre los hombres, puede ser utilizado para diversos fines, que suelen denominarse como *Usos del Lenguaje*, o *Fuerza de las Oraciones*.

El primero de ellos, es el uso *informativo* o *descriptivo*, tendiente a aportar datos sobre estados de cosas. Se caracteriza pues porque sus proposiciones pueden ser sometidas a juicio de verdad/falsedad.

Existe también otro uso de lenguaje, que sirve para exteriorizar sentimientos, por ello se lo llama *expresivo*, y su paradigma es el lenguaje poético.

Un tercer uso, es el *directivo*, y su propósito es dar órdenes, inducir determinado comportamiento.

También suele hablarse de una función *operativa* del lenguaje, siendo un ejemplo claro del mismo el sacerdote que declara marido y mujer a una pareja, o el testador que designa heredero, es decir, el orador no sólo aporta información sino que con las palabras cambia un estado de cosas existente.

Estas funciones no se encuentran aisladas, sino que se entremezclan constantemente de manera que muchas veces no podemos determinar con exactitud qué ha querido hacer nuestro interlocutor, lo cual constituye otro obstáculo del lenguaje, sobre todo cuando no se cuenta con el emisor de una expresión al cual solicitar explicaciones o aclaraciones sobre el sentido de una oración.

2.1.4.2. Los usos del lenguaje en el art. 76 bis C.P.

Existe una gran dificultad en varias expresiones del art. 76 bis C.P. que impide afirmar con certeza si el beneficio constituye una facultad del imputado, que el juez puede denegar, o si por el contrario, es vinculante para el juzgador el pedido del procesado que cumpla con la totalidad de las condiciones que exige el artículo. Incluso existe la duda, como se verá, referente a si puede un tribunal imponer coactivamente la suspensión de juicio a prueba.

Este obstáculo surge del uso de las expresiones “...*el imputado...podrá solicitar...*”, “...*el juez decidirá sobre la razonabilidad del ofrecimiento...*” y “*el tribunal podrá suspender la realización del juicio...*”

Nótese que afirmar que el instituto configura una facultad del imputado que el juzgador debe limitarse a examinar en sus aspectos formales y conceder en caso de haberse cumplido, es muy distinto a considerar que la potestad de concederlo o no se

encuentra en cabeza del juzgador, que podría desecharla aún de solicitarlo quien reúne los requisitos del artículo.

En cuanto al cuarto párrafo del artículo en análisis, ya se ha advertido que no se encuentra claro si el mismo se refiere a un caso distinto del regulado por los dos primeros párrafos, o instaura un nuevo supuesto. De optar por esta última alternativa, podría dudarse de la fuerza de la expresión "...el tribunal podrá suspender la realización del juicio...". En este caso, aparentemente no se exigirían otros requisitos que el consentimiento fiscal y un caso cuyas circunstancias permitan dejar en suspenso la condena aplicable. Pero nada indica el artículo acerca de la solicitud del imputado, todo lo cual llevaría a concluir que el tribunal podría imponer el beneficio aún contra la voluntad del propio reo. Otra postura afirmaría que esta hipótesis no se aparta de los requisitos comunes de todo el artículo y por lo tanto presupone la solicitud.

2.2. Imprecisiones de los conjuntos normativos

Existen otros problemas que no derivan del lenguaje en que se materializan las normas, sino del modo en el cual se confeccionan las reglas que componen un sistema normativo.

Estos problemas responden tanto a los denominados de 'técnica legislativa', es decir, fallas en la construcción de los cuerpos normativos (lagunas, redundancias, inconsistencias lógicas y axiológicas) como a las propiedades que les son inherentes (imprecisiones derivadas de la complejidad de los sistemas normativos, de sus plurirrelaciones, problemas de inclusión y exclusión).

2.2.1. Dificultades de construcción.

2.2.1.1.1. Redundancias.

Debido a que un ordenamiento jurídico está constituido de múltiples normas, puede ocurrir que en el mismo exista más de una regla que regule idéntica situación. En este panorama, se afirma que hay redundancia normativa cuando varias reglas predicen la misma solución para aquella situación que regulan, es decir, resultan reiterativas.

El problema principal acerca de la redundancia, radica en que tanto la dogmática jurídica como los jueces, conciben al derecho positivo como esencialmente *operativo*, esto es, sin normas que carezcan de aplicabilidad¹⁴. Ello deriva en un intento muchas veces injustificado, de asignar diverso campo de aplicación a cada regla, al punto de arribar a interpretaciones por demás forzadas.

¹⁴ Ver NINO, Carlos Santiago, (1988) *Introducción...* Buenos Aires, Ed. Astrea, Cap. V. págs. 328/329.

2.2.1.1.2. Las redundancias en el art. 76 bis del Cod. Penal.

Tal como fue señalado, el artículo en tratamiento exige como requisitos de viabilidad del beneficio de suspensión de juicio a prueba, la solicitud del mismo por quien se encuentre imputado de un delito de acción pública, o de un concurso de delitos, reprimidos con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años.

Asimismo, el cuarto párrafo dispone que el tribunal podrá suspender la realización del juicio “...*si las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable y hubiese consentimiento fiscal...*”.

