SUSPENSIÓN DEL JUICIO A PRUEBA (PROBATION), JUICIO ABREVIADO Y LEY PENAL TRIBUTARIA

Autores: Dr. Daniel G. Pérez y Dr. Deonildo Roberto Fiocco

INTRODUCCIÓN

El dictado de la Ley 25.874 (con el designio de "súper" criminalizar ciertas conductas disvaliosas), ha suscitado inquietudes entre quienes se han abocado o dedican a la materia tributaria, en especial, en lo relativo a las conductas amenazadas con penas que vedarían u obstruirían la aplicación de formas especiales de suspensión o terminación del proceso.

Creemos oportuno abordar la consideración de estos instrumentos jurídicos que, si bien no desconocidos, no han sido suficientemente analizados, intentando definir su aplicabilidad concreta, respecto de los diferentes supuestos reprochados en la Ley Penal Tributaria.

1- EL RÉGIMEN PENAL COMÚN

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Con anterioridad a la aparición de las leyes 24. 316 y 24.825 (esta última en el orden Nacional), el sistema Penal Argentino era presidido absolutamente por el principio de "legalidad", entendiéndose por tal aquél en que los órganos predispuestos por el Estado deben indefectiblemente ejercer la función penal que la ley les otorga.

Obligatoriamente la persecución debía iniciarse cuando se presentaban las condiciones fácticas previstas, **continuarse y concluirse**, salvo las excepciones previstas en la Ley.

El Estado tiene el monopolio persecutorio, y el principio procesal de "oficiosidad" determina que (salvo los supuestos de excepción previstos en el Código- arts. 72 y 73), la promoción de la persecución corresponde al Órgano Estatal.

No se autoriza a los órganos competentes a prescindir de dicha persecución, abandonarla o interrumpirla por razones de oportunidad o conveniencia de orden político-criminal.

Una de las exigencias fundamentales de cualquier política procesal es la de su eficacia, y uno de los indicadores más sensibles de la eficacia es la brevedad del proceso. En las Provincias que antes de estas normas tenían implementado el enjuiciamiento oral, se advertía que resultaba imposible juzgar todos los delitos que llegaban a los tribunales por la insoportable estructura que ello demandaba, y por tal motivo, se había establecido una solución práctica a ese problema: la vía de prescripción[1].

---

[1] TAMINI- LÓPEZ LECUBE "La Probation y la Suspensión del Juicio a Prueba" LL 1994-D, 857.

En los dos Institutos que se examinarán en lo sucesivo, subyace la idea de "negociación" entre el imputado y el órgano Estatal, titular y responsable de la persecución.

Con raíces en el sistema norteamericano, importan un intento de solución pragmática a una situación de hecho preocupante. La compatibilización con nuestra identidad protectoria y con nuestro ordenamiento exige un sinnúmero de esfuerzos doctrinarios, y aún más, llevarlos del campo del derecho penal común al del derecho penal especial, importa un redoble de esfuerzos interpretativos.

El derecho procesal penal norteamericano se enlista en un tipo de negociación amplia, que comprende desde la acepción por el imputado de declararse culpable de un cargo reducido, o del cargo original a cambio de una promesa en relación con la sentencia, hasta declararse culpable de un cargo a cambio de que se le retiren otros[2].

Esto colisiona seriamente con nuestro sistema, dado que entre nosotros ni el Fiscal ni el Juez tienen la posibilidad de "disponer" de la acción penal, y por el principio de legalidad no pueden dejar de perseguir **todo** el delito del que tomen conocimiento.

Tampoco resulta admisible en nuestro ordenamiento la "verdad consensuada" entre las partes, sino que la Jurisdicción debe ajustarse, en materia penal, a la "verdad real" o histórica y sería inadmisible que una sentencia consagrara como verdad un hecho inexistente, es decir una mentira.

Por esta causa, la "negociación" subyacente (p.e. en el proceso penal abreviado), es en nuestro sistema restringida, y sólo puede versar sobre el monto de la pena, quedando excluidas la descripción de cómo ocurrieron los hechos y la calificación del delito.

A partir de las leyes antes citadas, aquel principio absoluto de legalidad ha cedido a favor del criterio de "oportunidad". Este criterio se puede relacionar fácilmente con las teorías utilitarias sobre la finalidad y límites de la pena, o con finalidades político-criminales tendientes a la desincriminación de comportamientos, o a la derivación de comportamientos penalmente reprochados hacia soluciones extrapenales. En suma, un desapego a los principios estructurados sobre la base Kantiana de la concentración ética de que, todos lo delitos deben ser castigados para restablecer, restaurar y entronizar el imperio del Derecho.

Si bien ambos institutos están inspirados en criterios de política criminal similares, conviene no perder de vista que la suspensión del juicio a prueba ("probation" por ahora) es un instituto incorporado al código de fondo (art. 76 bis C.P.), teniendo por lo tanto una regulación uniforme con validez para toda la República, en tanto el Juicio Penal Abreviado se inscribe en los Códigos de Procedimientos Penales de cada Provincia (p.e. Art. 431 bis CPPN), es susceptible de definiciones diversas en cuanto a sus modalidades y alcances, y ello, al menos en teoría, daría pie a un debate doctrinario acerca de la constitucionalidad de las normas, atendiendo a las características con que en cada jurisdicción provincial el Juicio Abreviado sea regulado.

---

[2] EDWARDS, Carlos; "El juicio Abreviado y la Instrucción Sumaria"; Marcos LERNER Edit. Pág. 16 y siguientes.

