



ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA
INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL

JOSÉ I. CAFFERATA NORES

(Director)

**Ayán - Berrotarán - Bianciotti - Cafferata Nores - Cafure- Cravero - Davies- Ferrer Guillamondegui -
Hairabedian - Lucero - Martinez Conti - Oliva de Montuori - Rissi - Rossi - Soria**

PROCESO PENAL

Novedades legislativas y jurisprudenciales

El juicio penal digital o "Cyberjuicio" - Reformas introducidas al CPPCba. por la Ley 10.457 - El
"Arrepentido" (delator premiado) - El juicio por jurados y el precedente "Canale" de la CSJN -
Estabilización de jurisprudencia y Recurso Extraordinario Inteligencia Artificial y Proceso Judicial



JOSÉ I. CAFFERATA NORES

(Director)

Ayán - Berrotarán - Bianciotti - Cafferata Nores - Cafure- Cravero - Davies- Ferrer
Guillamondegui - Hairabedian - Lucero - Martinez Conti - Oliva de Montuori - Rissi -
Rossi - Soria.

PROCESO PENAL

Novedades legislativas y jurisprudenciales

El juicio penal digital o “Cyberjuicio” - Reformas introducidas al CPPCba. por la Ley 10.457 - El
“Arrepentido” (delator premiado) - El juicio por jurados y el precedente “Canale” de la CSJN -
Estabilización de jurisprudencia y Recurso Extraordinario - Inteligencia Artificial y Proceso
Judicial



-2020-

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE
CÓRDOBA
INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL

Cafferatta Nores, José I.

Proceso penal : novedades legislativas y jurisprudenciales / José I. Cafferatta Nores ;
compilado por José I. Cafferatta Nores. - 1a de compendiada. - Córdoba : Academia
Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2020.

Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online
ISBN 978-987-1123-92-6

1. Derecho Procesal. I. Título.
CDD 345.05



Artículo publicado bajo Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-
Sin Derivar. © Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba

“Entre uno de los pocos que han superado las enseñanzas de mis primeros maestros Alfredo Velez Mariconde y Jorge Clariá Olmedo... quiero mencionar a Julio Maier, referente indiscutible de cualquier estudio serio sobre el fenómeno de la persecución penal, y uno de los juristas argentinos más formados en la materia. Como también creo en los reconocimientos en vida, este es el mío” (Cafferata Nores, José I: Introducción al Derecho Procesal Penal, Lerner, Córdoba, 1994).

**ACADEMIA NACIONAL
DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA**

COMISIÓN DIRECTIVA

PRESIDENTE.

DR. ARMANDO S. ANDRUET (H)

VICEPRESIDENTE.

DRA MARCELA ASPELL

SECRETARIO.

DR. JUAN MANUEL APARICIO

TESORERO.

DR. GABRIEL B. VENTURA

DIRECTOR DE PUBLICACIONES

DR. JUAN CARLOS PALMERO

REVISOR DE CUENTAS.

DR. EFRAÍN HUGO RICHARD

AUTORIDADES
INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL

DIRECTOR
DR. JOSÉ I. CAFFERATA NORES

SECRETARIA PROCESAL PENAL
ESP. DANIELA BIANCIOTTI

SECRETARIA PROCESAL CIVIL
ESP. MARIANA LIKSENBERG

Índice General

INTRODUCCION

Por: José I. Cafferata Nores 10

PRIMERA PARTE

“JUICIO PENAL DIGITAL” O “CYBERJUICIO”

Por: José I. Cafferata Nores11

NUEVOS INSTITUTOS y REFORMAS EN EL CPP DE CÓRDOBA INTRODUCIDOS POR LA LEY 10.457.

I. *EL NUEVO ARTÍCULO 127 BIS DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA (LEY 10.457)*

Asistentes, consultores técnicos, auxiliares: (art 127 bis CPP Córdoba (ley 10.457)

Por: José I. Cafferata Nores 25

*Auxiliares de las Partes en el Proceso Penal: Análisis del Artículo 127 Bis Código
Procesal Penal de la Provincia de Córdoba. (Ley 10.457)*

Por: **Silvina M. Oliva de Montuori** (colaboradores: María Inés Indiveri - Guido Nicolás
Torres) 33

*El consultor técnico en el Código Procesal Penal de Córdoba: Algunas consideraciones
vinculadas al derecho comparado (ley 10.457)*

Por: **Daniela Bianciotti - Maximiliano Davies** 65

El consultor técnico en el Código Procesal de la Provincia de Córdoba (ley 10.457)

Por: **Inés Lucero** 74

II. *EL NUEVO ART 312 CPP DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA (LEY 10.457)*

Comentario al nuevo art 312 del CPP (ley 10.457)

Por: **José Cafferata Nores** 82

Implicancias del nuevo art. 312 del CPP (ley 10.457)

Por: **Valeria Paula Rissi** 89

III. *LOS CRITERIOS DE OPORTUNIDAD INCORPORADOS AL CPP DE CÓRDOBA Y LA FIGURA DEL “ARREPENTIDO”.*

La Confesión Delatora Premiada: “el arrepentido”

Por: **José I Cafferata Nores** 103

La delación premiada

Por: **Maximiliano Hairabedián** 138

Cuestiones atinentes a la nueva ley del arrepentido -ley 27.304 (b.o. 02/11/2016)-

Por: **Valeria Paula Rissi** 150

Algunos interrogantes sobre la Ley del arrepentido. Ley N° 27.304.

Por: **Patricia Soria - Ivana Rossi** 160

Ley del arrepentido (n°27.304).

Por: **Daniela Bianciotti - Maximiliano Davies** 165

<i>Comentario sobre las reformas de disponibilidad de la acción</i>	
Por: Maximiliano Hairabedián	179
<i>“Los criterios de oportunidad incorporados al CPP de Córdoba”.</i>	
Por: Ramón Agustín Ferrer Guillamondegui	192

IV. *EL NUEVO ARTÍCULO 334 DEL CPP -ARCHIVO-*

<i>La cuestión del fiscal subsiguiente en caso de sobreseimiento o archivo revocado por la Cámara de Acusación.</i>	
Por: Daniela E. Bianciotti - Gonzalo Berrotarán	214

SEGUNDA PARTE

V. *JUICIO POR JURADOS*

<i>El juicio por jurados y los requisitos exigidos para el dictado del veredicto de culpabilidad ante el principio de igualdad.</i>	
Por: Maximiliano Davies	228
<i>Principales obiter dicta efectuados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Canale” (CSJN, 461/2016 del 02/05/19).</i>	
Por: Manuel S. Ayán	238
<i>La imperiosa necesidad de adoptar un modelo uniforme de juicio por jurados a nivel nacional</i>	
Por Martín Cafure	245

El veredicto inexpresivo del jurado anglosajón y la motivación de la sentencia penal (fallo “Canales” de la SCJN. (CSJN, 461/2016 del 02/05/19)

Por: **Andrea Cravero**. 268

VI. RECURSOS

El Recurso Extraordinario: ¿es un eficaz mecanismo estabilizador de interpretaciones jurídicas? (A propósito del precedente “Loyo Fraire” en materia de prisión preventiva)

Por: **José I. Cafferata Nores y Valeria P. Rissi**. 351

TERCERA PARTE

VII. INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y PROCESO JUDICIAL

Aproximaciones sobre la utilización de inteligencia artificial en los procesos judiciales: ¿“máquina de juzgar”; “juez robot”?

Por **Miguel Ángel Martínez Conti** 367

Inteligencia Artificial y Administración de Justicia

Por **Ramón Agustín Ferrer Guillamondegui** 382

Introducción

Esta publicación pretende lograr tres objetivos.

El **primero**, mostrar como funciona el *Instituto de Derecho Procesal* de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba: plumas jurídicas reconocidas junto a autores jóvenes que procuran un lugar en ese espacio de reconocimiento, hacen honor a la calidad académica en un plano de democrática igualdad, presentando con total libertad sus propios pensamientos, desde lugares diferentes y posiciones muchas veces encontradas (la contradicción es la verdadera raíz del avance del derecho).

El **segundo**, evidenciar que, sin desmedro alguno de la especulación teórica, es de trascendente importancia ocuparse de cuestiones de la praxis jurídica, mediante el análisis y comentario de las principales novedades que se producen tanto en el ámbito legislativo como en el jurisprudencial.

Y el **tercero**, dejar incorporado definitivamente al ámbito de reflexión de este *Instituto*, (ya desde allí lo propusimos - y fue aceptado- como tema de la “III Reunión de Institutos” de esta corporación del año 2019) el presente y el futuro -más próximo (¡¡y vaya si lo fue!!), que lejano- del impacto disruptivo que la actual revolución tecnológica ineludiblemente ya produce y producirá de modo exponencial mucho antes de lo esperado, en la administración de justicia.

Prueba de lo expuesto es la súbita presencia masiva -con motivo del aislamiento personal impuesto por la pandemia de Covid 19- de la tramitación de juicios penales “no presenciales” (o juicios digitales, platóformicos o “Cyberjuicios”) mediante la utilización de medios tecnológicos idóneos para vincular interactivamente con imagen y sonido y en un mismo tiempo (“on line”), a sujetos procesales ubicados en diferentes lugares (en el “espacio virtual”).

José I Cafferata Nores

Director

Instituto de Derecho Procesal

PRIMERA PARTE

EL JUICIO PENAL DIGITAL (CYBERJUICIO)

Por: José I Cafferata Nores

Introducción

Con las denominaciones “juicio digital” o “cyberjuicio” intentamos caracterizar la tramitación total o preponderante de un *juicio penal* con todos sus actos procesales y el resguardo de garantías constitucionales en el *cyberespacio* o espacio “virtual”, mediante *herramientas tecnológicas digitales* “interactivas de comunicación” directa “que transmitan” y reciban “en forma simultánea y en tiempo real, imagen, sonidos y datos a distancia de una misma reunión entre múltiples personas ubicadas entre uno o mas sitios geográficamente distantes”.

La cuestión a resolver (en la ya existente controversia entre sus partidarios y sus detractores) no debería pasar por el incuestionable nivel constitucional (art 75 inc. 22 CN) de la oralidad, la inmediación, el contradictorio, la publicidad y la identidad física del juez del juicio penal. Se debería concentrar, en cambio, en otro tema: si la *presencialidad física en una sala de audiencias*, que parece derivar naturalmente de una interpretación puramente *histórica* del significado de las normas constitucionales y convencionales que implican aquellos caracteres- propio del momento de su sanción-, podría ser legítimamente equiparada (por su mismo significado, no por analogía) mediante una *interpretación evolutiva* de aquellas en el contexto de la forma de vida actual, a una *presencialidad en el cyberespacio* a través de herramientas digitales de transmisión a distancia, sin afectar la esencia de sus alcances constitucionales.