La duda reside en determinar si los párrafos aludidos regulan una misma situación.

Una primera postura consiste en afirmar que a los requisitos exigidos por el primer y segundo párrafo, deben adicionárseles los exigidos para la condenación condicional en los arts. 26 a 28 del Código Penal. Esta opinión implica otro defecto denominado inconsistencia lógica o contradicción, y será analizado en el apartado siguiente.

Otra posibilidad es considerar que el primer y el segundo párrafo se refieren a ciertos supuestos, y el cuarto párrafo regula otros, es decir, los únicos requisitos exigidos por el cuarto párrafo serían los de los artículos 26 a 28 del Cód. Penal. Sin embargo, esta postura deriva en una redundancia, pues las exigencias de los artículos mencionados (primera condena, delito reprimido con pena de prisión que no exceda de tres años, etc.) están contenidas dentro del primer párrafo, por lo tanto, se tornaría inoperante esta regla. Podría calificarse de una redundancia *total-parcial*, pues la totalidad de los casos comprendidos en el cuarto párrafo encuadrarían dentro de los supuestos contemplados en el primero y segundo, y la única diferencia sería la exigencia adicional de contar con consentimiento fiscal, lo cual implica una inconsistencia axiológica, como se verá más adelante.

Otra redundancia, que a diferencia de la mencionada precedentemente no deriva en consecuencias mayores, se encuentra en la expresión “...*sin que ello implique confesión ni reconocimiento de la responsabilidad civil correspondiente...*”, siempre que se otorgue el mismo sentido a los términos confesión y reconocimiento. Como se ha señalado en el apartado referido a las ambigüedades de origen sintáctico, no se encuentra claro si al coordinante “ni” debe asignársele un sentido fuerte o débil, es decir, de contradicción o sinonimia. En un intento de defender ciegamente el carácter operativo de las normas, podría afirmarse que el término *confesión* generalmente se asocia al procedimiento penal, y los términos *allanamiento* o *reconocimiento* de la responsabilidad, al ámbito civil. Otra postura reconocería en esta regla una redundancia de carácter *total-total*.

2.2.1.2. Las inconsistencias.

2.2.1.2.1. Nociones básicas.

Las inconsistencias son defectos en un sistema normativo, que atentan contra su pretendida coherencia. Podemos señalar dos tipos de inconsistencias: las de tipo *lógico* y las de tipo *axiológico*.

Las primeras, también denominadas *contradicciones*, son aquellas en las cuales -al igual que en el caso de las redundancias- existe más de una regla que regula una determinada situación pero que, a diferencia de aquéllas, establecen soluciones opuestas, incompatibles entre sí.

“...La primera condición, pues, para que haya inconsistencia normativa, es que dos o más normas se refieran al mismo caso, que tengan el mismo ámbito de aplicabilidad. La segunda condiciones, es que las normas imputen a ese caso soluciones lógicamente incompatibles...”¹⁵.

Las inconsistencias valorativas, en cambio, aluden a soluciones que no se contradicen desde un punto de vista lógico, sino que se oponen a ciertos valores que signan el ordenamiento jurídico, son contrarias al principio de razonabilidad.

2.2.1.2.2. Las inconsistencias en el art. 76 bis del Cod. Penal

A) De carácter lógico.

Tal como se ha señalado en el apartado 1.2.1.1.2, el cuarto párrafo del art. 76 bis adolece de una inconsistencia normativa. Ello es así debido a que se establece que se otorgará el beneficio *“...si las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable...”*.

Es necesario puntualizar que el art. 26 del Cod. Penal sólo permite dejar en suspenso el cumplimiento de la sanción, si se trata de primera condena a pena de *prisión* que no exceda de tres años, es decir, no permite aplicar el instituto cuando la pena sea de *reclusión*, lo cual resulta contradictorio con la solución que disponen los dos primeros párrafos del artículo 76 bis, que permiten el beneficio de la suspensión también para delitos reprimidos con la referida especie de pena.

Por otra parte, también se da una inconsistencia lógica en la remisión a *“...las circunstancias del caso...”* que permitirían la aplicación de lo normado por el art. 26 y siguientes, pues el instituto de la condenación condicional supone necesariamente el pronunciamiento de una sentencia condenatoria, y para su evaluación inciden además de la personalidad moral del imputado, pautas como *“...su actitud posterior al delito, los motivos que lo impulsaron a delinquir, la naturaleza del hecho...”*, todo lo cual violenta las previsiones de la suspensión del juicio a prueba, que no indaga sobre la responsabilidad criminal del solicitante, la existencia del hecho, etc. Es más, la viabilidad o no de la

¹⁵ NINO, Carlos S., Ob. cit. Cap. V, pág. 273.

suspensión de juicio a prueba depende en gran parte de la calificación que se haga del hecho investigado, la cual sólo se obtiene con certeza mediante una sentencia firme.

B) De carácter axiológico.

