

# El fin del principio de igualdad en el ordenamiento jurídico argentino. La transición entre el juicio a prueba y el principio de igualdad

*Sergio Rodolfo Núñez y Ruiz-Díaz\**

## **Resumen**

En este artículo describiré los fenómenos ocurridos en la Argentina desde mediados del siglo XX, que conllevarán a un cambio en los paradigmas jurídicos y sociales. En principio, como referencia, nombro el fenómeno del neoconstitucionalismo, cuya principal consecuencia fue la ruptura del principio de igualdad. Además, analizaré la figura de la suspensión del denominado juicio a prueba, como un ejemplo de ello; y como una aproximación a la realidad actual de los procesos jurídicos en Sudamérica.

Palabras clave: Principio de igualdad, crisis del positivismo, decodificación, Derechos Humanos, constitucionalismo tradicional, neoconstitucionalismo, juicio a prueba, sistemas normativos.

## **Abstract**

We'll analyze the phenomena occurred in Argentina since the mid-twentieth century, which set the tone of a change in the legal and social paradigms. Neoconstitutionalism results in the breaking of the principle of

\* Abogado y doctorando de la Facultad de Derecho de la UBA; adjunto interino de Historia del Derecho Argentino; miembro del Instituto de Historia del Derecho del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, de la Asociación Argentina de Profesores e Investigadores de Historia del Derecho y del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano; correo electrónico: snunnezruizdiaz@derecho.uba.ar.

equality enshrined in multiple jurisdictions, and particularly in the heirs of the constitutional tradition. The figure of the suspension of trial called test is analyzed as an example and as an approximation to the current reality of the legal proceedings in Sudamérica.

Keywords: Principle of Equality, Crisis of Positivism, Decoding, Traditional Constitutionalism and Neoconstitutionalism, Trial System Audition.

## Introducción

El ordenamiento jurídico actual, heredero de Ilustración y del Racionalismo del siglo XVIII, comenzó una crisis como consecuencia de diversos hechos históricos y factores que provocaron cambios en los paradigmas.

Podemos enumerarlos de la siguiente manera:

- *Idea de razón*: la confianza y la fe son constantes en el poder de la razón humana. Durante la Ilustración llegó a pensarse que con el uso juicioso de la razón sería posible un progreso ilimitado. La razón sirvió como guía para estudiar el funcionamiento de las leyes de la naturaleza, por consiguiente, todo lo racional es bueno, y todo aquello que no conlleve a la razón es incorrecto. En suma, si el hombre intentase alcanzar el progreso, el único camino es descubrir las leyes de la naturaleza y actuar de acuerdo con ellas, dejando a un lado lo irracional.
- *Igualdad*: establece que todos los seres humanos son iguales ante la ley haciendo hincapié en la igualdad de oportunidades y la igualdad social. Basándose en que los hombres tienen la misma naturaleza y poseen la capacidad de raciocinio. Por ende, son iguales a la luz de la razón. Estas ideas serán elaboradas durante toda la Ilustración, fue su mayor representante Jean Jacques Rousseau.
- *Principio de libertad*: en cuestiones políticas, religiosas, económicas e intelectuales. El hombre en sí tiene una serie de derechos que deben ser ejercidos en libertad. Al ser anteriores al Estado, estos constituyen un límite a la autoridad, por lo que los gobernantes deben garantizar esa libertad de ejercicio de derechos. Locke será el padre de esta idea, que

junto con la de la propiedad privada, sentarán las bases del liberalismo económico.

- *Moral laica*: la moral de las personas es independiente de la religión, ya que los hombres se rigen por morales individuales, no solo porque Dios ordena observarlas, sino porque la razón exige el respeto a los derechos de los demás. Immanuel Kant y Georg Hegel serán los exponentes filosóficos en los que se basará el conocimiento occidental. El resultado de la aplicación de esos derechos dará un ser humano nuevo, que basará sus conocimientos en el empirismo, es decir, en la experimentación para poder conocer el mundo y llegar al progreso. Será un humano racional eminentemente crítico de todo el conocimiento anterior, y ansioso de conocimientos, concretamente del mundo que lo rodea. Ese mismo compartido entre todos –por aplicación del principio de igualdad–, llevará al mundo occidental a dos ideas que serán la constante a partir del siglo XIX, fecha de consolidación de dicho pensamiento: la idea de la mejora constante de la sociedad y un progreso cultural y económico ilimitado. Esta estructura filosófica se complementará por el movimiento económico surgido como consecuencia de ella: el capitalismo. Las reformas solo se podrán obtener –según estas premisas– por aplicación de los principios de igualdad entre todas las personas y libertad de pensamiento, que llevarán a la consolidación de estructuras jurídicas en las que predominará lo individual por sobre lo colectivo.<sup>1</sup>

John Locke iniciará la concepción del hombre como propietario, de su vida y de sus acciones y las consecuencias de las mismas y afirmó: “cada hombre tiene una propiedad en su misma persona, a ella nadie tiene derecho alguno, salvo él mismo. El trabajo de su cuerpo y la obra de sus manos podemos decir que son propiamente suyos”.<sup>2</sup>

Como consecuencia de ellos, para el liberalismo el hombre se movilizará a raíz de un deseo de lucro, que es lo que lo conduce a su progreso individual. De este modo se establece la primacía de la actividad económica y

1. Juan Pablo Pompillo Baíllo, *Historia General del Derecho*, México, Oxford University Press, 2008, p. 236.

2. John Locke, *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*, México, FCE, 1941, p. 17.

así surge la tendencia de tratar los fenómenos económicos como idénticos a los sociales. Esto trajo aparejada una visión reduccionista, y según Sheldon Wolin la economía invadió las ciencias:

Si la economía era el conocimiento de la sociedad, nada salvo la humildad, impedía al economista, presuponer que las relaciones y múltiples actividades de la sociedad, en suma, la vida de esta, podían ser sintetizadas en diversas categorías económicas. El economista podía formular un concepto como el producto anual y considerarlo un símbolo abreviado de las actividades de los miembros de la sociedad durante un año determinado.<sup>3</sup>

Por aplicación del principio de libertad se consolidó una sociedad como una red de actividades espontáneas, alejadas de todo principio de autoridad. En consecuencia: “la antigua tarea de distribuir bienes con cierta norma de justicia, fue transferida de la esfera política y asignada al criterio impersonal del mecanismo de mercado”.<sup>4</sup> En el mundo liberal del siglo XIX se produjo un desinterés por la teoría política y se puso énfasis en la creencia de que la economía podía resolver todos los problemas de la convivencia social. El hombre debía limitarse a conseguir riqueza, estableciéndose una relación entre riqueza y civilización: “(...) un pueblo pobre nunca es refinado, ni un pueblo rico bárbaro (...) El establecimiento de un sistema sensato de economía pública puede compensar cualquier otra deficiencia. La riqueza es independiente de la naturaleza del gobierno”.<sup>5</sup>

A partir de esa, el mundo occidental, llevará adelante esas ideas, que se plasmarán en cuerpos jurídicos que consolidarán los ideales del Racionalismo y la Ilustración.

Ejemplo de ello será el surgimiento del constitucionalismo y de la codificación, ambas corrientes jurídicas que permitirán afianzar las ideas, y en los hechos, crearán un *numerus clausus* de principios que hará que los fenómenos que no se encuadren en dichas premisas sean considerados inválidos.

La consolidación de los principios del liberalismo y de la propiedad que el mismo conlleva se verán reflejados en el Código Napoleónico que estable-

3. Sheldon Wolin, *Política y perspectiva*, Buenos Aires, Amorrortu, 1960, p. 322.

4. *Ibidem*, p. 323.

5. J. R. Mc Culloch, citado por Wolin, *op. cit.*, p. 325.

cerá que: “El derecho de propiedad, es en sí mismo una institución de la naturaleza”, siendo “el derecho de disfrutar de las cosas de la manera más absoluta, en todo lo que no esté prohibido por las leyes y los reglamentos” (Art. 544).

Estas ideas serán plasmadas en nuestro país con la Constitución de 1853, y los Códigos Comercial y Civil de 1869 y 1870, respectivamente.

Nuestro texto constitucional primigenio, inspirado en la Constitución de Filadelfia de 1787, la Constitución Francesa de 1791 y el proyecto de Acta Federal para Suiza de Peregrino Rossi de 1832, encontrará en Juan Bautista Alberdi su mejor mentor para adaptarse a la realidad argentina.<sup>6</sup>

Las corrientes doctrinarias del racionalismo empirista (Rousseau) e histórico (Montesquieu), llegarán a un equilibrio en el texto constitucional que, aprobado por la Convención Constituyente de octubre de 1860, consolidará definitivamente la unidad nacional.<sup>7</sup>

## I. Formas de abordarlo en el constitucionalismo tradicional

El principio de igualdad por el cual se sustenta todo el marco legislativo moderno, tal como lo conocemos, tiene apenas trescientos años en el aspecto que nos interesa.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, dicha palabra proviene del latín *aequitas*, que es la conformidad de una cosa con otra en naturaleza, forma calidad, etcétera, y la igualdad ante la ley aquel principio: “que reconoce a todos los ciudadanos capacidad para los mismos derechos. Asimismo, de *aquaelis* se definirá aquello de la misma naturaleza, cantidad o calidad de otra cosa”.<sup>8</sup>

La *aequitas*, o equidad, tuvo en la antigüedad en sentido jurídico otro significado distinto al que nos ocupa, ya que la misma será la regla base de todas las relaciones humanas.

6. Juan Bautista Alberdi, Bases y puntos de partida para la organización nacional, Buenos Aires, Tor, 1948.

7. Natalio Pisano, “El Pacto de San José de Flores o de unión nacional”, en *El Pacto de San José de Flores o de unión nacional 1859-2009*, autores varios; Buenos Aires, Junta de Estudios Históricos de San José de Flores, 2009, p. 132.

8. *Diccionario de la Lengua Española*, XIX Edición Real Academia Española, Madrid, Espasa Calpe, 1970. Tomo Único, 1424, p. 729.

Esta “igualdad” o *aequitas* puede ser interpretada en palabras de Ulpiano como “la constante o perpetua voluntad de dar a cada quien lo que corresponde”.<sup>9</sup>

Cabe destacar que esta igualdad solo será vigente en hombres o personas de la misma “naturaleza”, por lo que, siguiendo las categorías y enseñanzas de Aristóteles, solo serán tales quienes compartan el mismo estatus o rango en determinada sociedad.

Por ejemplo, los hombres libres serán juzgados de una manera particular, los religiosos de otra y los esclavos de otra, pero compartiendo entre ellos, cada grupo humano, los mismos derechos y obligaciones.