Para el supuesto que se resolviera autorizar el cyberjuicio penal, su reglamentación debería realizarse en una ley especial que contemple su reglamentación como “juicio especial, total o parcialmente no presencial” o solo como “procedimiento especial”, aplicable a (i) los supuestos *excepcionales* en que resulte *impostergable* por urgencias

procedimentales (vgr. muy probable pérdida definitiva de prueba dirimente) o bien *imposible* por razones de fuerza mayor (vgr. pandemia u otras) proceder conforme al modelo presencial, (ii) o *exista consenso* para ello entre todos los sujetos del proceso, (iii) o se trate de delitos de *escasa gravedad*, adecuando las normas vigentes sobre los actos procesales respectivos para un cumplimiento de modo no presencial, a través del uso correcto de una tecnología probadamente idónea para hacerlo por su aptitud y por su seguridad digitales, atendiendo siempre el debido resguardo de los principios y garantías judiciales constitucionales reconocidas tanto al imputado como a la víctima.

I. Momento procesalmente disruptivo

La irrupción masiva de la Covid-19 ha provocado un fuerte aceleramiento del incipiente proceso de coexistencia entre los “estrados tribunalicios” y los “estrados cibernéticos” cuyo futuro, nos parece, va a generar un paulatino pero sostenido avance del último sobre el primero, cuyos alcances y duración son difíciles de precisar en estos momentos. Ya hoy, a la par del histórico concepto de que el “Palacio de Justicia” con sus “Salas de audiencias” es el lugar natural de concurrencia personal de todos los que participan para la realización de cualquier trámite procedimental, nos encontramos con que también “abogados, fiscales, partes, imputados, procesados y jueces se encuentran en un *espacio común que es la virtualidad* y llevan adelante el acto procesal para el cual han sido convocados” (Andruet) en un tiempo también común.

Y este fenómeno adquiere en materia penal una especial relevancia cuando se trata del “juicio digital” o “cyberjuicio”.

II. Noción

Con las denominaciones “juicio digital” o “cyberjuicio” (juicios platafórmicos, los descalifica Bovino: juicio con ventanitas, ironiza Rusconi) intentamos caracterizar la tramitación total o preponderante de un juicio oral penal con todos sus actos procesales y con el debido resguardo de garantías constitucionales, en el espacio “virtual” o cyberespacio”, mediante herramientas tecnológicas digitales “interactivas de comunicación” directa “que trasmitan” y reciban “en forma simultánea y en tiempo real, imagen sonidos y datos a distancia, de una misma reunión entre múltiples personas ubicadas entre uno o más sitios geográficamente distantes” (TSJ Cba.).

III. ¿Revolución procesal?

Los juicios digitales o cyberjuicios han revolucionado al proceso penal. Decimos que lo *han* revolucionado, porque con distintas modalidades *ya* se están llevado a cabo prácticamente en todos los países (en algunos desde antes) y lugares que adoptaron el juicio penal oral y que se han visto afectados por el Covid 19: por ejemplo, tan solo en el ámbito del Poder Judicial provincial de Córdoba desde el 11 de abril al 12 de junio de 2020 se han realizado 362 juicios digitales penales abreviados. Y decimos que lo han *revolucionado* porque no recordamos un cambio (podría decirse que “cultural”) mas repentino, abarcativo y profundo de las formas procedimentales hasta ahora conocido, cambio al que además se le atribuye poner en jaque algunos de los pilares constitucionales que fundamentan al proceso penal.

IV- La garantía de “juicio previo”.

Demás esta decir que como condición básica para que el Cyberjuicio satisfaga la garantía de juicio previo, es indispensable una ley en sentido formal, emanada del Poder Legislativo que en cada jurisdicción política sea el competente para dictarla, al menos para la regulación de debates penales no presenciales (o sea, cyberdebates) mediante el uso de herramientas informáticas tecnológicamente aptas para su desarrollo a distancia (Carolina Prado).

“El procedimiento previo exigido por la Constitución no es cualquier proceso que puedan establecer a su arbitrio las autoridades públicas competentes para llevarlo a cabo. Al contrario, se debe tratar de un procedimiento jurídico, esto es, reglado por ley que defina los actos que lo componen, y el orden en que se deben llevar a cabo. Estos actos, “están disciplinados singular y colectivamente por el Derecho Procesal: éste prescribe las formas que se deben observar en la ejecución de cada uno de ellos y el orden de proceder, o sea, una especie de programa o método de actuación. En este sentido, sin duda, los actos procesales son jurídicos, puestos que están previstos, definidos y coordinados por el Derecho. Éste régimen de legalidad, según ya vimos, constituye una garantía de justicia en cuanto asegura la inalterabilidad de la forma sustancial del proceso. La ley traza un camino procesal uniforme” (Vélez Mariconde).

Lo expuesto precedentemente resulta de interés frente a distintas resoluciones de Tribunales dotados de la máxima atribución de superintendencia, que frente a la obligatoriedad del Aislamiento Social Obligatorio (DNU 260/20), han procurado,

prudentemente hasta ahora a nuestro entender, soluciones procedimentales de emergencia no presenciales, a fin de dar alguna respuesta a ciudadanos que esperan ser juzgados, para que estos no se vean privados del derecho a acceder a la justicia, derecho que por razones de la pandemia podrá sufrir las limitaciones de salud pública imprescindibles, pero no se puede abolir invocándola. Para ello se han valido de sus atribuciones administrativas, para facilitar la prestación de servicios judiciales urgentes mediante el uso de los medios técnicos -telemáticos, digitales o cibernéticos- de que disponen abolir invocándola.

Tales atribuciones administrativas se consagran en los Códigos Procesales Penales bajo el título de “Normas Prácticas”. Sobre sus alcances se ha señalado que “son muy adecuados los vocablos técnicos indicados como objeto de la actividad reglamentaria al señalárseles como “normas prácticas”. Este último giro advierte que no podrán alterarse, por ejemplo, los requisitos de modo, tiempo y lugar de los actos procesales” (D·Albora).

De allí que pensemos que no sería necesario esperar a que se supere esta emergencia para que el legislador procesal regule expresamente al menos lo atinente al debate penal no presencial, si quiere darle a este el respaldo legal constitucionalmente exigido, ausencia que, en una hipótesis extrema, quizás sería superable por el criterio de nuestra Corte Suprema cuando, no obstante declarar la inconstitucionalidad de la norma que regulaba las subrogancias judiciales, preservó la validez de los innumerables fallos dictados por estos jueces (inconstitucionales) fundándose en “razones de conveniencia, utilidad y en los más hondos sentimientos de justicia” (Rosza, 23/5/2007).

Para el supuesto que se resolviera autorizar legislativamente el cyberjuicio penal, su reglamentación debería realizarse en una ley especial que contemple su reglamentación como “juicio especial, total o parcialmente no presencial” o solo como “procedimiento especial”, aplicable (i) a los supuestos *excepcionales* en que resulte *impostergable* por urgencias procedimentales (vgr. muy probable pérdida definitiva de prueba dirimente) o bien *imposible* por razones de fuerza mayor (vgr. pandemia u otras) proceder conforme al modelo presencial, o (ii) *exista consenso* para ello entre todos los sujetos del proceso (iii) o se trate de delitos de *escasa gravedad*, adecuando las normas vigentes sobre los actos procesales respectivos para un cumplimiento de modo no presencial, a través del uso correcto de una tecnología probadamente idónea para hacerlo por su aptitud y por su seguridad digitales, procurando siempre el debido resguardo de los principios y garantías judiciales constitucionales reconocidas tanto al imputado como a

la víctima. Y en cualquier caso será necesario establecer expresamente, los alcances prioritarios de la interpretación de esa ley, que tipo de delitos o de causas podrán ser juzgados, total o parcialmente, mediante la nueva modalidad y, si fuera el caso, un orden de prioridades para ello.

V. Interpretación histórica vs/ interpretación evolutiva.

El juicio digital o Cyberjuicio debe ser acorde con la garantía constitucional de juicio previo (arts. 10 DUDH; 8 CADH; 18 y 75 in 22 CN), la que no se satisface con cualquier procedimiento judicial. Ella exige la plena vigencia en su desarrollo de *todas las demás garantías judiciales* acordadas al acusado (v. gr., juez natural e imparcial, presunción de inocencia, inviolabilidad de la defensa, *nemo tenetur, non bis in idem*, excepcionalidad de la prisión preventiva, etc.). Creo que es justo señalar que todas esas garantías pretenden ser respetadas, al menos en la experiencia cordobesa que conocemos.

Si bien no hay espacio para discutir seriamente hoy, el claro nivel constitucional de la oralidad, inmediación, publicidad, contradicción, continuidad e identidad física de los jueces como garantías del imputado, no siempre fue así. Esa visión no se encontraba en los primeros comentarios de los Códigos Procesales Penales que las admitieron: estos mas bien destacaron su eficacia para alcanzar la verdad real en un juicio justo, considerando al contradictorio como un derecho bilateral, común al acusador y al acusado (incluso multilateral, extendido a todas las partes) (Vélez Mariconde). En alguna soledad se afirmó, bastante después, que la oralidad, inmediación, contradicción y publicidad eran derivaciones constitucionales necesarias del sistema de juicio penal por jurados establecido por la Carta Magna nacional (Maier).

Fue a partir de la nueva Constitución de 1994 cuando quedo claro que “el juicio debe realizarse en forma oral y pública, contradictoria y continua y con vigencia plena de la inmediación y de la identidad física de los jueces: porque éstos son los caracteres *que impone*, sin espacio para otras interpretaciones ni para legislaciones procesales contrarias, *el nuevo sistema constitucional* a partir de la incorporación de la normativa supranacional sobre derechos humanos al art. 75, inc. 22, CN” (Cafferata Nores).

Si bien se mira, entonces, la discusión no debería pasar por la cuestión del nivel constitucional de la oralidad, la inmediación, el contradictorio, la publicidad y la identidad física del juez del juicio penal. Se debería concentrar, en cambio, en otro tema: si la *presencialidad física en una sala de audiencias*, que parece derivar naturalmente de

una interpretación puramente *histórica* del significado de las normas constitucionales y convencionales que implican aquellos caracteres- propia del momento de su sanción, podría ser legítimamente equiparada (por su mismo significado, no por analogía) mediante una *interpretación evolutiva* de aquellas en el contexto de la forma de vida actual, a una *presencialidad en el cyberspacio* a través de herramientas digitales de transmisión a distancia, sin afectar la esencia de sus alcances constitucionales. Y la respuesta será buscada, seguramente, más que en los textos supranacionales constitucionalizadas, en su justificación práctica, conforme al funcionamiento de las herramientas telemáticas utilizadas para el desarrollo del Cyberjuicio, cuyo previsible perfeccionamiento técnico - sin límites conocidos- será el más vigoroso aporte a aquella respuesta.