Ha sido esbozado que una posible interpretación considera que el cuarto párrafo del artículo 76 bis no regula otros supuestos que los establecidos en los dos primeros párrafos. Por lo tanto, para examinar qué supuestos permiten que una condena pueda ser dejada en suspenso, debemos remitirnos a los artículos 26 a 28 del Cód. Penal. De los mismos surge que el instituto de la condenación condicional sólo procede si se trata de una primera condena a pena de prisión que no exceda de tres años, y las condiciones personales del imputado son evaluadas favorablemente por el juzgador.

Por lo tanto, el cuarto párrafo del artículo 76 bis exigiría que el delito (o concurso de delitos) de acción pública cuyo máximo no exceda de los 3 años, en caso de ser reprimido con pena de *prisión* (pues como ya se vio no se permite dejar en suspenso penas de reclusión), debe tratarse de un imputado que no registre antecedentes, y cuyas condiciones personales permitan fundar la concesión del beneficio. En este caso, existiría una inconsistencia valorativa pues se exigirían más requisitos para una pena que resulta menos grave (la de prisión), que los que se necesitan para que proceda el beneficio cuando la pena es de reclusión.

Otra inconsistencia valorativa es consecuencia de la confrontación del texto legal que impide la viabilidad de la suspensión de juicio para delitos reprimidos con pena de inhabilitación, y la interpretación "amplia" del cuarto párrafo, es decir, que permite su aplicación cuando las circunstancias del caso autorizan la suspensión de la condena aplicable. Así, puede pensarse como irrazonable que se niegue el beneficio al imputado de un delito reprimido con pena menos grave como es la inhabilitación (art. 5 del Cód. Penal), y cuya responsabilidad es también de carácter más leve (obrar culposo), frente a la posibilidad de otorgarlo a quien se le atribuyen delitos dolosos con penas más gravosas (en especie de pena y en escala aplicable).

Por último, podemos pensar en inconsistencias surgidas de casos concretos que provocarían soluciones injustificadas desde un punto de vista valorativo, teniendo en cuenta la totalidad del derecho positivo argentino. Por ejemplo, ante un caso reprimido con pena de multa como es el incumplimiento de deberes de asistencia familiar (Ley 13.944), procede el beneficio si se cumple la condición de abonar el mínimo de la multa. Lo que ocurre es que generalmente el incumplimiento versa sobre la falta de pago de cuotas alimentarias por parte de padres o tutores a favor de sus hijos, lo cual podría frustrarse ante la exigencia de pago mencionada, pues la pena de multa se hace efectiva en favor del Estado y no de los beneficiarios de la asistencia.

2.2.1.3. Las lagunas

2.2.1.3.1. Nociones básicas

Se dice que un sistema normativo presente lagunas cuando no posee una solución para un caso determinado, es decir, no prevé una consecuencia para alguna conducta cuando se correlacionan circunstancias relevantes para ese sistema.

Admitir la existencia de lagunas supone reconocer que el ordenamiento jurídico no es un sistema cerrado y omnicompreensivo, como pretende la dogmática penal.

En palabras de Genaro Carrió: *“...Es falsa la afirmación, tan repetida, de que el derecho, es decir un cierto orden jurídico, es un sistema cerrado, dotado de “plenitud hermenéutica” o “finitud lógica”, del cual pueden derivarse, por deducción, las soluciones para todos los casos posibles. El derecho, o sea un orden jurídico determinado, tiene lagunas, en el sentido de que hay casos que no pueden ser resueltos con fundamento exclusivo en sus reglas o en alguna combinación de ellas...”*¹⁶

Contra la postura de quienes admiten la presencia de lagunas, se han intentado diversos argumentos los cuales a su vez han sido refutados con éxito por parte de juristas nacionales y extranjeros¹⁷.

2.2.1.3.2. Las lagunas en el art. 76 bis del Cod Penal

Varios son los supuestos que pueden presentarse en la práctica que no cuentan con una solución expresa del art. 76 bis del Cod. Penal.

El primer caso consiste en la falta de previsiones en el texto legal, respecto a delitos reprimidos con penas alternativas de prisión y reclusión, con escalas divergentes, de manera que una permita la concesión del beneficio y la otra lo impida. Por ejemplo, alguna de las figuras contenidas en el art. 81 del Cod. Penal.

Tampoco se encuentra previsto el caso de delitos reprimidos conjuntamente con pena privativa de libertad e inhabilitación. ¿Rige en el caso la prohibición dispuesta por el último párrafo del artículo?

Otra laguna normativa se configura ante casos encuadrados en figuras sancionadas con pena de inhabilitación especial, pero aun en caso de recaer condena, esta no se podría efectivizar por las especiales circunstancias del hecho. Tal el caso de lo que ocurriría ante lesiones provocadas por negligencia o imprudencia, por ejemplo, al abrir la puerta de un automóvil sin mirar hacia atrás. En este caso, al no existir actividad susceptible de ser inhabilitada, y por lo tanto tornar imposible la aplicación de dicha pena, ¿podría concederse el beneficio ya que en el caso concreto no se aplicara inhabilitación?

¹⁶ CARRIO, Genaro R., Ob. cit., Segunda parte, pág. 58.

También se ha omitido legislar acerca del supuesto de delitos reprimidos con pena de multa aplicable en forma conjunta o alternativa con la de reclusión (nótese que el artículo se refiere únicamente a la prisión).