Esta igualdad que podemos llamar “clásica”, estará vigente muchos siglos, hasta que diversos factores –hechos históricos y jurídicos– la fueron poniendo en tela de juicio.

Hacia mediados del siglo XVII, con el surgimiento del denominado racionalismo filosófico, y al considerarse al individuo como tal, alejado de la idea de Dios, comienza a perfilarse el concepto actual.

Sin entrar en mayores detalles, podemos decir que el mejor exponente del principio de igualdad, con el sentido actual, será Jean Jacques Rousseau (1712-1778), quien lo equipara a la libertad, y expresa:

Si se busca en qué consiste el bien máspreciado de todos, que ha de ser objeto de toda legislación, se encontrará que todo se reduce a dos cuestiones principales: la libertad y la igualdad, sin la cual la libertad no puede existir. Renunciar a la libertad es renunciar a ser hombre, a los derechos y a los deberes de la humanidad.

La verdadera igualdad no reside en el hecho de que la riqueza sea absolutamente la misma para todos, sino que ningún ciudadano sea tan rico como para poder comprar a otro y que no sea tan pobre como para verse forzado a venderse. Esta igualdad, se dice, no puede existir en la práctica. Pero si el abuso es inevitable, ¿quiere eso decir que hemos de renunciar forzosamente a regularlo? Como, precisamente, la fuerza de las cosas tiende siempre a destruir la igualdad, hay que hacer que la fuerza de la legislación tienda siempre a mantenerla.<sup>10</sup>

9. Digesto, I, I, 10; García del Corral, D.I., “Cuerpo del Derecho Civil”, Tomo I, Barcelona, Lex Nova, 1889, p. 197.

10. Jean-Jacques Rousseau, *El contrato social*; Buenos Aires, Aguilar, 1965, pp. 115-116.

Pero desde el punto de vista del constitucionalismo tradicional, dicho instituto contradice el principio de igualdad, el cual, con raigambre escolástica, se consagrará con los lineamientos actuales en la ley del 21 de febrero de 1790 que instaura el Principio de Igualdad que establece que los delitos del mismo género serán sancionados por el mismo género de penas cualesquiera sean el rango y el estado del imputado. En el fondo, la igualdad es la proporcionalidad de las penas y los delitos.<sup>11</sup>

En nuestro país, se encuentra en el Artículo 16 de nuestra Carta Magna que establece:

La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento; no hay en ellas fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.<sup>12</sup>

Germán Bidart Campos expresa:

Del derecho a la libertad se desprende la igualdad, todos los hombres participan de una igualdad elemental de status en cuanto personas jurídicas. Tal es el concepto de la llamada igualdad civil, consistente en eliminar discriminaciones arbitrarias entre las personas. Si la libertad apareja el goce y ejercicio de los derechos civiles, la igualdad elimina las discriminaciones arbitrarias para ese goce y ejercicio. En último término, la igualdad importa un cierto grado de razón, habilidad y de justicia en el trato que se depara a los hombres, en la medida en que suprime las distinciones sin base dkelógica suficiente.<sup>13</sup>

Este principio se puede abordar desde varios aspectos, teniendo en cuenta la evolución del instituto. Asimismo, se pueden considerar dos

11. Jorge Machicado, "La Revolución Francesa y el Derecho Penal Liberal", disponible en <http://jorgemachicado.blogspot.com/2010/11>. Para ver más: <http://jorgemachicado.blogspot.com.ar/2010/11/rfdpl.html#sthash.Ce49Mfgm.dpuf>

12. Constitución de la Nación Argentina, *op. cit.*, p. 5.

13. Germán Bidart Campos, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1994.

formas de considerar la igualdad: A) Igualdad de trato ante la Ley, que a su vez puede dividirse en: 1) Igualdad formal o interpretación estrecha, y 2) Igualdad como no discriminación arbitraria y B) Igualdad como no sometimiento.

#### *A) Igualdad de trato ante la Ley. Principio General*

##### *1) Igualdad formal o interpretación estrecha*

Sería la interpretación tradicional la que se considera como igualdad ante la ley. Todos los que pertenecen a una misma categoría, establecida por el legislador deben ser tratados de la misma forma. No explica sobre la legitimidad de esa categorización ni sobre cómo deben ser tratados qué individuos con qué propiedades.<sup>14</sup>

Es la primera interpretación que surge del Artículo 16º de la Constitución Nacional y la más restringida, en su parte pertinente: “todos los habitantes son iguales ante la ley”, lo que se corresponde al modelo de Estado liberal, propio del marco histórico donde surge nuestra Carta Magna.

##### *2) La igualdad como no discriminación arbitraria*

Surge de la falta del criterio anteriormente expuesto de una clasificación de la circunstancia seleccionada como relevante para realizar la distinción que el Estado desea llevar a cabo al regular el ejercicio de un derecho. Así, el segundo estándar que debería ser tomado en cuenta para perfeccionar el principio de “igualdad de trato en las mismas circunstancias”, es que esas circunstancias deben ser razonables, como, por ejemplo, aquellas que guarden una relación de funcionalidad o instrumentalidad entre el fin buscado por la norma y el criterio elegido para el trato diferente.

De esa manera se podría entender que no se viola el mandato de igualdad si a todos los que se encuentran en igualdad de circunstancias relevantes se los

14. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEC, 1993, p. 351.

trata de igual forma. En doctrina constitucional se dio en llamar “igualdad jurídico-material” o principio de “no discriminación”.<sup>15</sup>

El examen de razonabilidad puede adoptar distintos modelos: el norteamericano, el europeo y el integrado; y cada uno de ellos permite complejizar la evaluación del grado de irracionalidad de la distinción.<sup>16</sup>

Aun así, este enfoque adolece de limitaciones ya que se podría pensar que este “trato neutral” favorece la noción de que tratar a las personas de igual modo significa lo mismo que tratarlos como iguales, lo cual da cuenta de las desigualdades fácticas que hacen de la idea de igualdad un concepto vacío e injusto. Esta interpretación de la igualdad sigue presentando problemas para dar cuenta de todas las desigualdades porque no toma en cuenta la desigualdad estructural de la desigualdad a que se enfrentan individuos de determinados grupos sociales.

### *B) Igualdad como no sometimiento o igualdad fáctica*

Parte de considerar la situación fáctica de quien es víctima de la desigualdad, pero no únicamente la desigualdad proveniente de una situación “de hecho”, sino aquella que es consecuencia de una situación de “exclusión social” o de sometimiento de grupos sociales supuestamente desplazados (aborígenes, habitantes de asentamientos precarios, inmigrantes, etcétera). Se toma en consideración la situación de la persona individualmente considerada pero como integrante de un grupo sistemáticamente excluido.

Esta interpretación ha sido incluida con la reforma constitucional de 1994 que a partir de la incorporación de las medidas de acción positiva del Art. 75, inc. 23, suma al artículo 16º la dimensión sociológica o fáctica que estaba necesitando el ordenamiento jurídico. Al respecto, el mismo establece que será facultad del Congreso:

15. Roberto Saba, “Des-igualdad estructural”, en Alegre, Marcelo y Gargarella, Roberto (coords.); *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, P. 166.

16. Carlos Bernal Pulido, “El principio de proporcionalidad como criterio para la aplicación del derecho fundamental a la igualdad” en Beade, Gustavo y Clérico, Laura, *Desafíos a la ponderación*, Bogotá, Univ. Externado de Colombia, 2011, pp. 299-347.

Legislar y promover medidas de acción positivas que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del periodo de enseñanza elemental, y la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia.<sup>17</sup>

- En el derecho penal

En el plano del derecho penal, quedan consagrados los principios del constitucionalismo tradicional, con aplicación del segundo de los principios consignados –el de la igualdad como no sometimiento– por vía de excepción.

La Constitución establece la unidad de jurisdicción mediante los mismos tribunales para todos los habitantes, denominado el principio de los jueces naturales, plasmado en el Código Procesal Penal de la Nación en sus artículos 1º y 4º:

Artículo 1º. Nadie podrá ser juzgado por otros jueces que los designados de acuerdo con la Constitución y competentes según sus leyes reglamentarias, ni penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso y sustanciado conforme a las disposiciones de esta ley, ni considerado culpable mientras una sentencia firme no desvirtúe la presunción de inocencia de que todo imputado goza, ni perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho.

Artículo 4º. Los tribunales competentes, en acuerdo plenario dictarán las normas prácticas que sean necesarias para aplicar este Código, sin alterar sus alcances y espíritu.<sup>18</sup>

17. Constitución de la Nación Argentina, *op. cit.*, p. 22.

18. Disponible en: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/383/texact.htm#2>

Lino E. Palacio considera que la ley no puede tratar de modo desigual a quienes se hallan en situaciones similares, ni cuando legisla, administra o juzga. Así es que el recurso de inaplicabilidad de ley o casación tiende a la unificación doctrinaria para la igualdad legal.<sup>19</sup>

Bidart Campos y Palacio entienden que la jurisprudencia contradictoria conculca el principio de igualdad ante la ley y el de unidad del derecho común. Sin embargo, respecto a esto último, la jurisprudencia de la Corte tiene establecido de manera uniforme que la desigualdad derivada de fallos contradictorios no viola la igualdad, y que es únicamente el resultado del ejercicio de la potestad de juzgar atribuida a los diversos tribunales, que aplican la ley conforme a su criterio.

## **II. Crisis del positivismo. La decodificación**

Hacia mediados del siglo pasado podemos observar una crisis del positivismo jurídico. De diversos autores podemos destacar a Hans Kelsen, que en su *Teoría Pura del Derecho* de 1934 establecerá un criticismo de origen kantiano, excesivo formalismo, insistencia desmedida en la norma sancionadora, que nulifica las funciones directrices y educativas del derecho y una estructuración excesivamente formalista y sistemática que la hacen rígida a cambios futuros.<sup>20</sup>

Las ideas de Kelsen se cristalizarán en la premisa común de concebir la norma jurídica como sinónimo del derecho, un mandato coercitivo del Estado, revestido de ciertas formas, pero carente de contenido metajurídico.

Dicha circunstancia coincide con el llamado proceso de la decodificación, es decir, el abandono de la idea de código como epítome de la ley y el derecho.

El referido proceso comienza a mediados del siglo XX, caracterizándose por un debilitamiento del prestigio de los códigos, y por una creciente dispersión normativa.