Porque el derecho del acusado a “ser juzgado” (art.7.5 CADH) y a que le sea “comunicada la acusación” (art 8.2.b CADH) o “notificada” (art 9.2 PIDCP), admite varias formas de hacerlo, lo mismo que el de “hallarse presente en el proceso” (art 14.3.d PIDCP) y el de ser “oído” (art 8.1 CADH): no hacen variar esta conclusión que se deba ser oído “públicamente” (arts. 11 DUDH) y que además la sentencia también deba ser pública (14.1 PIDCP), tanto porque “el proceso penal puede no ser” público en lo que “sea necesario para preservar los intereses de la justicia” (art 8.5 CADH), como porque la publicidad popular de lo que diga el acusado o del fallo final pueden verse satisfechas por los medios técnicos actualmente utilizados en los Cyberjuicios.

Si bien las garantías que aseguren la comparencia el acusado al “acto del juicio” (art 9.3 PIDCP) como su derecho de “interrogar a testigos presentes en el tribunal” (art 8,2 CADH) los “testigos de cargo” (art 14.3.e PIDCP) y obtener la "comparencia de testigos de descargo” (para que sean ”interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo” (art 14.3.e PIDCP)- lo que muestra la “bilateralidad” del derecho a interrogar- fueron pensadas, según la época de su redacción, para una presencialidad física o geográfica (única posible en 1966 y 1969 -años de aprobación del PIDCP y de la CADH, respectivamente-): sería de una “hiriente literalidad” interpretar que ello proscibía ya, desde entonces y a futuro (con una suerte de “profética adivinación”), toda posibilidad de “presencialidad virtual” entonces inimaginable.

No hemos encontrado, por otra parte, normas constitucionales ni convencionales vigentes en Argentina que impongan específicamente la presencialidad personal del juicio previo, lo que seguramente facilitará la ya aludida *interpretación evolutiva* de las

disposiciones de esos niveles sobre los caracteres del juicio penal. Se entiende por interpretación evolutiva aquella útil para determinar el sentido y alcance del texto de una norma de cierta antigüedad, atendiendo el significado de sus palabras en el *contexto de la forma de vida actual*, (contexto que abarca también el avance de la tecnología, las formas modalidades de la comunicación y sobre todo las nuevas formas de relacionarse entre las personas), sentido y alcance que pueden llegar a ser mas amplios o mas abarcativos que los originalmente atribuidos a esa norma en el momento de su sanción por el legislador (Calderón Meynier; También, SCJN, Fallos; 172:29; 211:162; 241:291. Y CorteIDH, O.C. 22/2016), pero de idéntico significado (no similar o analógico).

Desde luego que esto es dicho en términos teóricos pues a veces, en la realidad (amén de las críticas sobre el impacto negativo de la virtualidad en el debate), las partes carecen de los conocimientos mínimos o los tribunales no cuentan la tecnología necesaria para intervenir eficientemente de modo no presencial en el proceso, lo que hace difícil en extremo desde la simple constitución de un domicilio electrónico por parte del imputado, hasta la elaboración conjunta de una “teoría del caso”, o la estrategia defensiva entre éste y su abogado, o su simple comunicaron mutua durante el debate. O en los actos preliminares del juicio oral, la no presencialidad puede poner en riesgo el acierto defensivo de algunos supuestos de proposición de pruebas, que merecen una evaluación conjunta previa sobre la conveniencia de su ofrecimiento para esa estrategia. Estos aspectos prácticos deberán también ser tomados especialmente en cuenta al momento de tomar algún partido sobre la mencionada “equiparación de formas de presencialidad”.

De este modo la discusión -iluminada por una interpretación evolutiva- se focalizará, en cambio, sobre si un debate no presencial en el cyberespacio por medios digitales (en realidad, por los actualmente disponibles) respeta suficientemente los clásicos caracteres de oralidad, inmediación, publicidad y contradicción -expresada en la actividad de control efectivo de las partes (en especial del imputado) sobre la incorporación de la prueba- y en su caso si las eventuales inconsistencias al respecto son constitucionalmente tolerables.

Por cierto, que la víctima en el papel de acusador (exclusivo o conjunto), como destinataria de la tutela judicial efectiva, también tiene derecho a provocar y a participar del juicio previo en las condiciones aquí establecidas que le resulten aplicables.

VI. Críticas y defensas.

Creemos por lo visto hasta ahora que entre muchas otras de menor intensidad, se seguirá profundizando especialmente la polémica respecto a como impacta esta nueva modalidad en el núcleo esencial del juicio penal, que es el “debate oral”, en especial lo relativo a la influencia de la virtualidad sobre uno de sus mas conocidos caracteres esenciales: la “*inmediación*”, verdadera “nave insignia” de los juicios criminales en Argentina, que proporciona un inmejorable espacio a otras igualmente importantes como la “*contradicción*”, y la “*publicidad popular*” con las que se termina confundiendo (y por ende tornándolas pasibles de las mismas controversias en orden a su posible virtualidad) en la realidad práctica del curso del debate , pues es allí donde mejor se expresan: se tratará, como adelantamos, del “*debate digital*” o “*Cyberdebate*”.

Parece didáctico adelantar las posiciones controversiales mas conocidas. De un lado se hace especial hincapié en que esta clase de juicios no respetan “*el principio de contradicción*” que es “*claramente, una garantía del imputado*” y que en ellos tampoco existirá “*inmediación*” como espacio para al desarrollo de aquella (Bovino, Alberto; Penna Cristian), o bien -invocando penurias soportadas como “defensores de casos de lawfare”- denuncian que se propone salir de “*años de oscuridad y clandestinidad judicial, no con más oralidad, publicidad y transparencia, sino con más distancia y desconexión entre las partes*” propias de “*audiencias*” que se realicen “*de manera remota, vía alguna plataforma virtual*” (Rusconi, Maximiliano y Palmeiro, Gabriel). Por el contrario se afirma, dese el lado opuesto, que el juicio por videoconferencia “*lejos de suponer un obstáculo para la inmediación, permite un mejor cumplimiento de este principio*”, que “*el principio de contradicción está asegurado en cuanto las posibilidades de interrogatorio y conainterrogatorio son exactamente iguales para las partes con la presencia física del acusado o del testigo que con la virtual, inclusive “muchas veces los medios electrónicos pueden revelar más acerca de la credibilidad y honestidad de un testigo que lo que puede descifrarse físicamente y en directo*” (Tribunal Supremo Español).

Es en el momento del debate propiamente dicho donde se apreciará el mayor impacto en su tránsito desde la inmediación en sentido propio, o sea, presencial, (y la contradicción y la publicidad con las que se confunde) hacia las nuevas formas de inmediación a distancia, que afrontarán inicialmente y como base, una fuerte demanda de fiabilidad en lo tecnológico y procedimental para procurar mantener o emular, seriamente, las invocadas virtudes de la “presencialidad”: la fiel percepción, sin

interferencias, de los aspectos verbales y no verbales de lo que en el debate se haga y se diga, a la que se atribuyó permitir de modo exclusivo una correcta valoración de la fuerza conviccional de las pruebas (o sea, “que prueban las pruebas”) que en él se reciben -al menos hasta el fallo “Casal” de la CSJN, y el reciente de la Corte IDH- “Valle c/ Argentina”) y el útil ejercicio de la actividad propia del derecho de confrontación con los elementos de convicción que a él se incorporan (propio del contradictorio), nota que, se argumenta, queda mas satisfecha con la clásica “presencialidad” personal. Y por este motivo serán el *espacio mas propicio* para la discusión (y probables surgencias de normas y reformas), a las que se sumará, indudablemente, la necesaria publicidad popular.

Intentando una mínima ampliación de estas opiniones críticas, comenzamos por la *inmediación*. Ella consiste en el contacto directo, personal y permanente en un lapso y en un espacio físico común, que jueces, acusadores, imputados, víctimas y sus defensores tienen durante el desarrollo del debate con las pruebas que allí se reciben, y el que mantienen todos ellos entre si, interactuando verbalmente cada uno en los roles como actores, contradictores, directores o decisores que la ley procesal les asigna, ante la presencia de cualquier ciudadano que lo desee. De todas las argumentaciones sobre ella parece resaltar una: que en orden a las “impresiones” que produce el contacto personal sin interferencias con los aspectos verbales y no verbales de las declaraciones del imputado, testimoniales o periciales que se producen en un debate, parece indudable - hoy- que su percepción de tipo presencial por jueces y partes no va a ser de la misma calidad convictiva que si lo es a través de imágenes, sonidos y datos percibidos a distancia. Este punto de la discusión circulará por los muchos pliegues de la diferencia cualitativa entre el impacto sensitivo y espiritual propio de la presencialidad de la “vivencia” y el que pueda generar la mejor y la mas fiel de las imágenes animada técnicamente imaginable. Estos aspectos son y serán sopesados en el análisis jurídico acerca de su capacidad o inocuidad para afectar alguna garantía constitucional.

No parece tan peliagudo el punto de la *publicidad popular*, la que tratándose del debate presencial, está regulada como la posibilidad de que cualquier persona interesada pueda asistir a presenciar su desarrollo total, y conocer el contenido de las pruebas y las razones de las partes, y luego enterarse de los fundamentos de la sentencia. Ella es invocada como el medio de control popular sobre la administración de justicia, que neutraliza posibles arbitrariedades judiciales contra el acusado y es una coraza para los jueces frente a eventuales presiones en cualquier sentido de los otros poderes del Estado, o de grupos

políticos o sociales, contribuyendo así a la transparencia de la administración de justicia y a la confianza en el Poder Judicial. Quienes aceptan el juicio digital sostienen que si bien para resguardarla en todos esos aspectos no parece imaginable un *Cyberdebate* al alcance de cualquiera que tenga acceso a Internet (a modo de *Streaming*), sería posible limitar su seguimiento a quienes estén interesados por cualquier motivo (como ocurre, naturalmente, en el debate presencial, al que solo estos concurren) los que deberán mínimamente identificarse para inscribirse y obtener así una clave para poder seguir sus alternativas por vía remota, sometidos a las mismas condiciones de acceso (vgr, edad) y comportamiento que en el modo presencial.