2. SUSPENSIÓN DEL JUICIO A PRUEBA (LÉASE "PROBATION")

Como primera aproximación, intentemos definir el instituto. Según Edwards: el término *probation* significa "prueba", es decir un régimen o método que consiste en la suspensión del proceso penal o de la ejecución de la sentencia condenatoria, sometiendo al imputado o al condenado a un régimen de vigilancia y prueba. También se la define como un método utilizado para el tratamiento de ciertos delincuentes seleccionados, adecuados para alcanzar por este medio su rehabilitación, que consiste en la suspensión de la condena o de la ejecución de la pena impuesta, durante un plazo de prueba e cuyo transcurso queda el inculpado en libertad bajo vigilancia y asistencia de una persona que la guía y la tutela, generalmente funcionarios preparados para esta misión (*probation officer*) (Eugenio Cuello Calón, ob. cit. pág. 487)[3]

Este instituto fue instaurado en nuestro sistema con un doble objetivo:

1) Sustraer de la represión penal ciertos delitos reprochados con una pena privativa de libertad de poca importancia.

2) Utilizar más eficientemente los recursos de la Jurisdicción, reduciendo el trabajo de los tribunales, (colapsados por innúmeros expedientes, muchos de los cuales sin relevancia significativa) y permitiendo una más ágil y eficiente administración de Justicia en los casos verdaderamente trascendentes.

Se reconocen dos instituciones del derecho norteamericano en el origen:

- Suspensión de la persecución penal, por vía de la desestimación de los cargos por el Ministerio Público, a cambio de la aceptación por el imputado de someterse a un régimen de rehabilitación (divertion), prevista para delitos leves y autores primarios, para ser aplicada en la etapa instructoria.

- Un acuerdo entre el Estado y el imputado en que aquel se compromete a mantener en suspenso el Juicio, a cambio de que el imputado cumpla con ciertas condiciones legalmente establecidas (probation), (prevista para regir una vez concluida la instrucción).

Como es sabido, en nuestro sistema el imputado de un delito de acción pública reprimido con pena privativa de libertad cuyo máximo no exceda de 3 años podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba. En los casos de concursos de delitos también podrá hacerlo si el máximo de pena aplicable no excediese de 3 años.

Larga discusión doctrinaria ha generado el límite legal señalado, en tanto la tesis restrictiva ha entendido que la norma se refiere al

[3] EDWARDS, Carlos; "La probation en el Código Penal Argentino. Ley 24.316"; Marcos LERNER, Editora; Provincia de Córdoba, República Argentina 1994; pág. 23-24.

monto previsto en abstracto para el delito reprochado (Plenario Kosuta[4]) (*"reprimido con pena"* art. 76 bis 1° párrafo) y, la tesis "amplia", a que ha adherido la mayoría de los tribunales inferiores, considera que el límite se refiere a la *"condena aplicable"* (art. 76 bis 4° párrafo), estimada provisionalmente para el caso concreto, sin perjuicio de otra corriente que considera que la ley alude a *dos supuestos de probation*: uno para aquellos delitos reprimidos con pena privativa de la libertad cuyo máximo no supere los 3 años (competencia de la Justicia correccional), y otro para aquellos en que la condena aplicable -de acuerdo con las circunstancias del caso- pudiera ser dejada en suspenso[5]. El asunto merece un desarrollo que excede el objetivo de este trabajo.

Si las circunstancias del caso permitieren dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable, el tribunal podrá suspender la realización del juicio, pero para ello es imprescindible el consentimiento del Fiscal.

Si el delito imputado, o alguno de los delitos en concurso estuviera reprimido con multa (conjunta o alternativamente con prisión) el imputado deberá hacerse cargo de pagar el mínimo de dicha multa.

Al solicitar la probation, el imputado deberá ofrecer la reparación del daño en la medida de lo posible, sin que ello implique confesión ni reconocimiento de la responsabilidad civil. Por resolución fundada, el Juez o Tribunal decidirá sobre la razonabilidad de este ofrecimiento. Si la parte damnificada no aceptara el ofrecimiento y el juicio se suspendiere, podrá accionar civilmente.

Además, el imputado debe abandonar a favor del Estado los bienes que, en caso de recaer condena, resultarían decomisados.

No es procedente la suspensión del juicio a prueba **respecto de delitos reprimidos con inhabilitación** y tampoco cuando hubiere habido en su comisión participación de un funcionario público en ejercicio de sus funciones. Si bien gran parte de la doctrina considera incluidos los funcionarios que actúen en ejercicio de sus funciones y no meramente que el delito sea cometido **durante** dicho ejercicio, hay una discusión abierta acerca de si la exclusión se refiere a cualquier delito o únicamente a los delitos especiales que requieren la condición de funcionario público en el autor, para su comisión.

Resuelta por el Tribunal la Suspensión del Juicio, fijará el tiempo de la misma entre 1 y 3 años, estableciendo las reglas de conducta que deberá cumplir el imputado, conforme lo previsto en el art. 27 bis C.P. (reglas para la condena de ejecución condicional). La prescripción de la acción penal se suspende durante ese tiempo.

La suspensión queda sin efecto, y se lleva adelante al Juicio, si el imputado comete un nuevo delito, no repara los daños, no observa las reglas de conducta o si con posterioridad a la suspensión se conocieran circunstancias que modifiquen máximo de la pena aplicable o la estimación de que la posible condena sería de ejecución condicional.