Se observa un proceso centrífugo de desconcentración de normas, manifestándose en: regulación en leyes especiales de materias importantes

19. Lino E. Palacio, *Derecho Procesal Civil*, Tomo III, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976. p. 14.

20. Juan Pablo Pompillo Baíllo, *op. cit.*, p. 277, y Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires Eudeba, 1987.

antiguamente reservadas a los códigos (seguridad social, fundaciones, etcétera); internacionalización del derecho, con incorporación creciente de normas de ese origen a los sistemas nacionales con jerarquías de normas superiores a las normas internas, y por último una ruptura de la unidad conceptual de cada una de las ramas del derecho a causa de los varios centros de creación que hay del mismo.<sup>21</sup>

Estos fenómenos pueden ser analizados por separado y considerados como la génesis de la situación jurídica actual.

- *Leyes especiales que antiguamente estaban ordenadas en códigos*

Dicha circunstancia comenzó con el dictado de leyes de seguridad social, del trabajo etcétera, es decir, las mismas que hacen al Estado de bienestar o de seguridad social. Diversas circunstancias hicieron que las mismas no sean integradas en la forma codificada, sino como leyes particulares. Ejemplo de ello son la Ley de Contrato de Trabajo o la Ley de Jubilaciones, las que, si se hubiera seguido el modelo decimonónico, formarían parte de sendos códigos. Otras como, por ejemplo, las de Propiedad Horizontal o de Procedimiento Administrativo, podrían haber sido organizadas del mismo modo. Las circunstancias históricas y sociales hicieron que las mismas mantuvieran su autonomía, sin necesidad de estar codificadas.

- *Internacionalización del Derecho*

Al finalizar la Segunda Guerra Mundial, comenzará una crisis del concepto de soberanía de los Estados, que se verá reflejada en el surgimiento de diversos organismos internacionales que comenzarán a dictar leyes de alcance supranacional. Esto traerá como consecuencia una incorporación creciente de normas de ese origen, a los sistemas jurídicos nacionales con jerarquías de normas superiores a las normas internas.

21. Abelardo Levaggi, *Manual de Historia del Derecho Argentino*, Tomo I, Buenos Aires, De Palma, 1998, pp. 220, 221 y Juan Carlos Frontera, “La descodificación como síntoma de la historicidad del Derecho”, en *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja* - Año I, Número 1, Invierno 2007, disponible en: [http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R0001A001\\_0011\\_miscelanea.pdf](http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R0001A001_0011_miscelanea.pdf)

En ese contexto surgirá el concepto de “derechos humanos”, como una respuesta de la comunidad internacional a los numerosos crímenes contra la humanidad que se perpetraron en dicho período histórico.

- *Diversidad de centros de creación del derecho*

Surgirá una ruptura de la unidad conceptual en cada una de las ramas del derecho como consecuencia de las complejas circunstancias históricas y políticas vividas desde mediados del siglo XX. La introducción de nuevos elementos económicos, sociológicos y éticos en el análisis de los fenómenos jurídicos, hará que haya una diversidad de centros creadores del derecho. Estos podrán ser grupos étnicos, entidades no gubernamentales, colectivos sociales, etcétera, los que crearán el fenómeno jurídico.

Todas estas circunstancias harán que, a fines del siglo XX y principios del XXI, se consolide un sistema universal del derecho muy parecido al existente antes del surgimiento de la Ilustración y el Racionalismo. Todo como consecuencia de una crisis de la ley del Estado como fuente exclusiva del derecho.

- *Los derechos humanos*

Bajo este concepto, se agrupa el conjunto de premisas o derechos que protegen a todo hombre a ser respetado como tal, es decir como ser humano y con todos los atributos de su humanidad. Los mismos pueden ser clasificados en: derecho a la dignidad y sus derivados (conciencia, intimidad, etcétera); a la vida (salud, etcétera); libertad física, identidad, a la información, a la asociación, etcétera.<sup>22</sup>

Los mismos, en la antigüedad, eran asimilados al denominado “derecho de gentes” o *ius gentium*, el que la razón natural establecía a todos los hombres por igual, y que permitía su convivencia pacífica en sociedad.<sup>23</sup>

Actualmente, el concepto abarca un amplio aspecto de derechos que estaban subyacentes en la comunidad humana, y con el correr del tiempo y

22. Miguel Ekmedjian, *Manual de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, De Palma, 1991, pp. 82-83.

23. Pompillo Baíllo, *op. cit.*, p. 128.

el progreso de la humanidad, tomaron nueva entidad diferente a la que tenían las disposiciones generales de los organismos surgidos en 1945, como repuesta a los crímenes contra la humanidad efectuados durante la Segunda Guerra Mundial (1939-1945), fueron la primera manifestación de los mismos.

El hecho es que, a fines del pasado siglo, surgió una nueva corriente normativa de alcance internacional a través de pactos y tratados, que obligan a los Estados signatarios al su cumplimiento por sobre las constituciones, leyes y por consiguiente organismos constitucionales de cada país ya sea Cortes Supremas, Tribunales, etcétera.

El argumento consensuado que se utiliza para su cumplimiento se basa en una premisa de carácter ético y moral, por la cual los países o Estados que no los cumplen, quedan éticamente desacreditados ante la comunidad internacional. Los mejores ejemplos son la Declaración Internacional de Derechos Humanos, o el Pacto de San José de Costa Rica, entre otros.

Paralelamente, han surgido tribunales internacionales que obligan al cumplimiento de dichos pactos, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos o el Tribunal Europeo Constitucional, entre otros, cuya jurisprudencia está por encima de las leyes de los países adherentes al pacto.

La numerosa cantidad de derechos considerados “humanos”, surgidos en las últimas décadas, hacen de difícil cumplimiento todos ellos por parte de los Estados, ya que responden muchas veces a intereses de minorías como pueblos originarios, colectivos sociales, culturales, etcétera, de difusa legitimidad.

#### • *Los derechos comunitarios internacionales*

Son aquellos surgidos de pactos internacionales entre diversos países de diferentes áreas del planeta y que rigen con fuerza de ley supranacional. Ejemplo de ello son la Unión Europea, los países que conforman la OTAN, los que conforman el Mercosur, etcétera.

La normativa que surge de estos organismos tienen características similares, por eso podemos tomarlo como fuente de derecho, a saber: a) Tienen una naturaleza normativa peculiar. b) Están confeccionadas para promover la armonización –que no la uniformización– legislativa de los Estados miembros. c) Obligan al Estado miembro al resultado que ellas establecen que deba conseguirse, dejándolo libre en la selección de las formas u los medios. d) Tienen un efecto directo limitado al ser en principio necesaria

su transposición al derecho interno mediante un acto normativo superior –ley, decreto, resolución, etcétera.<sup>24</sup>

### III. Ejemplos en nuestro país

En el caso de nuestro país, la reforma constitucional de 1994 significó una modificación importante en nuestro sistema de fuentes, particularmente por la jerarquía constitucional que se otorgó a los Tratados sobre Derechos Humanos.

Tal es el caso del artículo 75 inciso 22, segundos y tercer párrafo donde se consagran los mismos en el texto constitucional. Adquieren una mayor relevancia y un desarrollo más detenido de sus contenidos que en la primera parte de la Carta Magna.<sup>25</sup>

También en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los años previos a la reforma constitucional y los posteriores, se puede advertir con claridad la recepción de algunas de las doctrinas y tesis más afines al neoconstitucionalismo. De ellos se destacan:

- Corte Suprema 1983-90: fallos Bazterrica,<sup>26</sup> Sejean<sup>27</sup> y Portillo.<sup>28</sup>
- Corte Suprema 1990-2003: casos “Ekmekdjian”,<sup>29</sup> “Bahamondez”,<sup>30</sup> “Morales Solá”,<sup>31</sup> “Girolodi”,<sup>32</sup> “Arteaga”,<sup>33</sup> “Mignone”<sup>34</sup> y “Calvo y Pesini”.<sup>35</sup>

24. Pompillo Baílo, *op. cit.*, p. 336.

25. Constitución de la Nación Argentina, Buenos Aires, Bregna, 1994, pp. 21-22.

26. Fallos, 308:1392 (1986), JA, 1986-IV-962.

27. Fallos, 308:2310 (1986).

28. Fallos, 312:496 (1989).

29. Fallos, 315:1492 (1992).

30. Fallos, 316:479 (1993).

31. Fallos 319:2741.

32. Fallos, 318:514 (1995)

33. Fallos, 321:2767 (1998); LL, 1998-F-236

34. Fallos, 325:524, (2002).

35. Fallos, 321:194 (1998).

Se advierte un progresivo cambio de paradigma en la propia autoconcepción del rol institucional del máximo tribunal; el cual en su oportunidad había expresado que:

La misión más delicada de la justicia es la de saberse mantener dentro del ámbito de su jurisdicción, sin menoscabar a las funciones que incumben a otros poderes, pero sin renunciar a la jerarquía que la constitución –como su modelo norteamericano– reserva al acto de juzgar como acción propia del Poder Judicial, a cuya cabeza se halla este tribunal, con capacidad de control constitucional, como custodio de los valores básicos del sistema político jurídico. Tan celosa debe mostrarse esta Corte Suprema en el uso de sus facultades, cuanto en el respeto que la Ley Fundamental asigna a los otros poderes. El mantenimiento de ese delicado equilibrio es la más grande contribución que el Poder Judicial debe prestar a la seguridad jurídica y al bienestar general.<sup>36</sup>

En cambio, ahora se afirma para justificar su mayor activismo en materia de protección de los derechos humanos:

En el campo de la elección de los medios más adecuados para lograr las finalidades del bien común (...) el proceso legislativo constituye, sin duda, la vía apta para llegar a decisiones al menos aceptables, en virtud del compromiso, o de la imposición de la mayoría. Pero cuando se trata de precisar el contenido de los derechos humanos fundamentales, adquiere preeminencia el Poder Judicial a cuyos integrantes corresponde desempeñar una de las funciones primordiales de la actividad jurídica de un Estado de derecho: garantizar el respeto de los derechos humanos de las personas frente al poder del Estado.<sup>37</sup>

Al mismo tiempo, mientras por un lado se recepcionan los principios generales de los derechos humanos, otra normativa ha surgido y está vigente, que colisiona con principios generales del individuo. En este orden de ideas podemos mencionar varios ejemplos, uno del ámbito del derecho laboral, otro del derecho de propiedad y otro en el ámbito del derecho penal.