Un nuevo silencio de la ley se da en relación a las penas accesorias de los arts 20 bis y. 22 bis del Cód. Penal, que imponen respectivamente la aplicación facultativa de inhabilitación y multa, cuando el hecho ha sido cometido en determinadas condiciones. De la solución que se adopte dependerá, según el caso, en la concesión o denegación del beneficio, y de la exigencia o no del pago del mínimo de la multa.

2.2.2. Dificultades derivadas de las características de los conjuntos normativos.

2.2.2.1. Introducción.

Las propiedades inherentes a todo sistema normativo han sido negadas por la dogmática jurídica, que en su afán de defender un sistema ideal, otorga a los mismos características que lo hacen casi perfecto.

Así, como lo explica Carlos S. Nino en Introducción al Análisis del Derecho, los juristas califican al legislador, y por lo tanto al derecho positivo que éste construye, como *único* (pues todas las normas que lo integran parecieran provenir de un mismo legislador), *imprecedero* (de manera que normas dictadas mucho tiempo atrás se mantienen vigentes gracias a su voluntad), *consciente* de las normas que sanciona (lo cual muchas veces no es así), *omnisciente* (conoce la totalidad de las circunstancias fácticas comprendidas dentro de las reglas que dicta), *operativo* (pues no dicta normas que carecen de aplicabilidad), *justo* (opta por la solución axiológicamente adecuada), *coherente* (no sanciona normas contradictorias), *omnicomprensivo* (no deja situación sin regular) y *preciso* (su voluntad posee siempre una dirección univoca)¹⁸.

Mediante tales afirmaciones, se ha contribuido a instalar la noción de que el sistema jurídico es ideal, perfecto, negando los problemas que posee. En realidad, todo sistema de normas es esencialmente complejo (al estar compuesto de múltiples normas, en las cuales conviven las recientemente creadas con otras más antiguas), plurirrelacionado (de manera que no puede pensarse en un análisis lineal del mismo), y cuyos componentes no son fácilmente determinables (las reglas que los componen no siempre se pueden identificar con exactitud).

Como prueba de lo expuesto actúan la multiplicidad de reglas y principios que tanto la doctrina como la jurisprudencia han creado con el fin de solucionarlos. Esto permite concluir que el hecho de que existan herramientas capaces de solucionar un problema, no significa que el mismo no exista.

¹⁷ Ver NINO, Carlos S., Ob. cit. Caps. V y VI: y CARRIO, Genaro R., Ob. cit, Segunda parte.

2.2.2.2. El art. 76 bis y las propiedades de los conjuntos normativos.

Una primera perplejidad deriva del alcance que tiene la reparación ofrecida por el solicitante de la suspensión de juicio a prueba, y por lo tanto, de su aceptación por parte de la víctima. El extremo a analizar es si la introducción de estos artículos, mas precisamente del tercer párrafo del art. 76 bis, deroga principios que rigen la responsabilidad civil, o no, como son la reparación integral de los daños y perjuicios, las causas de extinción de la acción civil, la legitimación para entablarla, etc. El problema surge de la incompatibilidad entre la regulación del Cod. Civil y la del Cod. Penal, y posiblemente para su resolución los juristas invoquen la necesidad de tener en cuenta los principios de ley posterior (la regla penal fue sancionada con posterioridad a las civiles), y ley superior (una postura afirma la raigambre constitucional del principio de reparación integral, mientras otros la consideran una derivación de las reglas de equidad). En este punto cabe decir que muchas veces los llamados “principios generales” en lugar de solucionar un dilema, lo tornan aún más dificultoso, ya que no hay acuerdo sobre cuáles son estos principios, o los mismos devienen incompatibles entre sí o, por último, suelen estar enunciados de manera aún más abstracta que las propias leyes cuya eventual incompatibilidad pretenden solucionar.

Por otra parte, también puede ponerse en duda la validez de la exigencia del consentimiento fiscal que realiza el cuarto párrafo del artículo analizado, si se tiene en cuenta la distribución de competencias que realiza la Constitución Nacional (arts. 5, 75 inc. 12, 121, siguientes y concordantes de la Constitución Nacional). De esta manera, la declaración de inconstitucional de esta parte de la norma la haría inaplicable, y por lo tanto, excluida del conjunto normativo.

También se registra un caso de errónea remisión, o al menos deficiente, en el ya analizado párrafo cuarto del artículo.

3. SEGUNDA ETAPA: La visión de la dogmática.

3.1. La dogmática penal

Tal cual se adelantó al comienzo de este trabajo, en esta segunda parte se analizará el abordaje que del art. 76 bis ha realizado un autor que podríamos calificar de “dogmático”.

Uno de los rasgos predominantes de la tradición jurídica romano canónica, reside en la importancia exacerbada que se asigna a la opinión de los jurisconsultos o doctrinarios, es decir, a quienes se abocan a un estudio predominantemente teórico del sistema jurídico. Una postura adoptada por gran parte de estos estudiosos, consiste en considerar su tarea como una ciencia, en un intento por jerarquizar el propio quehacer dotándolo de los

¹⁸ Ver NINO, Carlos Santiago, Ob. Cit., Cap. VI, pag. 328/329.

caracteres con que suele identificársela –objetividad- (al partir de la premisa de que las leyes que estudia son datos acabados y ajenos) y sistematicidad (de las leyes extrae principios y relaciones que integran un sistema supuestamente completo y coherente). A esta tendencia denominaremos dogmática jurídica o ciencia jurídica.