---

[4] Cámara Nacional de Casación Penal; 17/8/99; L-1999-E-828.
[5] AUED-JULIANO; "La probation"; Editorial Universidad, Buenos Aires 2001, pág. 26.

Si en el juicio celebrado después de una suspensión el imputado resulta absuelto, se le devolverán la multa pagada y los bienes abonados a favor del Estado, pero no podrá reclamar el reintegro de las reparaciones cumplidas.

La suspensión del Juicio no es obstáculo para que se le apliquen al imputado sanciones contravencionales, disciplinarias o administrativas.

¿Desde qué momento es posible al imputado solicitar la suspensión del Juicio a Prueba?

La Ley de fondo no lo establece, y el C.P.P.N. en su art. 293 prescribe que el órgano judicial competente podrá conceder el beneficio en la oportunidad que la ley penal permita la suspensión.

Una interpretación restrictiva, basada en el art. CPPN permitiría inferir que dicha oportunidad debe ser la más cercana posible al inicio de la acción pública; pero si interpretamos que lo que se suspende es el juicio (esto es "el debate"), y que además la "suspensión" puede ser dejada sin efecto (Art. 76 ter del CP), es lógico suponer que para que sea posible pedir la suspensión, la instrucción debe estar concluida. Esto también por las dificultades previsibles para "retomar" una investigación después de un período más o menos prolongado de suspensión.

La mayoría de la doctrina coincide en que la oportunidad para solicitar la suspensión es con posterioridad al requerimiento fiscal de elevación de la causa a Juicio y el auto que así lo resuelve. Es en este momento en que el imputado tiene verdadera certeza de que el poder público lo va a perseguir por la comisión de un hecho presuntamente delictivo, tendrá conocimiento acabado de la investigación practicada, y estará en condiciones de decidir si usa el derecho que le confiere el art. 76 bis CP.

¿Hasta qué momento es posible solicitar la suspensión?

Una corriente a la que adscriben numerosos juristas estima que, no habiéndose fijado un límite legal, es factible solicitar la suspensión del juicio a prueba hasta antes de que la sentencia dictada adquiera firmeza[6].

Sin embargo, si se atiende a la finalidad del instituto propuesta por el legislador, la celebración de una audiencia de probation durante el debate y hasta después de dictada la sentencia, impresiona como un dispendio injustificable de actividad jurisdiccional, contrario a los objetivos tendido en mira al sancionar la Ley.

Si lo que se suspende es el juicio, lo razonable, y lo que admiten los Tribunales, es que la petición pueda formularse hasta que sea fijada la audiencia del Debate. (Si bien, como normalmente dicha audiencia se fija con bastante antelación, no habría gran inconveniente ni contradicción con la finalidad de la ley, en que la petición se formulara *antes de la celebración* del debate).

---

[6] Vitale (Suspensión del Proceso Penal...; Editorial del Puerto, pág. 253). Castañeda Paz (Probation...Abeledo-Perrot, pág. 76). De Olazábal- (Suspensión del proceso- Astrea, pág. 67). Aued- Juliano. (Op. Cit., pág. 38)

No existe impedimento legal para que la petición de suspensión del Juicio se formule más de una vez. Claro está que, para que el Tribunal varíe su criterio denegatorio o el Fiscal preste su consentimiento, el peticionante deberá incorporar importantes modificaciones a su solicitud anterior, en orden, por ejemplo, a la reparación del daño.

Presentada la petición, el asunto se resolverá en audiencia única. En ella el imputado podrá expresarse, formulando su ofrecimiento conforme art. 76 bis CP.

El damnificado también podrá manifestarse, militando su intervención a expresar si acepta o no la reparación ofrecida.

Finalmente, el Fiscal se pronunciará sobre la procedencia o no de la concesión del beneficio solicitado. **En caso negativo, su dictamen será vinculante para el Tribunal.**

Por el contrario, en el caso de que el Fiscal se pronuncie a favor de la concesión, el Tribunal igualmente puede denegarla fundadamente.

Al sancionarse la ley 25.874, modificatoria del régimen penal tributario resultó evidente la intención del legislador de levantar una valla infranqueable para la probation en los supuestos previstos por el art. 15 de la ley 24.769 la elevación de los mínimos de las penas por encima de los 3 años de prisión obsta a la principal condición de admisibilidad de la solicitud (aún conforme la doctrina "amplia" antes citada), y determina que en estos delitos sería inevitable que siempre se celebre el Juicio. En el punto respectivo abordaremos las cuestiones atinentes al régimen penal tributario.

3.JUICIO PENAL ABREVIADO

No existe duda de que el juicio penal abreviado se ha establecido para atenuar la mora en la resolución de conflictos penales. Como la **probation**, el instituto del juicio penal abreviado tiene como finalidad evitar el plenario.

Esta adopción de "principio de oportunidad" no ha sido, a criterio de numerosos especialistas y Tribunales, reglado de manera que no se contraponga absolutamente con los principios de legalidad procesal; obligatoriedad; oficialidad: oficiosidad; inderogabilidad; indisponibilidad; etc., que informar en general los sistemas procesales penales argentinos[7].

Ello ha dado lugar numerosos pronunciamientos en que se objetó la constitucionalidad del instituto en la medida en que, entra en pugna con el art. 18 de la C.N. en lo relativo a la inviolabilidad de la defensa en juicio, como asimismo en cuanto infringe la garantía contra la autoincriminación.