36. Fallos, 316:2624.

37. Fallos, 308:2268.

El primer ejemplo será Ley de Riesgos de Trabajo N° 24557, que en su artículo 39° ha sido denunciada por sus transgresiones al principio protectorio, (Arts. 14 Bis y 17 CN), del deber de no dañar (Art. 19) y violación al principio de igualdad (Arts. 16 CN y 1° C. Civil).<sup>38</sup>

En otro plano de derechos, la Ley Nacional N° 23.302/85 de Defensa del Aborigen, que en la reivindicación de los pueblos indígenas respecto a sus tierras establece una violación al principio de igualdad y al principio de propiedad consagrados en los artículos 16° y 17° de la Carta Magna.<sup>39</sup>

Por último, consideramos que a partir de la sanción de la ley 24.316, que introduce la figura en el Código Penal Argentino de la suspensión del juicio a prueba, consideramos que deja sin efecto el principio de igualdad ante la ley de los ciudadanos.

#### **IV. El neoconstitucionalismo**

Estos antecedentes generales van a confluir en la teoría que nace de la descodificación y se ha dado en denominar neoconstitucionalismo.

Esta teoría constitucional que surgió tras la Segunda Guerra Mundial –y a través de la consagración de los derechos referidos *ut supra*– no será una nueva forma de organización del poder o establecimiento de competencias, sino que se centrará en los derechos sustantivos.<sup>40</sup>

Las formas en que se expresará dicha teoría será a través de:

38. CSJN “Aquino, Isacio C/ Cargo Servicios Industriales SA, 21/09/2004. Cf. Eduardo Álvarez, “Validez constitucional del artículo 39 de la LRT, en la ley de Riesgo del Trabajo”, *Revista de Derecho Laboral, Rubinzal-Culzoni*, 2001, p. 163); Estela M. Ferreiros, “Constitucionalidad de la Ley de Riesgo del Trabajo”, *Doctrina laboral*, marzo 1997, p. 39, entre otros autores.

39. Ley Nacional N° 23.302/85 de Defensa del Aborigen; y Jorge Alterini y otros, *Propiedad Indígena*; Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, 2005.

40. María Ahumada Ruíz, *La jurisdicción constitucional en Europa*, Madrid, Thompson-Civitas, 2005, S. 80.

• *Desarrollos teóricos*

Un tercer eslabón en el conjunto de fenómenos que abarca el neoconstitucionalismo consiste en desarrollos teóricos novedosos, los cuales parten de los textos constitucionales fuertemente sustantivos y de la práctica jurisprudencial recién enunciada, pero también suponen aportaciones de frontera que contribuyen no solamente a explicar un fenómeno jurídico, sino incluso a crearlo.

Luigi Ferrajoli señala que la ciencia jurídica no tiene una función meramente contemplativa de su objeto de estudio, sino que contribuye de forma decisiva a crearlo y, en este sentido, se constituye como una especie de metagarantía del ordenamiento jurídico en su conjunto. La ciencia jurídica, nos dice Ferrajoli, puede concebirse hoy en día como “una metagarantía en relación con las garantías jurídicas eventualmente inoperantes, ineficaces o carentes, que actúa mediante la verificación y la censura externas del derecho inválido o incompleto”.<sup>41</sup>

En el mismo plano de ideas y este tipo de postulados aportaciones como las que han hecho en diferentes ámbitos culturales Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky, Carlos Nino, Luis Prieto Sanchís y el mismo Luigi Ferrajoli han servido no solo para comprender las nuevas constituciones y las nuevas prácticas jurisprudenciales, sino también para ayudar a crearlas.

De ellas se destacan la teoría de los principios y de la técnica de la ponderación de Robert Alexy en las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia (que, por cierto, ha desarrollado la mejor jurisprudencia en materia de derechos fundamentales de toda América Latina). Lo mismo sucede con numerosas sentencias de la Suprema Corte de México, de Ecuador y de la Argentina.

Lo novedoso del proceso actual se encuentra en que los tres elementos mencionados se encuentran combinados y en pleno funcionamiento en los Estados en donde se han desarrollado dichos conceptos.

41. Luigi Ferrajoli, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en Miguel Carbonell,; Nota de pie 1, pp. 18-21. “Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales en tiempos de emergencia” disponible en: [http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Neoconstitucionalismo\\_y\\_derechos\\_1.pdf](http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Neoconstitucionalismo_y_derechos_1.pdf)

Es un proceso que, iniciado hacia fines de la Segunda Guerra Mundial, si bien puede llegar a confundirse con el llamado constitucionalismo social, encuentra características particulares que se ven reflejadas en todo el marco jurídico de los países que han vivido dichos procesos históricos y sociales.

- *Principio de igualdad en el derecho constitucional*

Surgieron, como se refirió, a fines de la década de 1940, y son textos que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas “materiales” o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos.

Los ejemplos más ilustrativos serán las constituciones de Italia (1947) y Alemania (1949), de Portugal (1976) y España (1978) y en Latinoamérica en los casos de la Constitución Brasileña de 1988, la Colombiana de 1991 y recientemente los casos de Ecuador (2008) y Bolivia (2009).

- *Prácticas jurisprudenciales*

Como consecuencia de la vigencia de ese modelo sustantivo de textos constitucionales, la práctica jurisprudencial de muchos tribunales y cortes constitucionales también ha ido cambiando de forma relevante, debiendo incorporar criterios interpretativos más amplios y complejos.

Surgen por lo tanto técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales: la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto irradiación, la proyección horizontal de los derechos (a través de la *drittwirkung*), el principio *pro homine*, etcétera.

Además, los jueces se las tienen que ver con la dificultad de trabajar con “valores” que están constitucionalizados y que requieren una tarea hermenéutica que sea capaz de aplicarlos a los casos concretos de forma justificada y razonable, dotándolos de esa manera de contenidos normativos concretos.<sup>42</sup>

42. Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1995, pp. 93 y ss.

Por ende, los jueces constitucionales –o con competencias similares– han tenido que aprender a realizar su función bajo parámetros interpretativos nuevos, a partir de los cuales el razonamiento judicial se hace más complejo.<sup>43</sup>

Y todo ello sin que, tomando como base tales valores constitucionalizados, el juez constitucional pueda disfrazar como decisión del poder constituyente lo que en realidad es una decisión más o menos libre del propio juzgador. A partir de tales necesidades se generan y se recrean una serie de equilibrios nada fáciles de mantener.

## V. La suspensión del juicio a prueba

El instituto se encuentra regulado en el Artículo 76 bis, ter y quater, el cual expresa que:

*Artículo 76 bis.* El imputado de un delito de acción pública reprimido con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años, podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba.

En casos de concurso de delitos, el imputado también podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba si el máximo de la pena de reclusión o prisión aplicable no excediese de tres años.

Al presentar la solicitud, el imputado deberá ofrecer hacerse cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible, sin que ello implique confesión ni reconocimiento de la responsabilidad civil correspondiente. El juez decidirá sobre la razonabilidad del ofrecimiento en resolución fundada. La parte damnificada podrá aceptar o no la reparación ofrecida, y en este último caso, si la realización del juicio se suspendiere, tendrá habilitada la acción civil correspondiente.

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.

Si el delito o alguno de los delitos que integran el concurso estuviera reprimido con pena de multa aplicable en forma conjunta o alternativa

43. Barak Aharon, *The Judge in a Democracy*, Princeton, Princeton University Press, 2006; en Marian Ahumada Ruiz, citada.

con la de prisión, será condición, además, que se pague el mínimo de la multa correspondiente.

El imputado deberá abandonar en favor del Estado, los bienes que presumiblemente resultarían decomisados en caso que recayera condena. No procederá la suspensión del juicio 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 con pena de inhabilitación.

Tampoco procederá la suspensión del juicio a prueba respecto de los ilícitos reprimidos por las Leyes 22.415 y 24.769 y sus respectivas modificaciones. (Párrafo incorporado por art. 19 de la Ley N° 26.735 B.O. 28/12/2011).

(Artículo incorporado por art. 3° de la Ley N° 24.316 B.O. 19/5/1994)

*Artículo 76 ter.* El tiempo de la suspensión del juicio será fijado por el Tribunal entre uno y tres años, según la gravedad del delito. El Tribunal establecerá las reglas de conducta que deberá cumplir el imputado, conforme las previsiones del artículo 27 bis.

Durante ese tiempo se suspenderá la prescripción de la acción penal.

La suspensión del juicio será dejada sin efecto si con posterioridad se conocieran circunstancias que modifiquen el máximo de la pena aplicable o la estimación acerca de la condicionalidad de la ejecución de la posible condena.

Si durante el tiempo fijado por el Tribunal el imputado no comete un delito, repara los daños en la medida ofrecida y cumple con las reglas de conducta establecidas, se extinguirá la acción penal. En caso contrario, se llevará a cabo el juicio y si el imputado fuere absuelto se le devolverán los bienes abandonados en favor del Estado y la multa pagada, pero no podrá pretender el reintegro de las reparaciones cumplidas.

Cuando la realización del juicio fuese determinada por la comisión de un nuevo delito, la pena que se imponga no podrá ser dejada en suspenso.

La suspensión de un juicio a prueba podrá ser concedida por segunda vez si el nuevo delito ha sido cometido después de haber transcurrido ocho años a partir de la fecha de expiración del plazo por el cual hubiera sido suspendido el juicio en el proceso anterior.

No se admitirá una nueva suspensión de juicio respecto de quien hubiese incumplido las reglas impuestas en una suspensión anterior.  
(Artículo incorporado por Art. 4° de la Ley N° 24.316 B.O. 19/5/1994)

*Artículo 76 quater.* La suspensión del juicio a prueba hará inaplicables al caso las reglas de prejudicialidad de los artículos 1101 y 1102 del Código Civil, y no obstará a la aplicación de las sanciones contravencionales, disciplinarias o administrativas que pudieran corresponder.  
(Artículo incorporado por Art. 5° de la Ley N° 24.316 B.O. 19/5/1994).<sup>44</sup>

#### A. Principios generales

Por lo expuesto se determina que es posible requerir la suspensión del juicio a prueba cuando la imputación sea por un delito de acción pública cuyo máximo punitivo no exceda de tres años de prisión o reclusión. Se extiende tal posibilidad, en el caso del concurso de delitos, cuando el máximo de la pena de reclusión o prisión aplicable no supere el tope punitivo antes mencionado.

Al respecto, buena parte de la doctrina y jurisprudencia de nuestro país, afirmó que dicho artículo 76 bis del Código Penal debe interpretarse como un todo, que regula, en sus distintos párrafos, la aplicación del instituto en un solo caso taxativamente determinado: *aquellos delitos de acción pública, cuyo máximo, en la escala penal, no exceda de los tres años de reclusión o prisión* (a lo que se adita la extensión mencionada en el párrafo anterior, respecto de los concursos de delitos).