Hemos dejado para el final el derecho a la “*confrontación con la prueba*”. Hoy por imperio del art 75 inc. 22 de la C. N., tienen ese mismo nivel jurídico el art. 8.2.f de la CADH y el 14.3.e del PIDCP que consagran como garantía mínima del acusado durante el debate el “derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”. De allí se desprende que su control defensivo sobre la prueba de cargo consiste en asistir a su recepción con “*facultades exploratorias y críticas*” (Maier) pues “no se reduce a la simple observación o revista de los elementos de juicio presentados en su contra sino a la posibilidad efectiva *de actuar sobre ellos*”, pudiendo” interrogar a quien formula la imputación” lo que “no sólo involucra a los testigos sino a toda manifestación verbal que tenga naturaleza cargosa contra el imputado ... pues esa circunstancia es la que permite a la defensa controlar, atacar y contradecir la versión incriminatoria”, “desafiar y cuestionar a un testigo o a cualquiera que hubiera hecho declaraciones en su contra”(C.F.C.P., Sala II, “Turco”, 2-06-2010 ,Causa Nro. 9737-Registro16516) . Y debemos reconocer que no es sencillo de imaginar -hoy- el ejercicio útil por el abogado del acusado, e incluso por este mismo, de estas facultades “exploratorias” sobre los dichos que lo incriminan, y menos aún la posibilidad efectiva de “actuar” sobre quienes los pronuncien, atacando, contradiciendo, desafiando o cuestionando su veracidad, “de pantalla a pantalla” (de “ventanita a ventanita”). Sobre todo porque la fecundidad convictiva que de esta confrontación se espera, pareciera mas posible de lograr si ella se lleva a cabo “cara a cara” entre los protagonistas de modo presencial, aventando así el riesgo de que la virtualidad frustré su objetivo de provocar en los jueces una impresión sobre la inconsistencia o la insinceridad de esa prueba personal de cargo (o viceversa). Contrariamente se ha sostenido que *ninguno* de los términos

utilizados por la normativa supranacional arriba citada, “*impone, según su sentido corriente, la “presencialidad” del juicio*” (Pleé).

VII. Presente y futuro

Pensamos que parece precipitado (y a la vez complicado) fijar rápidamente una posición definitiva frente al Cyberjuicio, cuya adopción exige un debate integral prudente, concienzudo e interdisciplinario, sobre todos los elementos técnicos y jurídicos que lo configuran.

Lo que sí pensamos es que la última palabra probablemente la tengan los previsibles avances tecnológicos que, lejos de los defectos que hoy se le achacan a las plataformas digitales utilizadas para la realización del Cyberdebate, brinden -si se nos excusa la ignorante metáfora- una “*virtualidad real*”.

Por ahora avizoramos en adelante, el afianzamiento de tres escenarios posibles. El primero: una *negativa cerrada* a admitir el Cyberdebate, por no respetar los caracteres de intermediación, contradictorio sobre la prueba y publicidad, propios del juicio oral, vulnerando de ese modo varios principios procesales, desde el logro de la “verdad real” (que se ocultaría fácilmente bajo las imágenes) hasta la defensa del acusado, a cuyo servicio estarían dispuestos aquellos caracteres (Bovino; Rusconi). El segundo: una *aceptación total* al Cyberdebate, por encontrar que aquellas notas del juicio presencial se mantienen intactas en el modo remoto o aún mejores (vgr. las imágenes de todo lo ocurrido se conservan y se pueden repetir, se argumenta) sin compromiso del derecho de defensa (Tribunal Supremo Español). El tercero (aun incipiente): que admitiendo las diferencias entre ambos, se proponga -incluso mas allá de la señalada interpretación evolutiva- un *reperfilamiento* de las características distintivas del juicio común en los sistemas de enjuiciamiento penal vigentes que hemos ido mencionando, e incluso de las garantías constitucionales involucradas, de modo que todas estas puedan tenerse por satisfechas sin el requisito de la presencialidad, pero ajenas a cualquier resultado que implique renuncia o reducción sustancial de su ámbito de protección.

VIII. “Destino” Borgiano.

Personalmente creemos que el debate digital llegó para quedarse. Que a semejanza del “destino” Borgiano (*ciego a las culpas pero implacable con las mínimas distracciones*), aprovechando nuestras “distractivas” discusiones jurídicas el Cyberdebate se instalará

definitivamente (de modo excepcional o general), con la ayuda de las leyes, de las ganancias de quienes producen los medios técnicos para su realización (Salt -de muchas de cuyas ideas nos hemos “apropiado” con su generosas condescendencia), de las evidentes conveniencias presupuestarias de los poderes judiciales (un significativo ahorro de medios materiales y humanos) y de una cierta “comodidad” de muchos de los protagonistas de las practicas de los tribunales penales.

Desde luego que será más fácil darle la bienvenida final si logra brindar a todos los ciudadanos un servicio de Justicia mejor al que están recibiendo mientras dure la pandemia o sus efectos. Y también mirar su evolución hacia adelante, en donde confluirá, mas pronto que tarde, con el advenimiento -que preferimos paulatino, progresivo y acotado- de un *software* de juzgamiento, figuradamente denominado “juez robot” (Cafferata Nores).

IX.-¿“Cibergatopardismo” judicial?

Para consolidar cualquier mejora creemos que será responsabilidad de todos los operadores jurídicos -repasando lo que suele ocurrir en cada intento de reformas procesales profundas- estar atentos a las palabras que el escritor italiano Giuseppe De Lampedusa, puso en boca del príncipe Fabricio de Corvera, “il gatopardo”: “*si queremos que todo siga como está, es necesario que todo cambie*”. Aun cuando parezca poco probable en el “Gran Confinamiento” (Juan Corvalán) en que nos sumergió la pandemia, quizás pueda quedar todavía lugar para un “Cybergatopardismo” judicial.

X. Referencias

Armando Andruet, *La prestancia profesional de abogados y jueces en su realización virtual*, Comercio y Justicia, [29 abril, 2020](#).

Jorge Luis Borges, *Sur*.

Alberto Bovino; Cristian Penna, *Juicios Penales virtuales* disponible en <http://nohuboderecho.blogspot.com/2020/06/vamos-al-zoom-condenemos-alguien.html>.

José I. Cafferata Nores, *Proceso Penal y Derechos Humanos* (Del Puerto- Cels).

Jose I Cafferata Nores, “*La inteligencia artificial es el futuro que viene en la justicia*”, La Voz el Interior, 26-10-2019

Manuel Calderón Meynier, *Conversatorio Academia Nacional de Derecho de Córdoba, 17-07-2020*. (Inédito)

Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Valle vs. Argentina”, Sent. del 20-07-2020”

Juan Corvalán, *Posgrado-Inteligencia Artificial y Derecho*- Con especial foco en el impacto del COVID-19 Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, alab@derecho.uba.ar

Francisco Dálbora, *Código Procesal Penal de la Nación Comentado*. T. I. 7a Edición

Julio Maier, *Derecho Procesal Penal*, T.I.

Raúl Omar Pleé, *Dictamen como Fiscal General subrogante ante la. Cámara Federal de Casación Penal*, causa Nro. CFP6147/2017/TO1/CFC3, Sala 1, caratulada: - “Sánchez de Loria”)

Carolina Prado, *El sistema penal ante la emergencia sanitaria*, conferencia dictada el 06.05.2020 en Seminario (Hangout Meet) —”La pandemia Covid-19 (Coronavirus) en la Argentina y sus implicancias en el Derecho Penal”, organizado por la Secretaría de Graduados de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

Maximiliano Rusconi y Gabriel Palmeiro, *Del lawfare a las condenas virtuales: la vergüenza en “ventanitas”*, [www. identidad colectiva.com](http://www.identidadcolectiva.com) del 19-07-2020).

Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, *Acuerdo Reglamentario 1281, Serie A*, 7/5/2015.

Tribunal Supremo Español, sent. 331 del 27 junio 2019, disponible en://confilegal.com/20200704.

Marcos Salt *Conversatorio Academia Nacional de Derecho de Córdoba, 15-06-2020*. (Inédito).

Alfredo Vélez Mariconde, *Derecho Procesal Penal*.

NUEVOS INSTITUTOS y REFORMAS EN EL CPP DE CÓRDOBA INTRODUCIDOS POR LA LEY 10.457

ASISTENTES, CONSULTORES TÉCNICOS, AUXILIARES (ART 127 BIS CPP CÓRDOBA)

Por: José I. Cafferata Nores

I. Introducción

La ley n° 10.457 introdujo al Código Procesal Penal de Córdoba un nuevo artículo: el 127 bis, que se ocupa de tres cuestiones diversas.

La norma reza: “Asistentes, consultores y auxiliares. *Las partes podrán designar un asistente cada una para que colaboren en su tarea, a su costa. En tal caso darán a conocer su nombre y apellido, expresando que asumen la responsabilidad por su elección y vigilancia. Los asistentes sólo cumplirán con tareas accesorias, pero no podrán sustituir a quienes ellos auxilian en los actos propios de su función. Se les permitirá concurrir a las audiencias sin intervenir directamente en ellas. De igual manera, las partes podrán designar consultores técnicos expertos en una ciencia o arte para que las asistan, incluso acompañándolos en los actos procesales pertinentes. El Tribunal Superior de Justicia establecerá las atribuciones de los auxiliares-colaboradores de la Defensa Pública Penal* “

En estas líneas trataremos de realizar una **escueta reflexión** sobre esta novedosa disposición, tendiente solamente a aportar mínimas colaboraciones a su interpretación para aquellos miembros del *Instituto de Derecho Procesal de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba*, que la han elegido para comentarla.

II. Asistentes técnicos

Sobre este punto el art 127 bis CPPCba estatuye:

“Asistentes... “Las partes podrán designar un asistente cada una para que colaboren en su tarea, a su costa. En tal caso darán a conocer su nombre y apellido, expresando que asumen la responsabilidad por su elección y vigilancia. Los asistentes sólo cumplirán con tareas accesorias pero no podrán sustituir a quienes ellos auxilian en los actos propios de su función. Se les permitirá -concurrir a las audiencias sin intervenir directamente en ellas.

Quienes tienen el derecho de designar asistentes, son los **abogados**, (defensores particulares¹ o apoderados) de las partes privadas (imputado, querellante, partes civiles), la que no requiere acuerdo judicial. Así surge del vocabulario que utiliza la norma, que autoriza su designación para que colaboren *en su tarea* pero les prohíbe a aquellos *sustituir a quienes auxilian en los actos propios de su función*. La palabra “función” califica la palabra *tarea* (no son tareas particulares sino tareas funcionales) proporcionando a la vez una clara idea sobre la naturaleza de tales actos: son de carácter **técnico-jurídico**, como, por ejemplo, la concurrencia a audiencias (aunque se les impida intervenir directamente en ellas).

Las atribuciones de los asistentes encuentran un **límite** en las que son privativas del defensor con el que colaboran. Las de éste consisten asistir y representar al particular que lo ha propuesto como tal, en diseñar, monopólicamente, la estrategia de la defensa y llevar adelante su ejecución a través de todos los actos enderezados a tal finalidad². Aquellos solo podrán intervenir en los actos accesorios que especialmente se les deleguen, y quien los designó podrá libremente **dejar sin efecto** ese nombramiento.