---

[7] GELVEZ E.O. y Miguel ARENA J.L. "Principios de legalidad y principio de oportunidad"; www.members.fortunecity.es.

En el orden nacional, el Juicio abreviado está previsto en el art. 431 bis del CPPN (Ley 24.825). En realidad se trata de una equivocada denominación, pues consiste en una forma de terminación del proceso penal **sin juicio**, que es lo que el Instituto suprime, con las impugnaciones con base constitucional que ello ha originado.

Según dicho artículo, cuando el Juez de Instrucción estima completa la instrucción y confiere vista al Fiscal, este puede solicitar, al formular el requerimiento de elevación a Juicio, que se proceda al Juicio Abreviado.

Para ello debe haber estimado suficiente la imposición de una **pena privativa de libertad inferior a seis años**, y debe formular en esa oportunidad un **pedido expreso de pena.**

El Fiscal es el único legitimado para hacer la petición, pero para que esta solicitud del fiscal sea admisible, será **necesario que sea acompañada de la conformidad del imputado (asistido por su defensor)** sobre:

- La existencia del hecho y su participación en él (descriptas en el requerimiento de elevación a Juicio).
- La calificación legal formulada.

Si los imputados son varios, todos ellos deben prestar conformidad, de los contrario no podrá aplicarse el procedimiento de Juicio Abreviado.

Es facultativo del Fiscal, desde la aceptación del cargo por el defensor, recibir en audiencia al imputado y a su defensor a los fines del art. 431 bis CPPN, dejando simple constancia en el expediente.

El Juez de instrucción elevará al Tribunal de Juicio la solicitud y la conformidad aludidas, son más trámite.

Hay una segunda oportunidad prevista en la Ley para la aplicación del procedimiento abreviado: ésta es durante los "Actos Preliminares" del juicio, es decir en el lapso que va desde la recepción de la Causa por el Tribunal Oral (en los casos criminales), y el dictado del Decreto de fijación de la audiencia para el debate.

En este segundo supuesto, el "acuerdo" a que se refiere el art. 431 bis se concretará entre el imputado y el Fiscal del Juicio, no ya el Fiscal de Instrucción, siendo imperativo que dicho funcionario también concrete un expreso pedido de pena.

El Tribunal de Juicio debe tomar conocimiento de visu del imputado (concretando el principio de inmediación) y escuchar las manifestaciones que este quiera hacer. Dado que la "conformidad" prestada no es irrevocable, podría el imputado rectificarse solicitando la celebración del Juicio. El Tribunal podrá rechazar la solicitud pero, si no lo hace, llamará autos para sentencia, la que deberá dictarse en un plazo máximo de 10 días.

Dicha Sentencia, que debe respetar las mismas formalidades y requisitos de validez que la que se dictare en un Juicio común, deberá fundarse en las pruebas recibidas durante la Instrucción, y en su caso en la admisión producida al prestar conformidad a la solicitud del Juicio abreviado. No podrá el Tribunal aplicar una pena superior o más grave que la pedida por el Fiscal.

Puede, en cambio, aplicar una pena más leve, e incluso absolver. La sentencia no puede fundarse sólo en el acuerdo, sino que debe hacerlo también sobre las pruebas de cargo reunidas en la Instrucción, lo que connota el límite de la "negociación" del Fiscal).

El Tribunal podrá rechazar la solicitud argumentando la necesidad de un mejor conocimiento de los hechos o su discrepancia con la calificación legal atribuida.

La asignación expresa de este argumento para el Tribunal tiene a evitar la convalidación de que en el "acuerdo" se haya concretado una calificación de los hechos distinta de la que correspondería (fijándose así también otro límite a la "negociación").

Es obvio que el Tribunal examinará asimismo el respeto de los principios de "verdad real" y "legalidad" y verificará el cumplimiento de los presupuestos exigidos por el art. 231 bis.

Previo al llamado de autos, o a la resolución de rechazo de la solicitud, el Tribunal recabar la opinión del querellante, si lo hubiera. Esta opinión no tiene efecto vinculante pero, dado el silencio de la Ley, estimamos que el querellante puede recurrir en Casación, si la resolución del tribunal es contraria a su pretensión.

Si el Tribunal de Juicio rechaza la solicitud, el proceso se continúa según las reglas del juicio común. En tal caso, la conformidad prestada por el imputado no puede ser tomada como un indicio en su contra, ni el pedido de pena formulado por el Fiscal actuante hasta entonces vinculará al Fiscal que actúe en el debate. El Tribunal ante el que se celebrará el debate, no será el mismo que rechazó la solicitud. El tribunal que reciba la causa continuará el proceso a partir de la citación a juicio (art. 354 CPPN).

Salvo que exista un acuerdo de partes, en el juicio abreviado será resuelta la acción civil, la que se podrá deducir en esa sede.

Si el imputado no admitiere el requerimiento fiscal respecto de todos los hechos correspondientes a causas conexas, no será procedentemente el juicio abreviado, salvo cuando la "desacumulación" de causas se haya dispuesto de oficio para evitar un grave retardo de alguna de ellas.

El segundo párrafo del art. 431 bis hace mención al **acuerdo** a que se refieren los inc. 1 y 2. Ello alude al **acuerdo entre el fiscal y el imputado** sobre la existencia del hecho, la participación y la calificación legal. Con ese fin están previstas las audiencias que pueden celebrar el fiscal con el imputado y el defensor.