Como señala Ernesto Domenech, no existe una visión única respecto a la dogmática¹⁹. Ello así, debido a que los caracteres en apariencia indiscutibles que se predicaban respecto a ella han sido analizados y muchas veces objetados por pensadores como Carlos S. Nino y John Merryman, entre otros, quienes han dejado al descubierto numerosas falencias y contradicciones propias del quehacer dogmático.

Así, lejos de centrar su estudio en la calificación o no como ciencia respecto a la tarea dogmática²⁰, estos autores han estudiado sus características salientes:

- *Conceptualismo*: recurre reiteradamente a definiciones que se enseñan de manera *mecánica y acrítica*²¹
- *Cientificismo*: se apela a la noción de ciencia como elemento útil para jerarquizar sus conclusiones.
- *Sistematicida*: elaboración de estructuras lógicamente coherentes, completas, precisas y ordenadas.
- *Elevado nivel de abstracción*: en palabras de John Merryman “...*el científico jurídico se interesa más en desarrollar y elaborar una estructura científica teórica que en resolver problemas concretos. Está siempre buscando la cada vez más esquivada verdad jurídica y en el proceso de hacer sus aseveraciones más abstractas se le escapan detalles ‘accidentales’...*”²²
- *Formalismo*: se intenta aplicar métodos de la lógica formal para extraer conclusiones generales aplicables a casos similares.
- *Purismo*: se aísla al derecho de toda valoración axiológica.

En su tarea, el dogmático suele recurrir a herramientas que la sustentan y justifican. Así, se crean definiciones y clasificaciones que bajo una pretendida función descriptiva encubren una fuerte función normativa, que no propone soluciones sino que las impone mediante la negación de cualquier tipo de interpretación en contrario.

También es frecuente la alusión a principios y relaciones supuestamente inherentes al sistema jurídico, cuya existencia, utilidad y aplicabilidad aparecen hoy como –al menos- cuestionables.

¹⁹ DOMENECH, Ernesto E., *Dogmática Penal Funciones y Prácticas*, 1998.

²⁰ Ver BACIGALUPO, Enrique, *Sobre Dogmas de la Dogmática Penal*, Universidad Complutense de Madrid, Cap. I

²¹ MERRYMAN, John H. *La Tradición Jurídica Romano Canónica*, Cap X, La ciencia jurídica, pág. 113.

²² MERRYMAN, John H, Ob. cit., pág. 115.

Estas y otras han sido señaladas como contradicciones propias de la dogmática. Veamos ahora como ejemplo el análisis que realiza un autor dogmático del texto legal escogido.

3.2. El análisis de Eugenio R. Zaffaroni.

Comienza el autor su estudio, realizando una breve reseña de los antecedentes del instituto de la suspensión de juicio a prueba, considerándolo una expresión del “...movimiento de simplificación procesal y de alternativas al encierro divulgado en la legislación comparada a partir de los años sesenta...”.

Ya en esta introducción, el autor incurre en un defecto epistemológico común en la dogmática penal argentina, dada por la forma en que el mismo analiza el articulado: lo hace desde una perspectiva determinada, es decir, partiendo de la base de que los artículos instauran un instituto vigente en la legislación extranjera conocido como *probation*.

Lo señalado trae como primer inconveniente la falta de un abordaje libre de preconceptos, y suele materializarse en la introducción de polémicas desatadas en el extranjero que no necesariamente resultan aplicables a la legislación nacional. Por consiguiente, se corre el riesgo de que verdaderas dificultades del texto legal argentino (problemas del lenguaje empleado, relación con otras normas, y en general todos los obstáculos estudiados en la primera parte del trabajo), no sean identificadas y analizadas con seriedad.

Por otra parte, la actitud señalada va de la mano de una pretensión sistematizadora que supone que el instituto de la *probation* posee caracteres propios, que devienen por ello aplicables a la legislación nacional, actitud que no sólo violenta el principio de legalidad, sino en general todas las pautas del orden democrático. Es decir, la obligatoriedad que posee la ley -en este caso el artículo 76 bis del Cód. Penal-, deviene del haber sido sancionada por los representantes elegidos por el pueblo, y mediante los procedimientos previstos al efecto por la Constitución Nacional de manera que, al menos en teoría, constituye la materialización indirecta de la voluntad del pueblo. Por ello, si se copian conclusiones que resultan válidas para un sistema foráneo pero nada tienen que ver con aquello que se encuentra vigente en el derecho argentino, se vulnera la obligatoriedad de las normas vigentes, en otras palabras, la voluntad del pueblo.

La falencia analizada es considerada por el profesor Ouviaña como uno de los obstáculos epistemológicos más salientes del pensamiento penal argentino:

“...me parecen extremadamente perjudiciales las modalidades de una nueva pseudo-dogmática que parece haber desertado del rigor metodológico original y que ha ido por el

camino de una paulatina dependencia cultural, al desprecio de nuestra real y cotidiana problematización.”