Las “**tareas accesorias**” autorizadas, además del prestar un auxilio material (vgr. acceso al sumario, art 312 CPPC; solicitud de copias, art 151 CPPC), pueden tener un contenido informativo (vgr. visita a detenidos para ilustrarlos sobre las alternativas de su proceso) y también de control: la asistencia a audiencias del asistente, aun cuando lo haga como un

¹ Sobre defensores oficiales ver n° IV

² Los que se encuentran reglamentados en los CPP.

mero “convidado de piedra”, importará la posibilidad de éste de observar (y, en su caso, hacer reclamar) el resguardo de las garantías en la actividad judicial que allí se desarrolla³.

Su colaboración también puede traducirse en aportes (verbales o escritos) sobre el **derecho extrapenal** aplicable a los hechos el proceso (vgr, civil, comercial, administrativo etc.) y en sugerencias sobre la estrategia defensiva (vgr. sobre las pruebas a ofrecer, etc).

Va de suyo que la norma presupone alguna preparación en derecho de los “asistentes” por la función técnico- jurídica en la que auxilian, que es la propia de los abogados defensores o mandatarios.

El art 127 bis CPPCba establece que los defensores asumen la “responsabilidad por la elección y vigilancia” de sus asistentes, sin explayarse al respecto: pareciera entonces que aquéllos quedarán sujetos a las consecuencias de los errores o ilegalidades en que éstos incurran en sus tareas.

Estos auxiliares **no tienen** la misma condición que los abogados “sustitutos” que autoriza alguna legislación (vgr CPP Nacional art 111⁴) pues éstos (no así aquéllos) pueden ejercer plenamente todas las tareas de quienes sustituyen. Los “asistentes” más bien guardan analogías con la figura de los antiguos “procuradores”, o los actuales “técnicos” o “bachilleres”⁵.

Se distingue de este modo a los asistentes, de los “consultores técnicos” previstos en el mismo artículo, cuya experticia -que no es en leyes sino en ciencias o artes- los asemejan (sin confundirlos) a los peritos de control, como a continuación se desarrolla.

³ Si bien no todas las funciones que el Tribunal Superior de Justicia asigna a los Auxiliares-colaboradores de la Defensa Pública Penal se podrán reconocer a estos “asistentes” (vgr el art 127 bis CPPC a éstos les impide intervenir directamente en las audiencias, pero a aquellos el TSJ no siempre lo hace), su enumeración parece de utilidad para buscar un contenido más amplio al art 127 bis CPPCba. Véase el nº IV y las notas 20 y 21.

⁴ C.P.P.N. art. 111: *Los defensores de los imputados podrán designar sustitutos para que intervengan si tuvieran impedimento legítimo, con consentimiento del acusado.* Además se ha dicho que “los defensores de las demás partes, incluido el querellante, también pueden sustituir en otros la ejecución del mandato... (Navarro-Daray. *Código Procesal Penal de la Nación*, Comentado). Respecto de estos defensores sustitutos funcionarán ciertas garantías (vgr. la reserva de sus comunicaciones con el imputado) y ciertas responsabilidades (vgr. la impuesta por el art 271 C.P.). Una interpretación correcta debería reconocerles a los asistentes del art 127 bis CPPCba la reserva de sus comunicaciones con el imputado (arts 214 y 216 en func. del art 212 CPPC).

⁵ Conforme las disposiciones del Ministerio de Educación de la Nación, la Facultad de Derecho de la U.Nac. de Córdoba no otorga en la actualidad el título de Procurador. Esta dependencia académica acuerda el Certificado (no título) de Bachiller y el Diploma de Profesor en Ciencias Jurídicas. Y prevé también Tecnicaturas.

III. Consultores técnicos

Sobre este punto, el nuevo art 127 bis establece:

“De igual manera, las partes⁶ podrán designar consultores técnicos expertos en una ciencia o arte para que las asistan, incluso acompañándolos en los actos procesales pertinentes”

Si bien por algunos antecedentes legislativos (Código Procesal Penal Italiano de 1930⁷; Proyectos de CPP para la Nación,⁸ o para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires⁹) alguien podría creer, equivocadamente, que se trata de una disposición que suplanta a los peritos de parte (también llamados peritos propios o de control) del art 237 CPPCba, la ley 10457 no deroga expresamente a éste (el art 237 CPPC), ni el texto del art 127 bis tiene ese alcance.

Si bien podría discutirse con cierta razón que, por su función, el consultor técnico del nuevo 127 bis CPPCba se confunda con (o sea equiparable a) un perito de parte del art 237 CPPCba, (maguer de la “especialidad” de la regulación de aquél frente al diseño tradicional de la figura de éste), es innegable que ambos integran, por su común naturaleza, una “comunidad de sentido”: el de contribuir a la defensa técnica en materia científica de los intereses de la parte privada a la que auxilian.

Por eso, si bien las atribuciones procesales de ambos no son idénticas, ese **común sentido** defensivo que comparten hace útil reparar en las principales características reconocidas

⁶ Esta atribución, nos parece, no alcanza al Ministerio Fiscal, que no solo cuenta con los cuerpos técnicos y científicos institucionales propios necesarios para el ejercicio de sus funciones, sino que además tiene la atribución de requerir todo tipo de auxilio de “las autoridades provinciales” (art 9 inc 2 LOMPF, n° 7826) auxilio que incluye el de los organismos con recursos humanos y materiales “extra jurídicos” que la integran. No obstante puede verse el Acuerdo Reglamentario n° 9, serie “B”, del 24/6/97, del TSJ de Cba, sobre la interpretación del art. 95 LOPJ.

⁷ Vincenzo Manzini, (*Tratado de Derecho Procesal Penal- Tomo III-*, págs. 443 a 452) señaló que “Este instituto ha sido introducido ex novo en el vigente Código de procedimiento penal para sustituir al antiguo perito de parte, bien que sin dar al consultor el carácter de perito. En sustancia, estos consultores no se diferencian de los expertos, de quienes, aun bajo el Código abrogado, podían hacerse ayudar las partes privadas en la redacción de memorias; el derecho vigente, a diferencia del abrogado, asigna, sin embargo, a estos consultores un carácter procesal que antes no tenían, como para compensar a los interesados por la pérdida del perito de parte

⁸ Haciendo referencia al art. 109 del proyecto de C.P.P. de la Nación de 1986, Julio Maier *Derecho Procesal Penal*, Tomo III, pág. 154) lo diferencia del art 259 del CPPNacional todavía parcialmente vigente sobre peritos propios (de parte o de control), expresando que: “En verdad estos peritos son defensores en una materia que no es jurídica, esto es, dependiente de quien los propone para su defensa, y por lo tanto, deberían tener obligaciones y facultades similares a la del defensor tradicional experto en derecho.

⁹ Estas ideas se encuentran también plasmadas en el texto del art. 235 sobre consultores técnicos, del proyecto Maier de *Código Procesal Modelo para la Ciudad de Buenos Aires*.

legalmente al perito de parte, para una primera aproximación al contenido y alcances de las atribuciones procesales que deben reconocérsele al consultor técnico, sobre todo frente a la parca redacción del art 127 bis CPPCba. al respecto.

En esta tarea cabe repasar el CPPCba cuyo art 237 dispone que cada parte podrá proponer, a su costa, otro perito *legalmente habilitado*, para que practique las operaciones periciales conjuntamente con el oficial y produzca luego su dictamen (común o separado del de éste). No obstante regula la actuación del perito de control como la de un auxiliar técnico de la parte (un representante técnico de su interés): y para evitar que éste deba expedirse siempre con veracidad, aun cuando esa verdad sea contraria al interés de quien lo propuso como contralor, no se le impone el deber de desempeñar fielmente el cargo (arg. arts. 237 y 232), o sea, el deber de afirmar, no negar ni callar la verdad, y no se le obliga a dictaminar (art. 240) ¹⁰

Si el nuevo art 127 bis CPPCba **no es** una disposición destinada a eliminar los peritos de parte regulados en su art 237, los consultores técnicos que aquella norma instituye solo pueden ser considerados sus sustitutos cuando no se usó el derecho del art 237 CPPC: y en caso contrario (cuando se designo un perito de control del art 237 CPPC) actuaran como un complemento de la actividad de aquellos en la defensa científica que les es propia.

De allí que con arreglo a lo dispuesto por este art 127 bis CPP, a los consultores técnicos que las partes propongan para que las asistan, deberían reconocérseles las siguientes atribuciones: colaborar con aquellas en la estrategia a desarrollar frente a las cuestiones de su especialidad sometidas a pericia, sugerir clases de pericias, proponer puntos adicionales a los ordenados judicialmente, presenciar las operaciones periciales, sugerir a los defensores preguntas para el interrogatorio de los peritos (o testigos con conocimientos técnicos o científicos -“testigos peritos”-) y ayudarles a estos a valorar la prueba pericial y a criticar los dictámenes. Podrán examinar las actuaciones y acompañar a las partes que los designen y a sus defensores en todos los actos procesales que éstos consideren necesarios, en especial en el debate oral y público, pudiendo sentarse su lado

¹⁰ Cfr. Por ejemplo, Arocena, Gustavo A. Balcarce, Fabián I.; Cesano José D., *Prueba en Materia Penal*, pag. 317.

y proponerles las preguntas, repreguntas y observaciones que convenga efectuar, pero sin intervenir directamente (“de igual manera” a lo que ocurre con los asistentes jurídicos¹¹).

Indudablemente que es propio de las facultades del consultor técnico elaborar informes¹² sobre cuestiones probatorias y jurídicas extra-penales vinculadas al objeto del proceso, pertinentes de su especialidad, para que sean acompañados por la parte a la que asisten.

El informe de este auxiliar no será imperativo para el órgano judicial¹³, ya que se tratará de una argumentación emitida por un defensor técnico de esa parte, que no está obligado a una colaboración objetiva y desinteresada. Pero esto no significa que el fiscal o el tribunal puedan desoír arbitrariamente sus conclusiones; al contrario, deberán someterlas a su crítica (incluso con ayuda de peritos) y fundar debidamente su aceptación o rechazo¹⁴.

IV. Auxiliares-colaboradores de la Defensa Pública Penal

El art 127 bis CPPCba como ultimo párrafo dispone: *“El Tribunal Superior de Justicia establecerá las atribuciones de los auxiliares-colaboradores de la Defensa Pública Penal”*.

Partiendo de la base de que los Defensores Oficiales cuentan con independencia y total libertad de elaborar la estrategia técnica defensiva que los medios legales le brindan para diseñar una buena defensa técnica de sus representados, el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba-con mucha anterioridad a la incorporación al CPPCba del art 127 bis- dispuso¹⁵ que aquéllos cuenten con personal adecuado en el que puedan **“delegar aquellas actividades”**¹⁶ que “coadyuven con el patrocinio y representación de un

¹¹ Esta alocución “de igual manera” ubicada como lo está en el texto del art 127 bis CPPC, permite esta conclusión.