Si bien la Ley no habla de **"negociación"**, este concepto está subyacente, pues es el contenido necesario de las audiencias que se prevén, y el **"acuerdo"** será su resultado. Como señaláramos, el margen de negociación es estrecho, pues sólo puede versar sobre el monto de la pena. Dentro de ese margen que dan el mínimo y máximo de la escala penal, el causado intentará obtener alguna ventaja, esto es: una pena menor a la que estimativamente se le aplicaría de celebrarse el juicio.

La *"simple constancia"* que debe dejarse de la o las audiencias, entendemos, no se refiere a una mera atestación de que la audiencia se realizó, sino que se trata de un acta sin demasiados pormenores, en la que se dejará constancia de quienes estuvieron presentes y que se llegó a un acuerdo sobre la aplicabilidad del procedimiento abreviado.

La iniciativa para celebrar dichas audiencias puede provenir tanto del Fiscal como del imputado, y si bien su celebración aparece como facultativa para el primero, en la práctica resulta inconcebible que deniegue la solicitada por el imputado, ya que ello implicaría el rechazo "inlímine" de toda posibilidad de acuerdo.

II- APLICABILIDAD DE LA PROBATION Y DEL JUICIO PENAL ABREVIADO A LOS DELITOS DE ÍNDOLE TRIBUTARIA

I. LA SUSPENSIÓN DEL JUICIO A PRUEBA

Este caso (en comparación con el instituto del "juicio penal abreviado") tiene más trayectoria y antecedentes en materia penal tributaria; se podría decir que, existen razonables posibilidades (en línea con los antecedentes jurisprudenciales) de asumir una posición fundada.

La influencia del Plenario "Kosuta" (su interpretación y efectos), la comparabilidad con los institutos propios del régimen penal especial tributario y de la seguridad social y hasta el análisis acerca de la aplicación lisa y llana de la "probation" en dicha órbita.

El Tribunal Oral en lo Penal Económico N° 3 en la causa *"Stella, Salvador s/ infracción ley 24.769"*[8], expresó que:

"Resulta aplicable al caso el Plenario resuelto en la causa "Kosuta, Teresa Ramona s/ recurso de casación", donde se estableció que la pena sobre la que debe examinarse la procedencia del instituto previsto en el art. 76 bis y siguientes del Código Penal- suspensión del juicio a prueba- es la reclusión o prisión cuyo máximo en abstracto no exceda de tres años, por lo tanto, corresponde rechazar el pedido en la presente causa, teniendo en cuenta la pena máxima prevista para el delito tipificado en el art. 9° de la ley 24.769".

Esta doctrina responde a lo que se da en llamar la tesis "restrictiva" emanada -fundamentalmente- del Plenario "Kosuta": *"La pena sobre la que debe examinarse la procedencia de instituto previsto por el art. 76 bis y siguientes del Código Penal es la de reclusión o prisión cuyo máximo en abstracto no exceda de tres años".* (Voto de la mayoría).

---

[8] T.O. Penal Económico Nº 3; 3/3/2000.

Si aplicáramos -sin ambages- el criterio más restrictivo, sujetando férreamente la posibilidad de aplicación al presupuesto del primer párrafo del art. 76 bis, **ninguno**, repetimos: **ninguno** de los delitos tipificados por la Ley Penal Tributaria pasible de la aplicación del instituto, por cuanto todos ellos, merecen -en abstracto- penas de prisión superiores a los tres años.

Pero, el Fuero en lo Criminal Federal había visto las cosas de otra forma; en la causa **"Asenjo Martínez José"**, fue dicho: *"Resuelto formalmente procedente en el caso de la suspensión del juicio a prueba, ya que al permitir la escala penal conminada en el tipo enrostrado -art. 8º ley 23.771- que la eventual condena sea de ejecución condicional, la situación encuadra dentro de lo previsto en el cuarto párrafo del art. 76 bis del ordenamiento sustantivo)"*[9]

En todo caso, este criterio "amplio" responde al voto en minoría de los Dres. Casanovas y Tragant en oportunidad de expedirse en el plenario "Kosuta", en tanto entendieron: *"El art. 76 bis del C.P. comprende dos grupos de delitos, un primero que encierra a aquellos que tienen prevista una pena de reclusión o prisión cuyo máximo no superó los tres años, y un segundo que comprende los delitos -no incluidos en el primer grupo- que, previendo la ley penal un máximo de pena superior a los tres años de privación de la libertad, permiten el dictado de una condena cuyo cumplimiento puede dejarse en suspenso -art. 26 del Código Penal"-.*

Por esta interpretación "amplia" sólo quedarían (en principio)[10] fuera de la posible aplicación del instituto, los delitos más gravemente calificados por la ley penal tributaria: (i) evasión agravada en el caso de delitos tributarios inc. a), b) y c) del art. 2° de la Ley 24.769; (ii) aprovechamiento indebido de subsidios (art. 3°, ley 24.769); (iii) evasión agravada en los casos de delitos relativos a la seguridad social (art. 8°, ley 24.769) y figuras de participación criminal y "asociación ilícita" (inc. b) y c) del art. 15 de la ley 24.769.