En tal línea el Dr. Rubén Dario Jukic, en su voto con motivo del plenario “Zalazar”, que

(...) la ley contempla en todo su texto un solo supuesto de suspensión del juicio a prueba, abordando por un lado los casos a los cuales este instituto resulta aplicable en abstracto, y tratando por otro las condiciones que deben mediar para que se conceda el beneficio en concreto (...)

44. Disponible en: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#13>.

Y que:

(...) el art. 76 bis, en sus párrafos primero y segundo define cuáles son los casos en los cuales en abstracto puede suspenderse el juicio a prueba. Además de emplear concretamente el vocablo “casos” en el inicio del segundo párrafo, que ello es así lo demuestra el hecho de que aquí la norma no establece que “será procedente” –o expresión de similar significado– la suspensión, sino solamente que se “podrá solicitar” la misma por parte del imputado (...)

Agregando que:

(...) Cuando al inicio del primer párrafo el art. 76 bis expresa “reprimido con pena...” evidentemente no alude al imputado, sino al “delito”, del mismo modo que en el segundo párrafo el “máximo de la pena... aplicable” no refiere tampoco a una pena concreta seleccionada para un imputado, sino al máximo que puede ser aplicado (acepción del término aplicable) a un imputado de determinado “curso de delitos”, con lo cual está dando inequívocas muestras de lo que afirmamos. Baste considerar para desechar cualquier hipótesis distinta, que si estuviera previendo el caso de un “imputado... reprimido con pena...” lo sería de uno ya condenado, en cuyo caso no habría “juicio” que suspender a prueba (...).

Por último, para seguir abonando su posición el Dr. Jukic explicó que:

(...) En los párrafos séptimo y octavo, el art. 76 bis consagra dos excepciones donde no obstante tratarse de delitos comprendidos en los “casos” previstos, de todos modos, la suspensión del juicio a prueba no resulta en abstracto viable: cuando hubiese participado en el delito un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, y los delitos reprimidos con pena de inhabilitación. Si bien la norma coloca estos dos supuestos luego de detallar las “condiciones de procedencia” del beneficio y al final de la mención de todas ellas, estimo que la naturaleza de los mismos –operan en abstracto con indiferencia hacia el caso concreto– indica su permanencia a la definición de los “casos”, y que –en consecuencia– se ubicarían sistemáticamente mejor luego de

finalizado el segundo párrafo, como tercero y cuarto del artículo que estamos analizando.<sup>45</sup>

Si bien parte de la jurisprudencia ha adoptado esta posición, en el ámbito de los Tribunales de la Capital Federal, la opinión se encuentra dividida, ya que una gran mayoría de los Tribunales Orales Criminales se inclinan por la solución de la interpretación amplia del artículo 76 bis del CP, en donde estarían legislados dos casos totalmente diferenciados.

La cuestión ha quedado definitivamente resuelta en el ámbito federal, a partir del pronunciamiento plenario emanado de la Cámara Nacional de la Casación Penal y denominado “Kosuta”, de obligada aplicación, por tanto, para los tribunales inferiores y que fuera criticada por buena parte de la doctrina.

En el mismo se determinó que “(...) La pena sobre la que debe examinarse la procedencia del instituto previsto en el art. 76 bis y siguientes del Cód. Penal es la reclusión o prisión cuyo máximo en abstracto no exceda de tres años...”.<sup>46</sup>

### *B. Tesis restringida y amplia de aplicación*

En el Debate parlamentario de la Ley que introdujo la denominada *probation* al Código Penal, para que procediera la suspensión del proceso a prueba aquella tesis indicaba que debían reunirse ciertos requisitos esenciales, tales como que el delito imputado sea de acción pública, que el máximo de la pena de prisión o reclusión del delito que se le imputa no exceda los tres años que, en caso de concurso, el máximo de la pena no

45. Zalazar, Eduardo Ramón s/estafa, plenario nro. 15 Cámara de Apelación de las cinco circunscripciones judiciales de la Provincia de Santa Fe, rta. el 22/12/98. En dicho plenario se estableció por mayoría lo siguiente: a) El instituto de la suspensión del juicio a prueba, incorporado al Código Penal por la ley 24.316 como arts. 76 bis, 76 ter y 76 quarter, no resulta aplicable a los imputados por delito o delitos cuya escala penal en abstracto exceda los tres años de reclusión o prisión; y b) El consentimiento del Fiscal, previsto en el art. 76 bis, cuarto párrafo del Código Penal, es exigible para todos los casos de concesión de tal beneficio.

46. Disponible en: <http://www.planetaius.com.ar/fallos/jurisprudencia-k/caso-KOSUTA,%20TERESA%20R.%20oc.s.RECURSO%20DE%20CASACION%20.htm>

exceda tampoco los tres años y que exista la posibilidad de una condena de ejecución condicional.

Asimismo, se entendía que debía mediar, como requisito fundamental, el consentimiento del fiscal para poder proceder a la suspensión.<sup>47</sup>

En este lineamiento, no existe posibilidad legal que permita aplicar dicho instituto a delitos que posean una pena prevista mayor de tres años, aun cuando en concreto la pena efectiva aplicada no exceda tal número de años. “Esta posición define o delimita la aplicación del instituto a los delitos considerados leves, de competencia correccional”, teniendo siempre en cuenta que la declaración del carácter grave o leve de un delito, debe ser realizada en un juicio y no sobre un pronóstico sobre la pena a recaer.<sup>48</sup>

Nos refiere Juan Pablo Alonso que la jurisprudencia del Tribunal Oral Criminal N° 9 es un ejemplo de posición estricta, ya que en la causa *Enciso y Streule s/Suspensión del juicio a prueba (N° 388 del 23/12/1996)*; en el cual se sostiene que los dos requisitos –que el delito imputado sea de acción pública y que el máximo de la pena de prisión o reclusión del delito que se le imputa no exceda los tres años– deben presentarse conjuntamente, considerando el primero como un requisito objetivo y al segundo como un requisito subjetivo; restringiendo la aplicación del instituto a solo los delitos cuyas penas máximas no superen los tres años de prisión.<sup>49</sup>

Tiempo después surge una tesis amplia, que viene a rebatir la tesis restringida, planteando que el requisito de que el máximo de la pena de prisión o reclusión del delito que se le imputa no exceda los tres años, y el requisito de que exista la posibilidad de una condena de ejecución condicional proceden para supuestos distintos; expresando entonces que con el cumplimiento de uno de aquellos dos requisitos basta para que proceda la suspensión, siendo innecesario que se cumplan ambos requisitos en forma conjunta.

López Camelo estima que:

47. Conf. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, 2 de junio de 1993, p. 1.319.

48. Conf. Edwards Carlos; “La suspensión del juicio a prueba”, L.L, año 1995, p. 1.274; Sáez Zamora-Fantini, “Reflexiones sobre la implementación de la ley 24.316 en nuestro sistema penal”, L.L, año 1995-D, p. 1.136.

49. Juan Pablo Alonso, “Interpretación de las normas y derecho penal”, Buenos Aires, Edit. Del Puerto, 2006, p. 11.

(...) la aplicación del instituto cubre todos los delitos, correccionales y criminales, distinguiendo que no requiere consentimiento del Ministerio Público, representante en el ejercicio de la acción de persecución pública, para las penas que no excedan de tres años, y sí requiere consentimiento del fiscal en aquellas que lo supera.<sup>50</sup>

Opina en forma similar Amoedo, y entiende que “se admite la aplicación analógica del artículo 76 bis a aquellos delitos que posean en abstracto una pena prevista con un máximo superior a los tres años, siempre que, en concreto, la pena a imponer sea de tres años o menor.”<sup>51</sup>

Alonso considera que dicha postura es la expuesta en el fallo Ocampo, Jorge, N° 158 del Tribunal Oral criminal N° 5, del 22/08/1995, en el cual se consideró que los requisitos deben interpretarse como disyuntivos de tal forma que el cumplimiento de solo uno de ellos habilita la procedencia del instituto. Aun en los casos en que la escala penal en abstracto supere los tres años, el instituto es procedente si puede preverse razonablemente que en el caso concreto la pena a imponer será de cumplimiento condicional; permitiendo una aplicación expansiva del instituto y confirmada en el fallo Menghini, de febrero del año 2004.<sup>52</sup>

Finalmente, y en la misma línea, Orgeira expresa que:

Lo expuesto puede concluirse afirmando que la tesis amplia funda su posición en la interpretación gramatical y teleológica que realiza a partir de las diferenciaciones que el mismo artículo establece en cuanto a tribunal y jueces unipersonales, previendo en el primer párrafo una pena en abstracto (pena cuyo máximo no exceda de tres años), en tanto

50. Raúl Guillermo López Camelo, , “*Probation*. Algo más acerca de su alcance normativo”, D.J., Año 1997, Volumen 2, La Ley, p. 635.

51. Fernando J. Amoedo, “La pena privativa de libertad como límite de procedencia de la suspensión del juicio a prueba”, D.J., año 1998, volumen 3, p. 1.013.

52. Ibídem Cita N° 44 y Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 23 de la Capital Federal (TOral-Crim)(Nro23), Fecha:24/02/2000 Partes: Menghini, Ariel A. Publicado en: La Ley 2000-B con nota de Eduardo Pablo Jiménez y con nota de Gustavo A. Bruzzone La Ley 2000-B, 576 DJ2000-2, 182 - RU 2000-3 con nota de Gustavo A. Bruzzone RU 2000-3, 10 Cita Online: AR/JUR/804/2000.

que en el cuarto párrafo considera la pena en concreto, con clara alusión al artículo 26 del digesto sustantivo.<sup>53</sup>

La controversia planteada entre ambas tesis tiene asidero en el Plenario Nro. 5 en el caso “Kosuta”, como se consignó anteriormente.

En el mismo, que consagraba la tesis restrictiva de aplicación, se resolvió por mayoría lo siguiente:

- 1º) Que la pena sobre la que debe examinarse la procedencia del instituto previsto en el Art. 76 bis y siguientes del Código Penal es la de reclusión o prisión cuyo máximo en abstracto no exceda de tres años;
- 2º) Que no procede la suspensión del juicio a prueba cuando el delito tiene prevista pena de inhabilitación como principal, conjunta o alternativa;
- 3º) Que la oposición del Ministerio Público Fiscal, sujeta al control de logicidad y fundamentación por parte del órgano jurisdiccional, es vinculante para el otorgamiento del beneficio.<sup>54</sup>

Por último, diremos que los defensores del instituto manifiestan que se han satisfecho distintas finalidades respecto de la problemática penal, ya que con este medio se simplifica el proceso penal y se procura racionalizar el uso de los escasos recursos del Estado de modo que preferentemente sean dedicados a la persecución de delitos de mayor gravedad o identidad.