¹² El nuevo CPP de la Nación (ley 27.063) establece en su art 161 “Procedencia. *Si para conocer o apreciar un hecho resultaran necesarios conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o técnica, las partes podrán presentar informes elaborados por peritos de su confianza en cuyo caso deberán acompañar los elementos que acrediten la idoneidad profesional de aquellos*”. Esta disposición es explicativa de lo señalado en el texto.

¹³ El dictamen pericial, aun el oficial, tampoco tiene esa fuerza.

¹⁴ Es aplicable aquí lo expresado por Cafferata Nores, Jose I.-Tarditti, Aida *Código Procesal Penal de Córdoba-Comentado-* t 1. pag 574 en orden a los peritos de control (por el común sentido defensivo de ambos tipos de colaboradores técnicos de las partes).

¹⁵ Las principales herramientas legales destinadas a este propósito son el Acuerdo Reglamentario N° 924 “A” del 2007 y el Acuerdo Numero N°337 - Serie “A”, de 2008, cuyos aspectos más relevantes se han seleccionado en el texto.

¹⁶ Se argumentó para justificar esta posibilidad que ella es conveniente y necesaria por “la multiplicidad de funciones judiciales, administrativas e institucionales que debe cumplir el Defensor Oficial, atendiendo

ciudadano incluido dentro del sistema de asistencia jurídica oficial y de conformidad a la estrategia defensiva trazada por el Defensor”¹⁷. Estos tendrán limitadas funciones de Asesoramiento¹⁸ y de Patrocinio¹⁹.

V. Conclusión final

Puede decirse, con razón, que **todo** este nuevo artículo 127 bis CPPCba ha sido sancionado por el legislador como un **refuerzo** del derecho de defensa -en todas sus expresiones (jurídicas y científicas)- de las partes privadas, ofreciendo un nuevo espacio para la elaboración doctrinaria y jurisprudencial sobre su capacidad de rendimiento²⁰.

la diversidad de roles y actuaciones que comprenden la intervención en etapas prejurisdiccionales además del patrocinio y representación, el aumento de la demanda de asistencia jurídica gratuita y la exigencia que estos servicios sean prestados en forma efectiva al ciudadano”.

¹⁷ La delegación incluirá la suscripción de los actos procesales pertinentes.

¹⁸ Como tareas “delegables” inherentes a esta función de Asesoramiento asignada al auxiliar-colaborador se enumeran la información de derechos que puede ser cumplida en las instituciones gubernamentales y no gubernamentales en donde se encuentre el justiciable; la información del funcionamiento del Sistema de Asistencia Gratuita; la información del caso al Asesor que incluye el acceso a las actuaciones si el estado procesal lo permite; el contacto con los representantes legales, o sus patrocinantes o apoderados o con otros colegas de la Defensa Oficial y la atención de consultas.

¹⁹ Como tareas delegables inherentes a la función de Patrocinio asignada al auxiliar-colaborador se mencionan el acceso a las actuaciones para estudio de posibles estrategias a consultar con el Asesor y discernimiento de pruebas; el Proyecto de defensa; la información al imputado, víctima y representado sobre avances del caso durante la investigación penal preparatoria (con exclusión de medidas de coerción, archivo, sobreseimiento o elevación a juicio) o durante el juicio (con exclusión de la audiencia de debate); Informar al penado y a sus familiares sobre avances del caso (con exclusión de resoluciones denegatorias de libertades anticipadas u otros beneficios de la ejecución penitenciaria); la notificación de resoluciones no recurribles por el imputado que son favorables (o por la víctima) y de la realización de actos procesales no irreproductibles; la presentación de mantenimiento de libertad; acompañamiento y participación en actos procesales no irreproductibles y acompañamiento a la declaración defensiva en donde ha recibido instrucción del Asesor de abstenerse. También se incluye dentro de esta función el proyectar el ofrecimiento de prueba, demandar la realización de actividades in situ, (como la concurrencia al lugar del hecho), el requerimiento de informes y de información que integra defensa material (testigos, objetos, situaciones, antecedentes, etc.), la asistencia a las audiencias en el Centro de Mediación; la colaboración en proyectar impugnaciones y recursos, y en el escrito de instancia de querellante o actor civil; la preparación del informe del caso para el juicio; la colaboración en la preparación del alegato y estudio de los fundamentos de la sentencia final desfavorable y el seguimiento de la ejecución de la pena o medida de seguridad.

²⁰ Y seguramente será objeto de la actividad que el art 4 del CPPCba pone en cabeza del Tribunal Superior de Justicia.

AUXILIARES DE LAS PARTES EN EL PROCESO PENAL
ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 127 BIS
CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA

Por Silvina M. Oliva de Montuori

Colaboradores:

María Inés Indiveri
Guido Nicolás Torres

Introducción

La provincia de Córdoba históricamente se ha caracterizado por encabezar los procesos de reforma a la justicia penal, habiendo inspirando no solo las legislaciones de otras provincias Argentinas sino incluso la de países de la región Latinoamericana²¹. Dicho fue el caso del Código de Procedimiento Penal sancionado en el año 1939²², al cual se le atribuye haber introducido el sistema mixto o inquisitivo reformado en el país, mediante la implementación del juicio oral, público y contradictorio²³. Por su parte, el Código sancionado por Ley 8123²⁴ implicó en su momento una innovadora reforma del sistema de enjuiciamiento penal, la cual inspirada en las ideas fundamentales de “mayor participación popular, mayor celeridad, mayor eficacia y mayores garantías individuales”²⁵ introdujo modificaciones e institutos tendientes a fortalecer el carácter acusatorio del proceso penal local.

Sin perjuicio de ello, en la actualidad, Córdoba ha dejado de posicionarse como precursora en la materia, en tanto que, siguiendo a Binder, es posible afirmar que las

²¹ Julio Maier menciona a Costa Rica como ejemplo de la influencia ejercida en países de la región. Asimismo, el movimiento legislativo iniciado por Córdoba, se extendió a las provincias de Santiago del Estero (1941), San Luis (1947), La Rioja (1950), Mendoza (1950), Jujuy (1950), Catamarca (1959), San Juan (1961), Salta (1961), La Pampa (1964), Entre Ríos (1969) Corrientes (1971) y Chaco (1971) (Maier, Julio B.J. (2004), *Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, pp. 415-421).

²² Ley 3831, con entrada en vigencia el 28/02/1940.

²³ Maier, Julio B.J (2004), obra citada, pp. 415-443.

²⁴ Sancionado en el año 1991 mediante ley 8123, con entrada en vigor en su totalidad en el año 1998.

²⁵ Soria, Patricia, Mauri, Carolina y Rossi, Ivana, (2011), “Informe sobre la reforma procesal penal en Córdoba”, en *20º Aniversario de la sanción del Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba actualmente vigente*, Academia Nacional de Derecho y ciencias sociales de Córdoba, p.p. 109-158. Disponible en: <http://www.acaderc.org.ar/ediciones/20o-aniversario-de-la-sancion-del-codigo-procesal>.

modificaciones que hasta ahora se habían realizado al modelo de enjuiciamiento penal de la Provincia, constituían reformas de “primer generación”²⁶. Por esto, el sistema se encontraba alejado de los lineamientos que orientan la ola actual de procesos de reforma en América Latina y en el país.

Tanto a nivel nacional como en el derecho comparado provincial, se han visto receptadas las tendencias actuales en la materia, mediante la sanción de leyes de procedimiento penal que de forma decisiva han avanzado hacia modelos de tipo adversarial. A modo de ejemplo puede mencionarse al Código Procesal Penal de la Nación²⁷ y a los Códigos de las provincias de Chubut (2010)²⁸ y Neuquén (2014)²⁹.

Ante la imperiosa necesidad de adecuar la ley ritual, a los mandatos que se derivan del bloque constitucional y a los estándares fijados por los organismos internacionales de derechos humanos (Corte Interamericana de Derechos Humanos y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, entre otros) en materia de enjuiciamiento penal, es que se ha sancionado una reforma parcial del Código Procesal Penal de la Provincia (en adelante CPPCba)³⁰. Dicha ley, ha venido a introducir las modificaciones más urgentes que reclamaba el sistema, constituyéndose como base de una posterior reforma integral, con tendencia hacia un esquema de tipo adversarial, tal como ha sido explicitado en la exposición de motivos³¹ y en el debate parlamentario³².

²⁶ Alberto Binder, al referirse a los procesos de reforma de la justicia penal desarrollados en América Latina, habla de tres etapas. Dentro de las reformas de primera generación, engloba a las modificaciones dirigidas a acentuar el carácter acusatorio del sistema, a través de una división nítida de las funciones jurisdiccionales, acusatorias y defensivas; así como lo relativo a la introducción de alternativas al debate y a la pena de prisión; el reconocimiento de los derechos de las víctimas; el mayor reconocimiento de las garantías del imputado; el fortalecimiento de los modelos de defensa pública y la introducción de nuevos mecanismos de control de la duración del proceso (Binder, Alberto M., (2016), “La reforma de la justicia penal en América Latina como política de largo plazo”, en *La reforma a la justicia en América Latina: Las lecciones aprendidas*, Fescol, Bogotá, pp. 54-102)

²⁷ Aprobado por Ley 27.063, sancionada el 4/12/2014, publicada en el B.O el 10/12/2014, cuya entrada en vigencia se encuentra suspendida por decreto 257/2015, de fecha 24/12/2015.

²⁸ Ley XV-Nº 9 (antes Ley 5478), sancionada el 6/5/2010, publicada en el B.O con fecha 1/06/2010.

²⁹ Ley 2784, sancionada el 24/11/2011, publicada en el B.O el 13/1/2014.

³⁰ Por ley 10.457, sancionada el 24/05/2017, publicada en el B.O el 16/6/2017.

³¹ “Este proyecto incorpora los cambios más urgentes que necesita nuestro sistema procesal, al tiempo que sienta las bases necesarias para una reforma integral. Así, los criterios de disponibilidad de la acción penal, la introducción de la audiencia como metodología de toma de decisiones para la aplicación de medidas de coerción, la ampliación de las formas de registro de los actos procesales, la distinción de roles entre los sujetos del proceso, entre otras modificaciones, constituyen *un paso sustancial y significativo para comenzar a adaptar el sistema procesal a un esquema adversarial y oral*” (el destacado nos pertenece). Ver proyecto N° 20193/E/2016.