Una visión más armonizadora había aportado (antes del plenario "Kosuta") el ya mencionado Tribunal Oral en lo Penal Económico N° 3, en la causa **"Barmas, Eduardo Germán s/ infracción ley 24.769"**:

"Toda vez que las circunstancias particulares del caso, naturaleza del hecho, condiciones personales, se desprende que, en caso de recaer una condena (por el delito previsto en el art. 9º de la ley 24.769), la misma puede ser dejada en suspenso -art. 26 C.P.-, el delito se encuentra comprendido dentro del segundo gripo enumerado por el art. 76 bis, párrafo cuarto, por lo que resulta aplicable la suspensión a prueba..."[11].

Pero así y todo y a pesar de la aplicación del criterios más amplios, ciertos presupuestos previstos por la norma, actuarían como limitantes para la plena aplicación de la figura, al abordar ciertas conductas tipificadas en la ley penal tributaria.

---

[9] T. Oral en lo Criminal Federal Nº 4; 5/10/1998.
[10] Téngase en cuenta en este sentido, el instituto de la condenación condicional, art. 26 del Código Penal.
[11] T.O. Penal Económico Nº 3; 9/6/98.

Esto se refiere a los dos últimos párrafos del art. 76 bis, en tanto *"...no procederá la suspensión del juicio a prueba cuando un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, hubiese participado en el delito. Tampoco procederá la suspensión del juicio a prueba respecto de los delitos reprimidos que pena de inhabilitación".*

Si bien el texto no resulta lo suficientemente claro para determinar si cuando se refiere a las "penas de inhabilitación"; lo hace en virtud de penas principales o accesorias, la jurisprudencia, ha tomado posición al respecto: *"...Cuando para un delito se prevé la inhabilitación juntamente con otra (como en el caso de reclusión o prisión), el beneficio de la suspensión del juicio a prueba no es procedente..."*[12].

Estas reflexiones adquieren importancia cuando tratamos los delitos tipificados por los arts. 2°, inc. c); 3° y 4° de la ley 24.769. De acuerdo con lo previsto en el art. 5°, en tales casos, además de las penas previstas: *"...se impondrá al beneficiario la pérdida del beneficio y de la posibilidad de obtener o utilizar beneficios fiscales de cualquier tipo por el plazo de diez años..."*. Esta suerte de "inhabilitación" acompaña como pena accesoria aquellas previstas para la utilización fraudulenta de exenciones, desgravaciones, diferimientos, liberaciones, reducciones; o el aprovechamiento indebido de reintegros, recuperos, devoluciones o cualquier otro subsidio nacional; o la obtención de reconocimientos, certificaciones o autorizaciones para gozar de exenciones, desgravaciones, diferimientos, etc.

En la mayoría de los casos estos beneficios (por llamarlos de una forma globalizadota) son gozados por personas de existencia ideal, y en todo caso, su pérdida se manifiesta en la persona jurídica y no en la persona física imputable (esta última, de acuerdo con lo previsto por el art. 14 de la Ley Penal Tributaria). La pregunta es: ¿puede entenderse en este caso que la pérdida del beneficio por parte de la persona jurídica, arrastra fatalmente a la imposibilidad de aplicación de la "probation", en cabeza de la/s personas que -en todo caso- hubieren intervenido en el hecho punible?

Nos parece -humildemente- que no. El supuesto referido anteriormente parece ser uno de los pocos casos en que el principio *"societas delinquere non potest"* no funciona a pleno, en tanto a la luz de las conductas calificadas, la reprochabilidad y represión principal y accesoria, sufren una suerte de división: como responsabilidad por la conducta penalmente reprochada en cabeza de los representante, mandatarios autorizados a los que se les pueda adjudicar el hecho punible, y por otro lado, la inhabilitación especial (si es que así puede llamarse pérdida del beneficio) en cabeza de la persona jurídica. Esta divisibilidad implica falta de identidad en los sujetos y -consecuentemente- falta de identidad (principal-accesoria) en el establecimiento de la pena.

También -desde otro ángulo- podrá objetarse el asumir que la pérdida de beneficios es antológicamente una "inhabilitación", por cuanto, en el derecho penal común, ésta última se impone atendiendo fundamentalmente a la peligrosidad del sujeto.

---

[12] Juzgado Correccional Nº 2 de Resistencia; 1º instancia firme, 17/8/1994; JA, 1995-I, pág. 679.

Chiara Díaz dice, analizando las agravantes sancionatorias del art. 5° de la ley 24.769: "*...las sanciones accesorias de la pérdida del beneficio y la posibilidad de obtener o utilizar beneficios fiscales...por su especificidad y determinación singularizada no pueden ser equiparados a ninguna de las penas incluidas en el art. 5° del Código Penal, aunque técnicamente resulten comprendidos dentro del concepto amplio de inhabilitaciones punitivas...*"[13].

Lo que sí no puede mover a dudas es el alcance del inc. a) del art. 15 de la ley 24.769; allí, la participación criminal de quienes dictaminan, informan, autorizan, o certifican actos jurídicos, balances, estados contables o documentación para facilitar la comisión de delitos previstos en la ley penal tributaria, además de las penas previstas por dicha participación, se reprime, accesoriamente, con la pena de inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena. En este caso, parecería quedar claramente sentada la inaplicabilidad del instituto de la suspensión del juicio a prueba.

2.LA COMPARACIÓN DE LOS INSTITUTOS GENERALES Y ESPECIALES

Tal vez, la cuestión sustantiva, se halle más en la indagación relacionada con el precepto general del art. 76 bis del Código Penal, frente a la hipotética prevalencia de las normas especiales; en nuestro caso, los institutos de la ley penal tributaria (anterior y vigente): arts. 14 de la ley 23.771 y 16 de la ley 24.769, esto a la luz de lo preceptuado por el art. 4° del cuerpo penal de fondo.