Me refiero concretamente a la actitud que suele pasar por la dogmática y es precisamente su disimulada deserción. Consiste en la alteración de las reglas metodológicas por las cuales toda problematización debe hacerse a partir de la aplicación de un derecho positivo y vigente y toda respuesta a tales problemas debe moralizarse en la estructura de una proposición falsable que permita su contrastación con aquél. El dogmatismo al cual nos referimos no deriva su problematización del Derecho vigente en la Argentina, ni enfrenta los problemas elaborando sus pautas teóricas al estilo dogmático ortodoxo, sino que tanto aquélla como éstas son importadas de la doctrina extranjera...”²³.

A continuación, el Dr. Zaffaroni realiza una fuerte crítica a la redacción utilizada, caracterizándola de “deficiente” y fruto de la “poca reflexión del legislador”. A ella atribuye “contradicciones inexplicables que acabaron en incoherentes restricciones”.

Si bien en este extremo se puede observar como herramienta de estudio el planteo de dos de los problemas de interpretación derivados del artículo en tratamiento, pensamos que resulta deficiente el análisis que realiza el autor. En primer término, pues la crítica que realiza a la redacción de la norma precede a todo abordaje expositivo sobre su contenido y problemas, confundiendo una opinión personal (y por lo tanto valorativa), con intentos de un estudio científico –objetivo– del articulado en cuestión. En segundo lugar, en una prematura opinión crítica atribuye los desconciertos que despierta la norma a una irreflexiva tarea legislativa, lo cual si bien en gran parte puede resultar cierto, como vimos en la primera parte del trabajo, no necesariamente es así: todo texto legal posee problemas y el sólo imaginar la posibilidad de que los mismos no existan, implica una postura simplista y por demás irreal. Es decir, lo negativo del análisis que sobre el punto realiza el autor no radica tanto en su crítica o descalificación hacia *el legislador* (construcción propiamente dogmática), sino mas bien en pretender que todo problema interpretativo podría haberse evitado con otra redacción.

También es criticable que el jurista valore como “correctora” la interpretación hecha por los tribunales inferiores, y no como una de las posturas posibles a adoptar. En lugar de señalar lo que sería una inconsistencia valorativa (negar la posibilidad de aplicar el instituto a delitos mas leves reprimidos con pena de inhabilitación), considera como único juicio admisible la postura de los tribunales de primera instancia, tachando de “regresiva” y “casi derogatoria” la interpretación efectuada por la casación de considerar la pena a tener en cuenta como la abstractamente prevista y exigir en todos los casos conformidad fiscal.

²³ OUVIÑA, Guillermo J. La Plata (1979) *Dos obstáculos epistemológicos en el pensamiento penal argentino*.

“...La característica distintiva de la dogmática es que, al igual que en el caso de los jueces, la función de reconstrucción del derecho se realiza, no en forma abierta, sino en forma encubierta, utilizando un aparato conceptual retóricamente efectivo que cumple la función de hacer aparecer las soluciones originales que ella propone como si derivaran de algún modo, a veces misterioso, del derecho positivo...”²⁴.

Además de los “vicios casi crónicos” de la dogmática consistentes en evitar todo tipo de exposición referente a los problemas derivados del lenguaje, como la ambigüedad de expresiones como *delito*, *pena*, etc., el autor acude, como se esbozó, a la construcción de “*el legislador*”.

“...Los juristas hablando del legislador como si fuera único...imperecedero...consciente...omnisciente...operativo...justo...coherente...omnicomprensivo...preciso...”, lo que es utilizado como herramienta para *“...atribuirle las soluciones propuestas por ellos para adecuar el derecho a ciertos standards axiológicos vigentes, cerrar sus lagunas, eliminar sus contradicciones, precisar sus términos vagos, prescindir de las normas superfluas, etcétera, sin que aparezcan como una modificación del orden jurídico positivo, sino como si se tratara de una descripción del derecho vigente tal como genuinamente debió haber sido pensado por el legislador...”²⁵.*

En el punto 3 de su exposición, el Dr. Zaffaroni cita distintas posturas respecto a la interpretación del artículo, puntualmente, respecto a qué delitos pueden dar lugar a la suspensión del proceso. Distingue aquí dos tesis: una que califica como *regresiva*, que reserva su aplicación a delitos considerados leves, y otra que procura “salvar la institución”, que se funda en una interpretación gramatical y teleológica.