³² Resultan igualmente ilustrativas las palabras del legislador Julián López: “Estos cambios permiten comenzar a adaptar nuestro Sistema Procesal hacia un esquema adversarial y oral decisivo para sentar un

En este contexto, el legislador provincial ha introducido, en el Libro I, el Título V bis denominado “Auxiliares de los intervinientes”, el cual cuenta con un capítulo único que contiene el nuevo artículo 127 bis, por el cual se regulan tres figuras de auxiliares de las partes, diferenciados entre sí conforme al tipo de colaboración que se encuentran habilitados a brindar. Así, en el primer y segundo párrafo, se habla del *asistente*, cuya función consistiría en prestar colaboración en tareas accesorias, en tanto no implique una delegación de las atribuciones que son propias de quien lo designe.

Seguidamente, en el tercer párrafo, se regula la figura del *consultor técnico*, cuya participación se relaciona con la asistencia que puede brindar como experto en una ciencia, técnica o arte no jurídica. Finalmente, en el último párrafo, se prevé expresamente al *auxiliar colaborador de la Defensa Pública*, el cual es un defensor jurídico coadyuvante, dado que se trata de funcionarios judiciales en quienes es posible delegar atribuciones que son propias de los Defensores Oficiales (Asesores Letrados).

En el presente artículo abordaremos un análisis particular de cada uno de los institutos mencionados, con el objetivo de realizar una aproximación respecto del rol que éstos desempeñarán en el proceso penal, desde una visión interpretativa sistemática y guiada por los objetivos que ha perseguido la reforma. Por último, se emitirán algunas consideraciones finales a modo de conclusión.

Asistente

Aspectos generales

La figura del asistente, como previamente se mencionó, se encuentra regulada en los dos primeros párrafos del artículo 127 bis del CPPCba, en los términos que se transcriben a continuación:

“Las partes podrán designar un asistente cada una para que colaboren en su tarea, a su costa. En tal caso, darán a conocer su nombre y apellido, expresando que asumen la responsabilidad por su elección y vigilancia. Los asistentes sólo cumplirán con tareas

modelo de administración de justicia que tenga mayor transparencia, eficacia y celeridad y que, a su vez, sea respetuoso de los derechos y garantías consagrados en nuestra Constitución y en los más altos tratados de derechos humanos”. Según diario de sesiones de la Legislatura de la provincia de Córdoba, 17ª sesión ordinaria, de fecha 24/5/2017, versión taquigráfica.

accesorias, pero no podrán sustituir a quienes ellos auxilian en los actos propios de su función. Se les permitirá concurrir a las audiencias, sin intervenir directamente en ellas”.

La reforma introduce al asistente concibiéndolo como una persona habilitada para intervenir en el proceso de forma facultativa³³ y con carácter auxiliar, vale decir, que su desempeño en el cumplimiento de actividad procesal es a los fines de colaborar con la parte que lo designe.³⁴ Como puede advertirse, la función de colaborador que se le asigna al asistente es a los simples efectos de cumplir con tareas accesorias, por lo que luego se realizará un análisis detallado de las atribuciones limitadas que la norma procesal le confiere.

¿Quiénes se encuentran legitimados para designar asistentes? Los Sujetos procesales privados

La norma otorga legitimidad a las *partes*³⁵, sin efectuar ningún otro tipo de distinción, con lo cual es posible interpretar, sin mayores dificultades, que se está haciendo referencia a todos los sujetos procesales privados, tanto de carácter esencial como eventual, es decir, al imputado, al querellante particular o adhesivo y a las partes civiles.

La introducción de una nueva clase de auxiliar, cuya actuación se encuentra dirigida a colaborar directamente con quien lo designe, como es el caso del asistente, se traduce en la creación de una nueva facultad discrecional para las partes. Desde esta óptica y partiendo del carácter bilateral de las garantías de defensa en juicio e igualdad

³³ El término *persona* se utiliza para designar a todo aquel que pueda o deba intervenir en el cumplimiento de la actividad procesal. Su amplitud permite incluir no sólo a los sujetos procesales en sentido estricto, ya sean de carácter esencial o eventual, sino también a otros intervinientes que no cuentan con dicha calidad, como es el caso del asistente (Clariá Olmedo, Jorge A., (2008), *Derecho Procesal Penal, Tomo I*, actualizado por Vázquez Rossi, Jorge E., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, pp. 259-265).

³⁴ La regulación de intervinientes que se desempeñan como colaboradores de los sujetos procesales no es una novedad en nuestra ley procesal. Dos claros ejemplos de ello son la Policía Judicial, quien actúa como órgano auxiliar del Ministerio Público Fiscal, y el perito de control, el cual se caracteriza por ser un auxiliar técnico de parte.

³⁵ Clariá Olmedo enseña que: “la noción de ‘partes’ resulta más restringida que la de ‘personas del proceso’ por cuanto requiere la nota de ‘sujetos procesales’. Pero no comprende a todos los sujetos por cuanto queda excluido el tribunal. Ante éste actúan las partes como contradictores sobre la *res iudicanda*. En lo penal lo serán el Ministerio Público, el querellante y el imputado; en lo civil, el actor civil, el imputado y el tercero civilmente demandado. Puede extenderse, cuando más, a los terceros que se introducen por vía incidental, pero limitadamente a la controversia que se suscitare con motivo de su intervención”(Clariá Olmedo, Jorge A., (2008), obra citada, pp. 265)

ante los tribunales³⁶, se impone la conclusión de que todo particular legitimado para intervenir en el proceso, debe contar con idénticas atribuciones a fin de poder hacer valer el interés que defiende. Consecuentemente, es posible sostener que el nuevo artículo incluye a todos los protagonistas privados, máxime cuando uno de los objetivos de la reforma ha sido brindar “un marco de mayores garantías para las personas que participen en el proceso”³⁷. Desde otro costado, si se atiende a la técnica legislativa, es posible arribar a la misma conclusión que se viene sosteniendo. En este sentido, es posible interpretar que la ubicación de la norma dentro de un título independiente, busca otorgar la facultad de designar asistentes a los sujetos privados sin distinción, ya que de lo contrario, se hubiera optado por regular los institutos dentro de alguno de los capítulos destinados a reglar la actuación de las distintas partes³⁸, como ha sido el caso de otras provincias que han reservado la prerrogativa de designar ciertos auxiliares al imputado y su defensor, de forma exclusiva. Al legislar sobre el tema, algunos códigos provinciales han incluido la figura de los consultores técnicos como un instituto común de todas las partes; mientras que en el caso de los asistentes, dicha figura ha sido introducida sólo con respecto a la defensa del imputado³⁹.

Cabe ahora referirse a los *defensores de las partes*. En caso de que se trate del defensor del imputado, por integrar su personalidad jurídica y de conformidad con la función de representación que ejerce, cuenta con una facultad autónoma para designar asistentes, dicho en otros términos, porque también es parte; mientras que en el caso de los defensores de los restantes sujetos privados y considerando que el derecho ha sido

³⁶ Cafferata Nores, basándose en la interpretación realizada por los organismos regionales de protección de los derechos humanos, entiende que ciertas garantías procesales de raigambre constitucional reconocidas al imputado, tienen carácter bilateral, es decir, son comunes para la víctima del delito y para el acusado. Según el autor, quedan comprendidas como garantías *comunes* derivadas del debido proceso, la igualdad ante los tribunales, el acceso a la justicia, la defensa en juicio y la imparcialidad de los jueces (Cafferata Nores, José I., (2011), *Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*, Del puerto, Ciudad Autónoma de Buenos Aires)

³⁷ Dicho objetivo se desprende de la exposición de motivos del proyecto de Ley N° 20193/E/2016, finalmente sancionado por la Legislatura Provincial.

³⁸ El CPP de Córdoba regula la intervención de las partes privadas en capítulos separados contenidos en el título V del Libro I denominado “Partes y Defensores”, los cuales se detallan a continuación: Capítulo I “Imputado”, Capítulo II “Querellante Particular”, Capítulo III “Actor civil”, Capítulo IV “Demandado civil”, Capítulo V “Citación en garantía del asegurador y Capítulo VI “Defensores y mandatarios”.

³⁹ A modo de ejemplo puede mencionarse el CPP de la provincia de Chubut, el cual regula la figura de los consultores técnicos para todos los sujetos privados del proceso, dentro del Libro II, título V “Normas Comunes”, en el art. 125 “Auxiliares técnicos”; mientras que en lo que respecta al asistente no letrado, reserva la facultad de designarlo al imputado y su defensor, regulando su actuación en el art. 96, ubicado en el capítulo II, Título II “El imputado”, del Libro II.

acordado a las partes, dependerá de que el letrado sea un apoderado y no un simple patrocinante, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 125 del CPPCba.

En caso de que las partes sean patrocinadas por un defensor oficial, entendemos que nada impide que se designe como asistente a un empleado de la Asesoría Letrada. Claramente el instituto será mayormente utilizado por los abogados particulares, no obstante lo cual, debe admitirse que el Cuerpo de Asesores Letrados, en cumplimiento de las funciones que le asigna la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita⁴⁰, podrá hacer uso de la facultad conferida por la norma, en caso de estimarlo conveniente.

El Ministerio Público Fiscal

Corresponde ahora referirse al Ministerio Público Fiscal, órgano titular del poder de persecución penal respecto de los delitos de acción pública, sin perjuicio de los derechos que se le acuerdan a ciertos particulares. Sobre este punto, adelantamos que nuestra posición es que el Ministerio Público se encuentra legitimado por la nueva normativa para designar al asistente. Al igual que en el caso de los defensores oficiales, nada impide que los representantes del Ministerio Público Fiscal se valgan de los empleados y funcionarios que diariamente los auxilian en el cumplimiento de sus funciones⁴¹.

La posición que aquí se postula puede argumentarse en primer lugar, apelando al objetivo principal que ha perseguido la reforma y en segundo lugar, efectuando una interpretación de la norma en consonancia con los restantes institutos y modificaciones que se han incorporado al código procesal.

El principal objetivo de la reforma parcial sancionada, ha sido iniciar un proceso de adecuación del sistema de enjuiciamiento penal de la Provincia a un modelo de tipo adversarial, sentando las bases para una futura reforma integral, tal como ha sido mencionado previamente.

En este sentido, es posible sostener que el paradigma procesal de Córdoba se correspondía con el denominado sistema mixto, presentando hasta ahora, caracteres predominantemente identificables con la tradición inquisitorial durante la etapa penal

⁴⁰ Ley 7982, publicada en el B.O el 16/11/90.

⁴¹ La actuación del Ministerio Público Fiscal se rige por su Ley orgánica 7826.

preparatoria y rasgos propios de un modelo acusatorio durante la etapa de juicio. Con la reforma, como previamente se refirió, se ha dado un paso hacia un modelo de tipo adversarial, por lo cual, resulta coherente interpretar el rol que desempeña el Ministerio Público Fiscal a la luz de los principios rectores de éste último paradigma.