En algunos casos, bastante relevantes, la jurisprudencia ha abordado tal indagación.

El Tribunal Oral en lo Penal Económico N° 1, en la causa **"Elías, Jorge Rodolfo s/ Ley 23.771"**, había sentenciado, respecto de la Ley 23.771:

"La posibilidad de extinguir la acción penal mediante lo previsto en la Ley 23.771, no obsta a la aplicación del instituto de la probation, en materia penal tributaria, ya que tienen distinta naturaleza y poseen fundamentos y fines diversos. Así la probation posee un objetivo preventivo especial y trae como consecuencia la suspensión del juicio suponiendo la imposición de reglas de conducta, cumplidas las cuales se declara extinguida la acción, mientras que el instituto previsto en la Ley 23.771, producido el pago de la pretensión fiscal, se extingue directamente la acción, sin suspensión del procedimiento ni sometimiento a prueba...El instituto previsto por el art. 76 bis, ter y quarter del CP resulta aplicable a la ley 23.771. El art. 4° del C.P. impone la aplicación de este instituto a la Ley Penal Tributaria, puesto que al no disponer lo contrario, las disposiciones del Código Penal rigen para todos los delitos previstos por leyes especiales"[14].

El Tribunal Oral en lo Penal Económico N° 3, en la causa **"Barmas"** (antes citada, nota 11), había sentenciado:

---

[13] Carlos A. CHIARA DÍAZ; "Ley Penal Tributaria y Previsional Nº 24.769"; Ed. Rubinzal- Culzoni; Santa Fe, Argentina 1997, págs. 266

[14] T.O. Penal Económico Nº 1; 20/5/98.

"La extinción de la acción penal prevista por el art. 16 de la ley 24.769 no puede confundirse con el instituto de la suspensión del juicio a prueba. Dados los requisitos previstos por el mencionado art. 16 la acción penal se extingue. En cambio, verificados los requisitos previstos por el art. 76 bis del Código Penal, se suspenderá el juicio por el término que fije el Tribunal debiendo el procesado reparar el daño en la medida de sus posibilidades, cumplir con las reglas de conducta impuestas y no cometer un nuevo delito para que finalizado dicho período proceda la extinción de la acción penal (conf. Art. 76 ter del C.P.)".

Estos anteriores no concuerdan con lo analizado por la Cámara de Casación, que en la causa **"Pardo García Héctor s/ recurso de casación"**[15], arriba a las siguientes conclusiones:

1) Puede trazarse una línea divisoria entre el instituto reglado por el art. 14 y la suspensión del juicio a prueba legislado en el art. 76 bis y siguientes del código sustantivo.

2) La extinción de la acción respecto de los delitos tipificados por la ley 23.771 exige que el infractor de total cumplimiento a la deuda fiscal, de donde el pago de la acreencia adquiere un lugar preponderante, pues sólo de esa forma se salvaguarda la integridad de la hacienda pública que la ley protege y cuya lesión provocó la evasión del tributo.

3) Estos criterios valorativos difieren sustancialmente con la suspensión del proceso a prueba; adviértase que a diferencia del anterior este instituto tiende a la rehabilitación de quienes han incursionado en el delito evitándoles el estigma de la condena, para lo cual se someten voluntariamente a un programa de reglas de conducta.

4) De adverso, en materia impositiva la extinción de la acción penal opera con el cumplimiento íntegro de la obligación fiscal, lo que seguramente responde a presupuestos y principios jurídicos que difieren sustancialmente de los que gobiernan los aspectos reparatorios del daño.

5) Cuando el art. 10 de la ley 24.316, dispone la inalterabilidad de los regímenes dispuestos por las leyes 23.771 y 23.737 asegura la prevalencia de la norma especial -en el caso del art. 14 de la ley penal tributaria-, respecto del precepto general del art. 76 bis del CP.

De esta misma forma lo había observado Edwards en la oportunidad del dictado de su obra sobre el tema, entendiendo que el término "no alterar" significa no cambiar la forma o esencia de algo, es decir no producir una modificación; por ende, no alterar implica que no se

[15] CNCP; 11/8/98.

modifica lo dispuesto en las leyes 23.771, no resultando aplicable para los delitos tipificados en las mismas la suspensión del juicio a prueba[16].

3.EL JUICIO ABREVIADO Y LA LEY PENAL TRIBUTARIA

Si bien (como vimos) los puntos tocantes o divergentes entre el instituto de la *probation* y el régimen penal tributario parecen ser nítidos, entendemos, que no ocurre lo mismo con el juicio abreviado.

Ya tuvimos oportunidad de explicar anteriormente lo que esta institución significa en términos procesales, fundamentalmente en el marco del Código Procesal Penal de la Nación; allí el art. 431 bis (incorporado al Título II, del Libro III) en 8 incisos establece el alcance y efectos de la figura.

Nos parece -en todo caso- que el punto de conexión más cercano entre el juicio abreviado y el régimen penal tributario se halla en la comparación entre primero y la extinción de la acción penal, prevista actualmente por el art. 16 de la ley 24.769.