Encontramos positivo que el autor exponga distintos puntos de vista acerca de cómo interpretar el texto legal. Sin embargo, el uso de expresiones con fuerte carga emotiva (“carácter regresivo”; “llegó a sostener”) juegan de alguna manera en desmedro de una exposición seria de la problemática. Tampoco realiza el autor un análisis de las consecuencias que implicaría la adopción de una u otra postura, ni acude a otras herramientas argumentativas más que su propia convicción de que la segunda postura planteada es la más adecuada. Esta característica se refleja en afirmaciones como *“...no hay ninguna razón para no considerar a cualquiera de estos supuestos como pena requerida en concreto, puesto que el instituto de la probation es el equivalente de la condenación condicional para la etapa de juicio”*, expresiones que no encuentran un real sustento en el texto legal ni en otros principios de nuestro sistema. Como únicos argumentos a favor de la tesis que propugna, se registran: la utilización de distintas penas privativas de libertad en el primer y segundo párrafo, la remisión al art. 26 que necesariamente requiere pena de

²⁴ NINO, Carlos S., Ob. cit., Cap. VI, págs. 326/327.

prisión; la diferencia que hace el texto entre los términos *Juez* en el tercer párrafo, y *Tribunal*, en el cuarto, que implican la referencia a delitos leves en el primer supuesto y delitos graves juzgados por órganos colegiados, es decir, la distinción entre competencia correccional y criminal. También acude para avalar su posición a “*la finalidad perseguida con la incorporación del instituto*”, la que, además de suponerse única, se cree conocer de manera incuestionable.

Realiza luego una –arbitraria– descomposición de la norma en tres partes, considerando que regulan tres supuestos diferentes, lo cual como se vio, no se extrae indudablemente del texto. En este punto omite el Dr. Zaffaroni señalar los problemas derivados de expresiones como *máximo de la pena, delito, concurso de delitos*, entre otras. Por el contrario, de manera no explícita sino encubierta, resuelve interrogantes que genera el artículo, y afirma enfáticamente que el máximo de la pena es el máximo de la escala penal aplicable al delito imputado, que el concurso de delitos debe ser de los denominados “concurso real”, que el beneficio debe resolverse “en cualquier momento antes de abrir el debate”, que en el supuesto de un delito con pena mayor a los 3 años que según las circunstancias del caso permitiría dejar en suspenso la condena procede el beneficio, etc. Todas estas aserciones implican una valoración, una toma de posición respecto a interrogantes que no pueden ser resueltos con la simple remisión al texto legal. Como ya se vio, una vez más, el dogmático no sólo omite plantear los problemas, sino que disimula como extraídas de la norma sus propias opiniones.

Luego afirma que todos los supuestos regulados pueden reducirse a uno solo: “todo imputado de delito que pueda ser condenado condicionalmente tiene derecho a requerir la suspensión del juicio a prueba”, afirmación que no resulta del todo cierta pues la condenación condicional sólo procede para delitos reprimidos con pena de prisión, contrariamente al beneficio de la suspensión que también es admitida para casos a los que les corresponde la pena de reclusión.

A continuación, analiza un tema por demás complicado en el ámbito del derecho penal como es el de determinar qué delito es más grave que otro. En este punto, simplifica el análisis pues afirma que “...*la medida más objetiva para fijar límites a la gravedad de un delito parece ser la que toma en cuenta sus consecuencias...*”. Por un lado, es necesario destacar que no ayuda la utilización de la palabra delito ya que es ambigua y por lo tanto provoca dudas respecto a si la mayor o menor gravedad se refiere a un hecho delictivo o a una figura delictiva. Por otra parte, un delito implica multiplicidad de consecuencias además de la pena que le corresponde a la figura imputada, todo lo cual evidencia que no es tan simple determinar criterios en el tema que nos ocupa.

²⁵ NINO, Carlos S., Ob. cit., Cap VI, pág. 333.

Sin perjuicio de ello, el autor entremezcla análisis valorativos (como es el determinar la gravedad o levedad de los delitos y las decisiones más o menos coherentes de política criminal que ello involucra), con análisis interpretativos del texto legal, lo cual lejos de clarificar el estudio lo dificulta, por las decisiones encubiertas que supone.

Seguidamente el jurista se refiere a los restantes requisitos además de la *“...posibilidad de condenación condicional, la ley establece otras condiciones positivas y negativas...”*. Se observa aquí otra de las costumbres de la dogmática, consistente en clasificar lo inclasificable, o mejor dicho, de apelar a clasificaciones que nada aportan al análisis, pero que aparentan sistematicidad. En este caso, en apariencia se tiene en cuenta un parámetro de acción (hacer) para las condiciones “positivas” y de omisión (no hacer) para las negativas. Pero no resulta comprensible qué finalidad puede tener tal agrupación, es decir, la caracterización de “positiva” o “negativa” de una condición. Menos entendible aún resulta la afirmación de que la expresión ofrecimiento de reparación *“...no debe entenderse como la indemnización prevista en el art. 29 del código penal, sino según las posibilidades del imputado...”*, *“...puede reducirse, si fuese razonable, al simple perdón o a una reparación no necesariamente económica...”*. Una vez más omite el autor realizar un planteo abierto del problema interpretativo que provoca la expresión utilizada por la norma, acudiendo a una postura por demás autoritaria con la utilización de expresiones como *“no debe entenderse”*. Tampoco plantea ni resuelve los restantes interrogantes en torno al punto ahora estudiado, sino que el dogmático se limita a transcribir en forma textual el artículo en puntos que son más que problemáticos por las diversas interpretaciones que permiten. Es sobreabundante destacar que en nada contribuye esta actitud en el estudio o aplicación de la norma.