En tal sentido, cumple con dicho objetivo pues la eficacia de su sistema ha logrado a través de la limitación del poder punitivo del Estado, evitar el proceso, la condena, y la pena privativa de la libertad.

Da un respaldo y una cierta protección a la víctima, en cuanto se ha procurado una mínima protección o resarcimiento al perjudicado, por medio del recurso que permite al victimario “ofrecer” una reparación de los daños ocasionados por él a la víctima.

Una tercera finalidad se concretaría, al lograr la internalización de ciertas pautas de conducta positiva en los imputados. Con la aplicación de las

53. José María Orgeira, “La suspensión del juicio a prueba y los delitos con una pena mayor de tres años”, L.L., año 1996, Volumen E, p. 813.

54. *Ibíd*em cita N° 41.

reglas de conducta, se trata de integrar socialmente a los imputados que soliciten la suspensión del juicio a prueba, como una manera concreta de brindar un sustituto tendiente a resolver los conflictos, sin que sean sometidos a un proceso penal.

En efecto, la mayoría de los probados solicita realizar trabajos no remunerados, en favor de instituciones de bien público, tales como: hospitales, asilos, entidades intermedias, etc., con el objeto de poder prestar una importante ayuda social y de esa manera redimirse ante la sociedad por el hecho ilícito cometido.

Al respecto se ha expresado que:

(...) la finalidad de la suspensión del proceso a prueba es básicamente, evitar que el imputado cargue con los efectos estigmatizantes de una eventual condena y que se administren en mejor forma los recursos del sistema judicial (Causas N° 70-00-CC/2006 “Schneider, Fernando s/ art. 189 bis CP- Apelación”, rta. el 12/06/06; N° 120-00-CC/2006 “Taboada, Daniel Marcelo s/ inf. art. 84 Ley 1472- Apelación”, rta. el 10/11/06; 21698-01-CC/08 Incidente de suspensión del proceso a prueba en autos “Velásquez Rodríguez, Martín Augusto s/inf. art. 81 CC”, rta. el 9/6/2009; entre otras).<sup>55</sup>

Y asimismo se ha afirmado que

La llamada suspensión de la persecución penal para el sometimiento a prueba del imputado..., método que permite con la conformidad del perseguido, evitar su persecución y la condena eventual, si demuestra –durante un plazo razonable– que se puede comportar conforme a derecho (fin preventivo especial alcanzado sin sanción formal), bajo la amenaza de retomar su persecución penal si se aparta considerablemente de las instrucciones y advertencias impuestas..., es otro de los criterios que puede servir de auxilio considerable para el descongestionamiento del servicio judicial, con ventajas apreciables para el

55. Causa N° 57899-00-CC/09 “Barrios, Ludmila s/infr. art. 104 CC”- Apelación Sala I de la Cámara Penal, Contravencional y de Faltas CABA, del voto de la Dr. Elizabeth A. Marum. Disponible en: [http://defensoria.jusbaires.gov.ar/attachments/article/4513/16-%20Expte.%20nro.%2057899-00-CC\\_09.pdf](http://defensoria.jusbaires.gov.ar/attachments/article/4513/16-%20Expte.%20nro.%2057899-00-CC_09.pdf)

trasgresor (en especial, la omisión de etiquetamiento formal y del ingreso a los registros penales)...<sup>56</sup>

En la actualidad la realidad jurídica, independientemente de la construcción teórica acerca de las tesis amplia y restringida de aplicación, nos indica que se ha impuesto el criterio amplio, aplicando el instituto a numerosos casos en los que la conducta delictiva era pasible de ser considerada con mucha mayor severidad que los tres años previstos por la normativa primigenia.<sup>57</sup>

## **VI. Desde el punto de vista de los sistemas normativos**

Por otra parte, del mismo instituto de la suspensión del juicio a prueba, se puede inferir que se trata de un ejemplo de cambio del sistema normativo.

Según lo expresado por Alchourrón, habiéndose caracterizado el sistema de derecho como “un sistema normativo cuya base está formada por enunciados de derecho válidos. Que los juristas reformulen la base del sistema sustituyendo unos enunciados por otros, no afecta el contenido normativo y, por ende, la identidad del sistema, siempre que las consecuencias normativas sean las mismas”.<sup>58</sup>

Esta circunstancia no se observa en el caso analizado, ya que introduce de hecho y sin mencionarlo, una categoría nueva de imputado, que quedaría fuera de las consecuencias penales habituales.

En la misma línea, “se dice que un sistema cambia –porque se modifica alguna de sus consecuencias normativas– lo que quiere decir que deja de

56. Julio B.J. Maier, *Derecho Procesal Penal- Tomo I- Fundamentos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1999, p. 8.

57. CSJN, Acosta, Alejandro Esteban, 23/04/2008, La Ley 20/05/2008, 7, La Ley 26/05/2008, 9, La Ley 2008-C, 496, Sup. Penal 2008 (mayo), 34, ED , 5, La Ley 13/06/2008, 5, La Ley 2008-D, 36, DJ 18/06/2008, 481, DJ 2008-II, 481, JA 2009-I, 671, ED 227, 570, AR/JUR/919/2008 sostuvo que el criterio que limita el alcance del beneficio del Art. 76 bis del Código Penal a los delitos que tienen prevista una pena de reclusión o prisión consagra una interpretación extensiva de la punibilidad que niega un derecho que la norma reconoce, otorgando una indebida preeminencia a sus dos primeros párrafos sobre el cuarto, al que deja totalmente inoperante.

58. *Idem* cita 57.

ser el mismo sistema para convertirse en otro distinto del anterior”,<sup>59</sup> hecho que ocurre en este instituto, al introducir una facultad que antes no gozaban los imputados.

Los mismos no solo pueden pedir la suspensión de su propio proceso, sino que se encuentran en una circunstancia que los posiciona en una situación distinta y que los favorece respecto de otros acusados, ya que a cambio de un resarcimiento fáctico como las tareas comunitarias o el económico, tratan de solucionar una conducta claramente delictiva.

Desde el punto de vista de las normas, este nuevo instituto penal ha producido no solo un cambio de la base del sistema normativo, en cuanto a la aplicación de los criterios de identificación –en este caso el principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley y su consecuente obligación de cumplimiento–, sino también en las reglas de inferencia, ya que se crea una nueva categoría que permite establecer nuevas reglas para la aplicación de las penas.<sup>60</sup>

En este caso, sería la figura del imputado: “que no registra antecedentes penales condenatorios tornan posible la aplicación de una condena condicional, a lo que asocia sus condiciones personales”.<sup>61</sup>

Dicha nueva figura jurídica, constituiría un vacío o laguna jurídica, en cuanto no se encontraría ni legislada ni regulada como sujeto aparte del cuerpo normativo. Al respecto Kelsen estableció que respecto de las denominadas:

Lagunas lógicas en el caso de la imposibilidad de aplicar el derecho vigente en un caso concreto porque ninguna norma jurídica indica la conducta debida. Y si en algunos casos se habla no obstante de una laguna del derecho, no es porque una decisión sea lógicamente imposible ante la falta de disposiciones aplicables, sino simplemente porque la decisión lógicamente posible aparece al órgano encargado de aplicar

59. *Idem* cita 57.

60. *Idem* 54, pp. 135/136.

61. Tribunal: Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 10 de la Capital Federal (TOralCrim) (Nro10), Fecha: 12/11/2012, artes: González, Mauro Alberto, Publicado en: DJ19/12/2012, 57. Cita Online AR/JUR/57373/2012 <http://thomsonreuterslatam.com/2013/02/25/fallo-del-dia-concesion-de-la-suspension-del-juicio-a-prueba-por-el-delito-de-homicidio/>

el derecho a tal punto inoportuna o injusta que él se inclina a admitir que el legislador no ha pensado en ése caso, y si hubiera tomado una decisión diferente de la que resulta del derecho vigente.<sup>62</sup>

En dicho sentido, Alchourrón establece que:

La solución de un caso individual solo está justificada si se halla fundada en el sistema primario, es decir si es la misma solución que ese sistema correlaciona con el caso genérico correspondiente. Por consiguiente, la permisión de  $\sim p$  en el caso individual, solo se justifica si el caso genérico correspondiente está correlacionado por el sistema con la permisión de  $\sim p$ , lo cual ocurre si, y solo si, el sistema contiene una norma que contiene  $\sim p$  en el caso  $q$ . Pero en el caso de laguna no existe tal norma (laguna es un caso genérico) que no está correlacionado con ninguna solución), por lo tanto, el juez no puede rechazar la demanda sin modificar previamente el sistema (llenando la laguna), so pena de que su decisión sea arbitraria, esto es carente de fundamento suficiente.<sup>63</sup>

Llegando a la conclusión que el juez dictando tanto una sentencia de condena o denegatoria, siempre estaría llenando de alguna manera la laguna jurídica.

En el caso de marras, el juez admitirá o no la existencia de elementos suficientes para considerar que el imputado es acreedor del beneficio de la suspensión del proceso a prueba, y la conmutación de la pena prevista por el ordenamiento jurídico vigente (el Código Penal de la Nación), por un trabajo comunitario y el resarcimiento económico de la o las víctimas.

Todo ello no estaba contemplado en absoluto antes de la sanción de la ley 24316 de mayo de 1994; consolidándose el instituto por la creación jurisprudencial de los diferentes Tribunales (Corte Suprema Justicia de la Nación, Cámaras de casación, Justicias Contravencionales, etcétera).

Se observa, asimismo, la introducción de un elemento externo al análisis racional de las normas, que es el componente moral. Ello en el sentido del fin del instituto, que tiende a evitar el supuesto estigma o la carga social

62. Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1987, pp. 172-173.

63. Alchourrón, Bulygin, op. cit., pp. 225/226.

que conlleva todo imputado. Todos estos elementos consideramos que son ajenos al análisis lógico de las normas y los fenómenos jurídicos.

Al introducirse de esa manera el componente subjetivo, cobra mayor relevancia la figura del juez o tribunal que tendrá a su cargo aceptar o rechazar la petición de suspensión del proceso a prueba; adaptándose nuestro sistema jurídico a la realidad actual, o de las premisas del neoconstitucionalismo.

En este caso estaríamos ante un conflicto entre normas y principios, y siguiendo a Luis Prieto Sanchís en su análisis de la obra de Ronald Dworkin, que:

Frente a esta concepción del positivismo, (...) pretende mostrarnos una realidad jurídica mucho más rica y compleja, impregnada de elementos morales y compuesta no solo por “normas” específicas, sino también por “principios” que, si bien no pueden identificarse mediante la regla de reconocimiento u otro procedimiento análogo, deben ser y de hecho son ponderados por el juez a la hora de decidir un determinado conflicto o supuesto de hecho, en particular cuando se trata de un “caso difícil” para el que no se encuentra respuesta satisfactoria en el derecho explícito.