Decía Chiara Díaz al analizar en general esta norma que, la posibilidad excepcional de extinguir la acción penal sin dictar sentencia y aplicar condena ha sido mantenida como excepción al principio de legalidad, aunque no en los mismos términos con que fue instrumentada por primera vez en el art. 14 de la ley 23.771 y agregaba que el acogimiento tendrá que se ser formal, voluntario e incondicional por parte del obligado en el proceso seguido en su contra, pudiendo concretarse hasta determinado el momento del trámite y adquiriendo virtualidad sólo cuando se regularice y pague el monto total determinado por el organismo recaudador[17].

Ya vimos en le punto anterior que los criterios valorativos en materia tributaria para la procedencia de la extinción de la acción penal, se sujetan al cumplimiento íntegro de la obligación fiscal, lo que, seguramente responde a presupuestos y principios jurídicos que difieren sustancialmente de los que gobiernan los aspectos reparatorios del daño; esto, por cuanto el bien jurídicamente tutelado (hacienda pública) se conecta con la afluencia de recursos necesarios para el cumplimiento de los fines estatales y en tanto resulta primordial a través de una medida que hasta puede ser catalogada como afrentosa del principio de legalidad, el aseguramiento de las medidas recaudatorias.

Es por estas razones, que nos sugiere como mínimo dudar, de la efectividad del juicio abreviado, en ciertos casos. El segundo inciso del art. 431 bis del CPPN, expresa que: *"Para que la solicitud sea admisible deberá estar acompañada de la conformidad del imputado, asistido por su defensor, sobre la existencia del hecho y la participación de aquel, descritas en el requerimiento de elevación a juicio, y la calificación legal recaída".*

Ahora bien, si seguimos estos requisitos, el reconocimiento de la materialidad del hecho y de la participación criminal implicarían en

---

[16] Carlos EDWARDS: op. cit. pág. 108.
[17]CHIARA DÍAZ, Carlos A., op. cit., pág. 307.

materia penal tributaria (tal como sucede en los casos de la extinción de la acción penal) la oblación de los montos hipotéticamente involucrados. Si esto es así y a través del acto de acatamiento, se deben ingresar las obligaciones involucradas ¿no resulta más beneficioso, en una primera oportunidad, extinguir directamente la acción a través de la activación del art. 16 de la ley 24.769, que someterse al cumplimiento de una pena reducida?

Por lo menos para los delitos tipificados por los arts. 1° y 7° de la ley penal tributaria, tendría andamiento esta última disquisición.

Deberían analizarse estas alternativas a la luz del recientemente conocido fallo: **"Bakchellián"**[18], por el cual (a pesar de las distintas situaciones planteadas, a tenor del art. 73 de la ley 24.401 -dispensa de efectuar la denuncia penal-) el Alto Tribunal (compartiendo el dictamen del Procurador General) entiende que: "*...la previsión por parte del legislador de un plazo de cumplimiento para el cumplimiento de las obligaciones que es condición para la extinción de la acción importa, implícitamente, una suspensión ministerio legis del trámite del proceso y de la prescripción de la acción...hasta tanto el contribuyente cumpla satisfactoriamente con la totalidad de los pagos estipulados con la regularización, en cuyo caso deberá desistirse de la pretensión punitiva, o se produzca la caducidad del plan de facilidades de pago por incumplimiento, en cuyo caso deberá reiniciarse el ejercicio de la acción penal pública.*

Esta suerte de "suspensión condicional" que ha visto la Corte en los casos en que, por mandato legal se podarían extinguir la acción a través de mecanismos de facilidad de pago, parecería mucho más conectada con el instituto de la *probation* que con el juicio abreviado; pero valgan las mismas consideraciones: independientemente de la condición suspensoria, sería en todo caso la hipotética espera de la "extinción"; por el contrario, en el juicio abreviado se termina aceptando el delito imputado y "acordando" el cumplimiento de una pena disminuida.

En la misma línea de pensamiento y -en todo caso- para todos los demás delitos tipificados por la ley penal tributaria, parecería conducente la aplicación del juicio abreviado, en la medida que puedan respetarse los principios y requisitos de la norma procesal.

4.CONCLUSIONES

Como bien puede observarse estamos ante cuestiones sumamente contradictorias. Nos parece que -en el fondo- subyace la diversa política represiva que orienta -desde su inicio- a la criminalización de las infracciones tributarias a través del régimen penal tributario y previsional (leyes 23.771 y 24.769)[19].

Nuestra opinión es, que más allá de las "exigencias" variopintas de la política criminal, emergen con toda fuerza y consistencia los

---

[18] "Recurso de hecho deducido por las defensas del Walter apolunio Palavecino y Fabián Eduardo Bakchellián en la causa Bakchellián, Fabián y otros s/ infracción ley 24.769"; CSJN; B. 766, XXXIX.

[19] Ver en este sentido del profesor Osvaldo CASAS: "La criminalización de los ilícitos tributarios en la Argentina y en la doctrina latinoamericana"; Revista Argentina de Derecho Tributario; Ed. La Ley, Nº 7, julio-septiembre de 2003, págs. 562 a 584.

principios, derechos y garantías emanados del plexo constitucional, y como colofón, del derecho penal liberal (y su aplicación a los regímenes especiales). Parece tener más sentido lo que Vicente Oscar Díaz expresaba en una de sus obras: *"La tesis del "terror" poco favor hace a la vigencia del estado democrático de derecho, más cuando de ello pueden converger condenas como ejemplo del "terror penal" y no como muestra de un país civilizado..."*[20].

[20]Vicente O. DÍAZ; "Criminalización de las infracciones tributarias"; Ed. Desalma, Buenos Aires 1999, pág. 9