Luego, vuelve con el intento de sistematicidad al referirse a los requisitos “negativos”, y una vez más omite hacer referencia, en este caso de forma expresa, a los obstáculos interpretativos cuando refiere: *“...no procederá la suspensión del juicio a prueba cuando un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, hubiese participado en el delito, lo que no ofrece mayor dificultad, si por un lado se precisa que la norma excluye a los delitos vinculados con el ejercicio de su función y no los delitos cometidos durante la función y, por otro, que la norma no está pensada para el simple empleado público, sino para el funcionario que con facultades concedidas por la ley u otras normas de inferior jerarquía y en abuso de ellas, cometiese un delito...”*. Es una incógnita insuperable determinar de dónde extrae el autor soluciones tan enfáticamente afirmadas, más aun cuando la fórmula empleada por la norma es extremadamente vaga y de difícil abordaje. No es tarea sencilla determinar en la práctica cuando un individuo reviste el carácter de funcionario público (expresión vaga), ni cuándo se está en “ejercicio de sus funciones”. Por lo tanto, es incomprensible que el autor niegue dichas dificultades y en apariencia resuelva problemas

tan intrincados, apelando nuevamente a la finalidad de la ley –como si esta fuera unívoca y cognoscible–.

A continuación, el autor reitera sus conclusiones tendientes a desacreditar la postura que niega la viabilidad del instituto para los delitos graves, y para ello incurre nuevamente en las falencias epistemológicas ya señaladas: fuerte carga emotiva en sus expresiones (“criterio regresivo” que contribuiría a “vulnerar los fines del instituto” lo que implicaría que “la agencia operara burdamente”), simplificación de los dilemas (“es sencillo advertir”, “pocas dudas caben”, etc), apelación al “fin del instituto” que a su entender justificaría la derogación del propio texto legal, etc.

En el análisis del cuarto párrafo, como se vio, el autor niega la existencia de dificultades de interpretación pues entiende claro que se refiere a supuestos distintos a los del primer y segundo párrafo. Tampoco advierte acerca de la deficiente remisión al artículo 26 del Cód. Penal. Sin embargo, se refiere al consentimiento fiscal, que califica de “dudosa constitucionalidad”. Lo que pareciera ser una buena herramienta se ve opacada por la solución –una vez más- autoritaria que propone, pues en lugar de dejar planteada la eventual contradicción con los principios de la Carta Magna (que podría determinar su declaración de inconstitucionalidad), el autor afirma que “...este texto solo puede entenderse en forma compatible con la Constitución, interpretando que el dictamen es vinculante cuando solicita la suspensión del juicio, pero no a la inversa...”. Como lo ha señalado Carlos S. Nino, esta característica propia de la dogmática es consecuencia de una ficción: considerar al sistema normativo vigente como coherente, lo que no siempre es así (véase el capítulo sobre las contradicciones o inconsistencias).

4. CONCLUSIÓN

Es fácil advertir en esta instancia que los problemas que puede generar el artículo 76 bis del Código Penal Argentino no se agotan en los precedentemente planteados y analizados. Sería posible imaginar infinitos conflictivos y ensayar soluciones diversas para los mismos.

Sin embargo, aceptando tal realidad, creemos que ha quedado expuesto que no todos los análisis son igualmente valorables desde un punto de vista epistemológico.

No es equivalente efectuar un planteo abierto de los problemas que no hacerlo, ni razonar de manera comprometida que arribar a soluciones sin sustento. No es lo mismo proponer herramientas de análisis que imponer respuestas autoritarias, ni es igual aquel conocimiento que nace de la reflexión que el que intenta ampararse en el poder.

En definitiva, es importante aprender a razonar en un marco de libertad y tolerancia y aceptar que las respuestas, como las preguntas, no son únicas ni inmutables. Que el conocimiento, si existe, puede alumbrar pero también puede encandilar y enceguecer.

Que la verdad no es propiedad de nadie (ver Libro Tercero del Código Civil).

5. BIBLIOGRAFIA

- ◆ Bacigalupo, Enrique, *Sobre Dogmas de la Dogmática Penal*, Universidad Complutense de Madrid.
- ◆ Carrió, Genaro R. *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot.
- ◆ Copi, Irving M. *Introducción a la lógica*, Buenos Aires, Ed. Universitaria de Buenos Aires.
- ◆ Domenech, Ernesto E. (1998), *Dogmática Penal: Funciones y Prácticas*, Universidad Nacional de La Plata, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
- ◆ Merryman, John Henry (1969), *La tradición jurídica romano-canónica*, México, Fondo de Cultura Económica.
- ◆ Nino, Carlos Santiago (1980), *Los límites de la responsabilidad penal*, Buenos Aires, Ed. Astrea.
- ◆ Nino, Carlos Santiago (1988), *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Ed. Astrea.
- ◆ Ouviaña, Guillermo J. (1979), *Dos obstáculos epistemológicos en el pensamiento penal argentino*, La Plata.
- ◆ Ouviaña, Guillermo J. *Nullum crimen, nulla poena, sine pravia Lege*
- ◆ Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro Zlokar, Alejandro (2000), *Derecho Penal Parte General*, Buenos Aires, Ediar Sociedad Anónima Editora Comercial, Industrial y Financiera.