Este sería el caso en el que el juez debe ponderar la circunstancia de cada imputado para hacer lugar al instituto de la suspensión del proceso. Y según el mismo autor,

(...) cuando se da un conflicto entre dos normas, una de ellas no puede ser válida, mientras que en los principios es necesario ponderar en cada caso el “peso” o importancia, de modo que su postergación ante un principio diferente no implica pérdida de vigor.

Lo que supone, por tanto, que las normas constituyen tipos (estándares) fuertes, en el sentido de que ofrecen una razón suficiente para decidir el supuesto controvertido; los principios, en cambio, se presentan como modelos débiles, razones necesarias para decidir, pero que han de combinarse con otros elementos o criterios.<sup>64</sup>

64. Luis Prieto Sanchís, “Teoría del Derecho y Filosofía Política en Ronald Dworkin”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 5. Núm. 14. Mayo-agosto 1983, pp. 356 y s.s. Disponible en: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:E2nlHMO-JUc8J:dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/241940.pdf+&cd=5&hl=es&ct=clnk&gl=us>

Estos otros elementos o criterios serán las circunstancias particulares del caso que serán evaluadas por el juez o tribunal a cargo.

Según Dworkin, principios y reglas tienen ambas estructuras, y funciones diferentes, ya que se pueden sintetizar en: a) Distintas maneras de regular las conductas y b) Distintas maneras de determinar su pertenencia a un ordenamiento jurídico.

Respecto de las primeras, las reglas se aplican a las conductas “todo o nada”; y los principios en cambio, dependen de la ponderación de los distintos principios en juego, de las consecuencias de la decisión y de un cúmulo de circunstancias peculiares que no se presentan ni se discuten cuando se juzga la aplicabilidad de una regla.

Nos refiere el profesor Alonso que, dentro del género de los principios, Dworkin distingue entre las directrices, que son los estándares que proponen un objetivo que ha de ser alcanzado, una mejora en algún rasgo económico, (político, y social de la comunidad); y los principios en sentido estricto, que son estándares que deben observarse ya que constituyen exigencias de “justicia equidad, o alguna otra dimensión de la moralidad”.<sup>65</sup>

En esta línea, Dworkin considera que los principios no pertenecen al derecho por linaje, origen o *pedigree*; los mismos son identificados mediante una interpretación constructiva del derecho en la que los principios son considerados parte integrante de aquel conjunto de principios que mejor cristalice y reproduzca la historia institucional del derecho establecido en un sistema jurídico determinado.<sup>66</sup>

Otra óptica será la de Alexy, respecto a los conflictos entre reglas y principios, ya que los conflictos entre reglas solo se solucionan: a) introduciendo una cláusula de excepción que elimina el conflicto, o b) declarando inválida una de las reglas.

En cambio, cuando dos principios entran en conflicto o colisión, el problema no se resuelve invalidando un principio o introduciendo una excepción, sino a través de una ley de colisión que establece que, en ciertas circunstancias un principio precede a otro; debiéndose aplicar los mismos como mandatos de optimización, en la medida de las posibilidades fácticas y jurídicas.

65. Juan Pablo Alonso, *op. cit.*, pp. 165.

66. Juan Pablo Alonso, *op. cit.*, pp. 167.

En una postura distinta, Hart establece que los principios son más generales que las reglas en el sentido de que: a) un número determinado de reglas puede ser mostrado como una ejemplificación de un principio; y b) los principios hacen referencia a propósitos, metas, facultades o valores que se presentan como algo deseable de preservar o de adherir, suministrando no solo una explicación o racionalidad subyacente de las reglas, sino que, además, contribuyen a su justificación.<sup>67</sup>

## VII. Conclusiones

En el caso de la suspensión del juicio a prueba, la regla de la igualdad jurídica penal, que se encontraba consolidada en el principio del juez natural, establecido por el Art. 1º del Código Procesal Penal de la Nación, es dejado de lado al arbitrio del juez del caso que resolverá la medida procesal.

Es decir, pone por sobre la regla general, el principio de la libertad y del proceso más benigno para el acusado, circunstancias subjetivas y de valor que consolidan el quiebre del positivismo jurídico.

Entonces, la valoración o “ponderación” que hará el juez o tribunal del caso, serán las determinantes para que una persona quede con un estatus o categoría jurídica distinta del resto de los ciudadanos.

La inclusión de elementos subjetivos en las sentencias judiciales consolida el espíritu vigente desde fines del siglo XX, de ampliar el espectro jurídico a cada vez más personas, pero creando categorías jurídicas distintas a las previstas y consideradas por el cuerpo normativo vigente.

Quedan consolidados los tratados internacionales con rango supra-constitucional que se encuentran enumerados en el inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional:

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención

67. Juan Pablo Alonso, *op. cit.*, pp. 169 y 171.

Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.<sup>68</sup>

En este *cúmulo de tratados internacionales*, si bien “no derogan artículo alguno de esta Constitución” como reza la normativa, de hecho, dejan sin efecto justamente varios de los principios que hicieron nacer a la Constitución en sí.

Introduce la figura del imputado sin causa ni antecedentes previos, consolidando la idea del resarcimiento material junto a la de justicia social que trae aparejada la tarea comunitaria.

Las oposiciones en diversos casos jurisprudenciales versaron:

- 1) Fundada en la situación de detención ocasionada por un proceso paralelo.<sup>69</sup>
- 2) En las características personales del imputado.<sup>70</sup>

68. Constitución de la Nación Argentina, *op. cit.*, pp. 21, 22.

69. Carabajal, Samuel E. s/recurso de casación (Causa 14.375 y reg. 15.898), Sent. Sala 4<sup>a</sup>.- Oposición fundada en la situación de detención ocasionada por un proceso paralelo. Necesidad de realizar la audiencia prevista en el art. 293 del CPPN. La Sala 4<sup>a</sup> integrada por los Dres. González Palazzo, Hornos y Borinsky, resolvió el 9/11/2011, en dicha causa hacer lugar al recurso interpuesto por la defensa y anular la resolución del tribunal oral que había rechazado la suspensión del juicio a prueba requerida por el imputado.

70. Palacios, Leonardo J. s/recurso de casación (Causa 14.785 y registro 296/2012) hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa y revocar la resolución del tribunal oral que no hizo lugar al pedido de suspensión del proceso a prueba en razón de la oposición del representante del Ministerio Público Fiscal. El fiscal fundamentó su oposición en que el imputado “según surge de la propia causa, tiene otras varias causas. Que, además, tuvo declaraciones de rebeldía, ya no vino a una audiencia, hoy llegó tarde; tiene procesos en trámite, aquí y en provincia, con una suspensión ya otorgada. No sabe entonces qué grado de compromiso tiene (sic). Que en este caso resulta difícil un pronunciamiento favorable. No encuentra aquí elementos para expedirse en forma favorable y considera que no corresponde el beneficio”.

- 3) La existencia de procesos en trámite y referencia genérica a las “características del hecho”.<sup>71</sup>
- 4) Defectos procesales.<sup>72</sup>
- 5) Oposición fundada en la posibilidad de que se afecte la prosecución de la acción penal respecto de un coimputado.<sup>73</sup>
- 6) Fundada en la gravedad de los hechos imputados.<sup>74</sup>

Así, el acusado de un ilícito bajo los términos de esta figura procesal, mientras cumpla con estos requisitos puede formar parte del universo de los ciudadanos.

Esta circunstancia quedó confirmada en el fallo del Tribunal: Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 10 de la Capital Federal (TOralCrim) (Nro10), Fecha: 12/11/2012, artes: González, Mauro Alberto, en el que el imputado por el delito de homicidio culposo agravado por la conducción de un vehículo automotor solicitó la suspensión del proceso a prueba. Ofreció realizar tareas comunitarias y abonar un resarcimiento por el perjuicio ocasionado. Dicha propuesta fue aceptada por el fiscal y la viuda de la víctima. El Tribunal Oral concedió el beneficio fundado en que:

No obsta a la concesión de ese instituto, porque el mismo debe ser interpretado y comparecerse con el principio de igualdad ante la ley, del debido proceso legal, la defensa en juicio y la congruencia (arts. 16 y 18 C. Nacional) y con el principio “in dubio pro reo” consagrado en el art. 30 del CPCC, que hace “arbitrario” todo fallo donde se desconozcan los mismos (CSJN. 20/12/94, LA LEY, 1995-D -960, N° 1881; ídem 14/5/91, LA LEY, 1992-B-673, N° 635; ídem: 13/10/94, LA LEY, 1995-C-797; causa del 12/11/2009, Sala I de la Casación Penal, donde se concediera el beneficio de la *probation*, con cita del caso “Acosta” y “Norverto”; entre otros).

71. Rodríguez García, Milton s/recurso de casación (Causa 14.342 y reg. 15.890).

72. Zovak, Andrea A. s/recurso de casación (Causa 14.418 y reg. 76/2012).

73. Gaona, Germán P. y Sala, Maximiliano S. s/recurso de casación (Causa 13.143 y reg. 905/2011).

74. Gallardo Dell’Oro, Juan Martín s/recurso de casación (Causa 14.389 y reg. 19.728); Sala 2ª, integrada por los Dres. David, Slokar y por la Dra. Figueroa, 12/3/2012.

Y que “La Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha dicho que para determinar la validez de una interpretación debe tenerse en cuenta que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra (Fallos: 304: 1820; 314: 1849), a la que no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos (Fallos: 313:1149; 327:769), que no puede ser obviado por los jueces con motivo de las posibles imperfecciones técnicas en la redacción del texto legal, que deben ser superadas en procura de una aplicación racional (Fallos: 306:940; 312:802), cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho (Fallos: 310:937; 313:1484)”.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha dicho que la observancia de estas reglas generales, no agota la tarea de interpretación de las normas penales, porque el principio de legalidad (Art. 18 CN), exige priorizar el límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal, como la última ratio del ordenamiento jurídico y con el principio “pro homine”, que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano.

En ese orden, la interpretación debe orientarse en pos de la finalidad de la resocialización que fluye del citado instituto.

En esa inteligencia la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha dicho que la aplicación inadecuada de una norma de derecho común, que la desvirtúa y la vuelve inoperante, equivale a decidir en contra o con prescindencia de sus términos y constituye una causa definitiva de “arbitrariedad” (Fallos: 295:606; 301:108; 306:1242; 310:927; 311:2548; 323:192; 324:547, entre otros). Interpretación que se compadece con el principio de igualdad ante la ley (art. 16 C.N.) y la naturaleza del citado instituto, que pretende evitar la estigmatización de quién tiene su primer contacto con el sistema penal, al ser incompatible con el interés social que hace al espíritu del mismo.

En mérito a lo cual entiendo que se debe conceder la suspensión del juicio a prueba a Mauro Alberto González, por el término de tres años, a quien se le deben aplicar por igual plazo, las siguientes reglas de conducta: fijar residencia, someterse al control del Patronato y realizar tareas comunitarias, a razón de ocho horas mensuales, en el lugar pro-

puesto por su defensa técnica, o en caso de no resultar posible, en el lugar donde el Sr. Juez de Ejecución estime corresponder (art. 27 bis, incs. 1º y 8º del Código Penal). En relación a la suma ofrecida de mil pesos (\$1000), de diez cuotas iguales y consecutivas de cien pesos cada una, considero que, ante la aceptación por la parte agraviada, debe ser receptada por el Tribunal y abonarse la primera, al día siguiente de quedar firme esta resolución y las subsiguientes cada treinta días” (Del fallo del Dr. Bustelo).<sup>75</sup>

En el Sumario de dicha causa quedan establecidos los principios extensos en los que puede ser fundado el instituto, a saber:

1. La suspensión del juicio a prueba solicitada por el imputado por el delito de homicidio culposo agravado por la conducción de un automotor debe concederse, pues el Fiscal ha mostrado su asentimiento al respecto, y la posible sentencia condenatoria podría ser de ejecución condicional (del voto del Dr. Báez).
2. La aplicación de una pena de inhabilitación conjunta o alternativa a la principal no puede obstar a la concesión del beneficio de la *probation* en los términos del art. 76 bis, inc. 7º, del Cód. Penal, pues la prohibición se refiere solo a los casos en que dicha penalidad sea impuesta en su modalidad absoluta o exclusiva (del voto del Dr. Báez).
3. Interpretar que, en los términos del art. 76 bis del Cód. Penal, la *probation* no alcanza a los delitos de pena privativa de la libertad conjunta con la de inhabilitación es irrazonable, pues ello implicaría que la sanción menor determine la exclusión del instituto, cuando aquellas mayores lo permiten en ilícitos más graves (del voto del Dr. Báez).
4. La improcedencia de la suspensión del juicio a prueba en los delitos con pena de inhabilitación –Art. 76 bis, Cód. Penal– no es óbice para concederla al imputado por el delito de homicidio culposo agravado por la conducción de un automotor, pues debe prevalecer el principio de igualdad y la naturaleza del citado instituto, que pretende evitar la estigmatización de quien tiene su primer contacto con el sistema penal (del voto del Dr. Bustelo).

75. Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 10 de la Capital Federal, *ibídem* cita 62.

5. La exclusión de la suspensión del juicio a prueba en los casos en que la inhabilitación esta prevista como pena conjunta surge como voluntad del legislador, pues son casos en los que existe un especial interés del Estado en esclarecer la responsabilidad del imputado (del voto en disidencia del Dr. Becerra).

Es decir, queda plenamente consagrado un instituto jurídico nuevo, por interpretación jurisprudencial y en consonancia con los principios generales del denominado neoconstitucionalismo.

Hubo un cambio desde la sanción de la norma en 1994, hasta el día de hoy que impuso una tesis amplia de aplicación del instituto y por consiguiente del cambio del paradigma de igualdad que se observaba en la Constitución Nacional.

Hay una progresiva vuelta al sistema jurídico previo a la sistematización del racionalismo, que se caracterizaba por un sistema de casos o casuismo, que tiene clara predominancia por sobre la norma general y toma en cuenta las particularidades no solo de cada caso, sino que prima la voluntad del juez por sobre la ley y los ordenamientos generales.<sup>76</sup>

Consideramos que esta tendencia es general y se observa con mayor fuerza en los países de tradición continental europea; consagrando las corrientes filosóficas del derecho anglosajón de mediados del siglo pasado.

Un estudio más detallado de institutos o circunstancias similares a los estudiados podrá establecer nuevas reglas para la resolución de casos; ya que la multitud de sentencias e interpretaciones ha tornado poco claro y confuso el panorama judicial, tanto de nuestro país como de aquéllos en los que estos nuevos principios de interpretación de la realidad jurídica tienen vigencia.

## **Bibliografía**

- Ahumada Ruíz, María, *La jurisdicción constitucional en Europa*, Madrid, Thompson- Civitas, 2005, S. 80.
- Alberdi, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización nacional*. Buenos Aires, Tor; 1948.

76. Víctor Tau Anzoátegui, *Casuismo y sistema*; Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1992.

- Alchourrón, Carlos y Eugenio Bulygin, *Sistemas Normativos*; Buenos Aires, Astrea, 2012.
- Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEC, 1993, p. 351.
- Alonso, Juan Pablo, *Interpretación de las normas y derecho penal*; Buenos Aires, Del Puerto, 2006.
- Alterini, Jorge y otros, *Propiedad Indígena*; Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, 2005.
- Álvarez, Eduardo, “Validez constitucional del artículo 39 de la LRT, en la ley de Riesgo del Trabajo”, *Revista de Derecho Laboral*, Rubinzal-Culzoni, 2001.
- Amoedo, Fernando J., “La pena privativa de libertad como límite de procedencia de la suspensión del juicio a prueba”, *D.J.*, Año 1998, Volumen 3, p. 1013.
- Bernal Pulido, Carlos, “El principio de proporcionalidad como criterio para la aplicación del derecho fundamental a la igualdad” en Gustavo Beade, y Laura Clérico, *Desafíos a la ponderación*, Bogotá, Univ. Externado de Colombia, 2011.
- Bidart Campos, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1994.
- Carbonell, Miguel; “Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales en tiempos de emergencia”, disponible en: [http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Neoconstitucionalismo\\_y\\_derechos\\_1.pdf](http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Neoconstitucionalismo_y_derechos_1.pdf).
- Edwards, Carlos; “*La suspensión del juicio a prueba*”, L.L, Año 1995.
- Ekmedjian, Miguel, *Manual de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Depalma, 1991.
- Ferreiros, Estela M., “Constitucionalidad de la Ley de Riesgo del Trabajo”, *Doctrina laboral*, marzo 1997, P. 39, entre otros.
- Frontera, Juan Carlos, “La descodificación como síntoma de la historicidad del Derecho”, en *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*, Año I, Número 1. Invierno 2007. Disponible en: [http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R0001A001\\_0011\\_miscelanea.pdf](http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R0001A001_0011_miscelanea.pdf)
- Levaggi, Abelardo, *Manual de Historia del Derecho Argentino*; Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1994.
- Locke; John; *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*, México, FCE, 1941.
- López Camelo, Raúl Guillermo, “*Probation. Algo más acerca de su alcance normativo*”, *D.J.*, Año 1997, Volumen 2, *La Ley*.

- Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1987.
- Maier, Julio B.J., *Derecho Procesal Penal. Tomo I: Fundamentos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1999.
- Machicado, Jorge, “La Revolución Francesa y el Derecho Penal Liberal”, disponible en: <http://jorgemachicado.blogspot.com/2010/11>.
- Orgeira, José María, “La suspensión del juicio a prueba y los delitos con una pena mayor de tres años”, *L.L.*, año 1996, Volumen E.
- Palacio, Lino E.; *Derecho Procesal Civil*, Tomo III; Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976.
- Pisano, Natalio, *El pacto de San José de Flores o de unión nacional*, autores varios; Buenos Aires, Junta de Estudios Históricos de San José de Flores, 2009.
- Pompillo Baillo, Juan Pablo, *Historia General del Derecho*; México, Oxford University Press, 2008.
- Prieto Sanchís, Luis, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003.
- Saba, Roberto, “Des-igualdad estructural”; en Marcelo Alegre y Roberto Gargarella, (cords); *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.
- Sáez Zamora-Fantini, “Reflexiones sobre la implementación de la ley 24.316 en nuestro sistema penal”, *L.L.*, año 1995-D.
- Tau Anzoátegui, Víctor, *Casuismo y sistema*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1992.
- Wolin, Sheldon, *Política y perspectiva*, Buenos Aires, Amorrortu, 1960.
- Zagrebelky; Gustavo, *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*; Madrid, Trotta, 1995.
- 
- Acosta, Alejandro Esteban, 23/04/2008, *La Ley* 20/05/2008, CSJN.
- Aquino, Isacio C/ Cargo Servicios Industriales S.A., 21/09/2004.- CSJN.
- Arteaga, Fallos 321:2767 (1998); LL, 1998-F-236
- Bahamondez, Fallos, 316:479 (1993).
- Barrios, Ludmila s/infr. art. 104 CC- Causa N° 57899-00-CC/09 “Apelación Sala I de la Cámara Penal, Contravencional y de Faltas CABA.
- Bazterrica, Fallos, 308:1392 (1986), JA, 1986-IV-962.
- Calvo y Pesini, Fallos, 321:194 (1998).
- Carabajal, Samuel E. s/recurso de casación” (causa 14.375 y reg. 15.898).
- Ekmekdjian, Fallos, 315:1492 (1992).

- Gallardo Dell'Oro, Juan Martín s/recurso de casación" (causa 14.389 y reg. 19.728).
- Gaona, Germán P. y Sala, Maximiliano S. s/recurso de casación" (causa 13.143 y reg. 905/2011).
- Giroldi, Fallos, 318:514 (1995).
- González, Mauro Alberto, Tribunal: Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 10 de la Capital Federal, Fecha: 12/11/2012.
- Kosuta, Teresa R.; Acuerdo N° 1/99, del 17/8/1999, Cámara Nacional de Casación.
- Menghini, Ariel A., Tribunal Oral en lo Criminal N.º 23 de la Capital, Fecha: 24/02/2000:
- Mignone, Fallos, 325:524, (2002).
- Morales Solá, Fallos 319:2741.
- Palacios, Leonardo J. s/recurso de casación (causa 14.785 y registro 296/2012).
- Portillo, Fallos, 312:496 (1989).
- Rodríguez García, Milton s/recurso de casación (causa 14.342 y reg. 15.890).
- Sejean, Fallos, 308:2310 (1986).
- Zalazar, Eduardo Ramón s/estafa, plenario N.º 15 *Cámara de Apelación de las cinco circunscripciones judiciales de la Prov. de Santa Fe, del 22/12/98.*
- Zovak, Andrea A. s/recurso de casación (causa 14.418 y reg. 76/2012).