En función de las precisiones realizadas, es posible afirmar que si bien la normativa no ha mencionado expresamente al Ministerio Público en su redacción, al emplear el término *partes* ha incluido al órgano estatal encargado de la persecución penal⁴². Partiendo de una visión adversarial, el proceso penal se identifica con la idea de litigio, la cual implica reconocer necesariamente la existencia de claros intereses contrapuestos entre los protagonistas esenciales de la cuestión penal, es decir, entre quien soporta la persecución (imputado) y el órgano público sobre el que se deposita la función de acusar; sin que dicha relación contradictoria pueda negarse pese al deber de objetividad que guía la actuación del Ministerio Público Fiscal. Dicho en otros términos, si en un sistema acusatorio el Ministerio Público es la contraparte del imputado, con más razón lo será desde una visión adversarial, debiendo descartarse las posturas que lo excluyen de la categoría de *parte*, por ser el órgano oficial encargado de promover y ejercitar la acción penal pública⁴³.

El segundo argumento de peso, se desprende de una interpretación armónica entre la regulación del asistente y otros institutos incorporados al CPPCba a través de la reforma. En este sentido, la introducción de la audiencia oral como metodología de toma de decisiones en materia de prisión preventiva, conlleva cambios estructurales en el modo en que se realizará en la práctica el trámite previo al dictado de dicha medida de coerción y de otras resoluciones vinculadas con la libertad del imputado⁴⁴.

⁴² Resultan ilustrativas las palabras del destacado procesalista Clariá Olmedo sobre el tema: “cuando se hace referencia a las partes ha de estar captado también el funcionario que en el proceso personifique al Ministerio Fiscal. Algunos códigos modernos, sin embargo, suelen referirse a este, a más de las partes pero hay que interpretar que se trata de una simple expresión carente de significación legal específica” (Clariá Olmedo, Jorge A., (2008), obra citada, pp. 267)

⁴³ Una posición contraria a considerar al Ministerio Público Fiscal como parte se puede consultar en Clemente, José Luis, (1998), *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba. Ley 8123*. Tomo I, Marcos Lerner, Córdoba, comentario al Título V “Partes y defensores”, pp. 232/236.

⁴⁴ Mediante la cláusula transitoria regulada en el art. 51 inc. d de la Ley 10457, la Legislatura dispuso que lo concerniente al procedimiento de implementación de las audiencias orales referidas a la libertad del imputado serían reglamentadas por el Tribunal Superior de Justicia. Como consecuencia de ello, se encuentra suspendida la aplicación de los arts. 282, 283, 284, 332, 336, 336 bis y 467 bis del CPPCba, hasta tanto se concluya con el proceso de capacitación de los operadores judiciales y de adecuación organizacional (TSJ AR N° 430 serie A, de fecha 9/6/2017). Por ello, actualmente se sigue implementando el procedimiento regulado por Ley 8123.

Desde esta perspectiva, la introducción de audiencias orales durante la etapa previa al juicio requiere de nuevas formas de organización del trabajo, en razón de que dicha metodología adversarial, regida por el principio de inmediatez, exige la presencia física de Defensores, Fiscales y Jueces en el acto, a diferencia del anterior modelo escritural. Consecuentemente, las nuevas necesidades del sistema nos llevan a concluir que los representantes del Ministerio Público podrán valerse de sus empleados y funcionarios para que los asistan en el cumplimiento de los actos que requieren de su presencia de modo indelegable. A modo de ejemplo, concurriendo con un asistente a la audiencia oral de prisión preventiva o a la audiencia suscitada con motivo de un recurso de apelación relacionado con la libertad del imputado.

Existe un tercer argumento de menor peso que sustenta la postura aquí sostenida, referido a la ubicación sistemática del artículo. Al respecto, el legislador ha optado por regular los institutos en un título independiente de los que regulan la actuación del Ministerio Público⁴⁵ y los sujetos privados⁴⁶; lo cual permite afirmar que se trata de una disposición común a todos ellos, ya que de lo contrario se hubiera optado por crear un nuevo capítulo dentro del título que se refiere a las partes privadas.

Condiciones para ser asistente

El legislador no ha establecido ningún tipo de requisito para ser asistente, con lo cual, resulta innecesario que aquel cuente con título habilitante de abogado o de cualquier otra profesión, a diferencia del auxiliar colaborador de la Defensa Pública y del consultor técnico. Ello resulta conteste con la naturaleza meramente accesoria de las tareas que el asistente podrá desempeñar y con la prohibición de delegación de funciones que se deriva de la norma, siendo dicho aspecto el que lo diferencia del auxiliar colaborador de la Defensa Pública.

Designación: Requisitos de forma y oportunidad.

Sin mayores exigencias, la norma ha establecido dos condiciones formales. Uno de dichos requisitos consiste en dar a conocer el nombre y apellido del asistente. La segunda exigencia consiste en que la parte exprese que asume la responsabilidad por la elección y vigilancia de la persona designada. Consecuentemente, bastará con que se

⁴⁵ Título IV del libro I del C.P.P.

⁴⁶ Título V del libro I del C.P.P.

realice el nombramiento en la causa, ya sea por medio de un escrito o por simple diligencia, en tanto se consignen los datos personales requeridos y se efectúe la asunción de responsabilidad. Sin perjuicio de lo antes dicho, no se prevé ninguna sanción procesal para el caso de que se no se observaren las exigencias previstas en la norma.

El artículo comentado dispone una limitación en cuanto al número de asistentes que podrán intervenir simultáneamente en auxilio de la parte. Consecuentemente, cada sujeto procesal se encuentra habilitado para designar un único asistente.

En cuanto al momento procesal, la norma ha omitido regular este aspecto, en tanto que no ha fijado expresamente ningún término mínimo ni máximo para efectuar la designación. En el caso de las partes esenciales, el nombramiento podrá efectuarse en cualquier etapa del proceso y desde el inicio de la persecución penal (art. 80 CPPCb). En esta misma línea, es posible afirmar que la designación podrá realizarse eventualmente en la etapa de ejecución de la pena⁴⁷.

En cuanto a los particulares legitimados para constituirse como acusadores privados, resulta una obviedad el hecho de que la designación podrá efectuarse una vez que se haya dispuesto la admisión como parte, sin descartar la posibilidad de que se nombre al asistente en la instancia de constitución. En lo que respecta a las partes civiles, podrán hacer uso de la atribución una vez que hayan sido admitidas por el Tribunal de juicio, sin perjuicio de que se nombre al asistente en la instancia de constitución del pretense actor civil o en la solicitud de intervención espontánea de quien pretende ser tenido como civilmente demandado.

El rol del asistente en el proceso

Como ya se ha venido adelantando, el art. 127 bis le asigna al asistente una función de colaboración que deberá limitarse al cumplimiento de tareas de carácter accesorio. En este sentido, la norma es clara en cuanto a que no se permite una

⁴⁷ La legitimación de la víctima no constituida en querellante, para intervenir en el proceso durante la etapa de ejecución de la pena privativa de la libertad, merece un abordaje que excede el objeto del presente artículo. Sin perjuicio de ello, no puede dejar de mencionarse que se ha incorporado a la ley 24.660 el artículo 11 bis (por ley 27.375, publicada en el B.O el 28/7/17), por medio del cual se otorgan amplias atribuciones a la víctima del delito, que van desde el derecho a ser informada sobre ciertas resoluciones vinculadas con la libertad del condenado, hasta la facultad de proponer peritos de control. Como podrá advertirse, la regulación comentada otorga facultades de parte al ofendido penalmente, aun cuando no se hubiere constituido en parte, lo cual pareciera sugerir que podría igualmente designar a un asistente.

delegación de funciones propias de la parte. Igualmente, se los ha autorizado expresamente para concurrir a las audiencias, sin intervenir directamente en ellas.

Lo antes expuesto pone de manifiesto la necesidad de delinear más precisamente el rol que el asistente podrá desempeñar en el proceso. Al respecto, es posible precisar otras atribuciones, más allá de la posibilidad de asistir a las audiencias orales, que resulten igualmente compatibles con la categoría de “tareas accesorias”.

Entre ellas, puede incluirse la facultad de acceder a las actuaciones, ya que con la reforma también se ha modificado el art. 312 del CPPCba⁴⁸, el cual ha ampliado la nómina de autorizados para examinar la causa, mencionado expresamente a los auxiliares. Debe interpretarse que el término “auxiliares” comprende tanto a los asistentes como a los consultores técnicos y a los auxiliares colaboradores de la Defensa Pública.

De la nueva redacción de la norma mencionada en el párrafo anterior es posible derivar que los asistentes podrán concurrir a cualquier acto procesal que se practique durante la etapa de investigación penal preparatoria, donde deba o pueda intervenir la parte que lo hubiera designado. A modo enunciativo es posible sostener que podrán concurrir a la declaración del imputado, a los actos mencionados en el art. 308 del CPPCba y demás actos instructorios donde se haya admitido la asistencia del defensor (art. 310 del CPPCba), claramente sin poder suplir a quien lo designó ni intervenir de forma directa. Cabe aclarar que lo previamente expuesto, no se aplica a los asistentes de las partes civiles a quienes la ley procesal sólo los legitima para intervenir durante la etapa de juicio. Ello es una consecuencia que se deriva necesariamente del carácter auxiliar del asistente, ya que resultaría un contrasentido otorgarle mayores atribuciones que a la parte con quien colabora.

De igual modo y considerando que la normativa comentada no efectúa distinciones, es posible entender que podrán asistir no solo a las audiencias de debate, sino también a las que se fijen con motivo de un pedido de suspensión del proceso a prueba o una vez que el Tribunal Superior de Justicia disponga su implementación, a las que se lleven a cabo para decidir el dictado de la prisión preventiva, su impugnación o su

⁴⁸ El nuevo texto de los párrafos 5º y 6º del artículo 312 del CPP reza: “El sumario será siempre secreto, con excepción de los abogados y auxiliares que tengan algún interés legítimo o si ello pusiere en serio peligro derechos de terceros en cualquier momento de las actuaciones. Las partes, sus defensores, auxiliares y los sujetos mencionados en los párrafos anteriores estarán obligados a guardar secreto sobre los actos y constancias de la investigación”.

cese. En este último caso, el carácter reservado de la audiencia, que se desprende del nuevo artículo 336 del CPPCba , no constituye un obstáculo para que concurra un asistente nombrado por el imputado o su defensor, de conformidad con la modificación introducida respecto de la excepción al carácter reservado de la etapa de investigación preparatoria.

A modo de colofón, los asistentes podrán concurrir a las audiencias y a cualquier otro acto procesal en el que la parte que lo designó pueda o deba participar, sin contar con atribuciones para intervenir de forma autónoma ni para suplir al sujeto procesal que auxilia o al defensor.

Consultor Técnico Experto

Aspectos generales

El artículo 127 bis establece al respecto que “las partes podrán designar consultores técnicos expertos en una ciencia o arte para que las asistan, incluso acompañándolos en los actos procesales pertinentes”.

Desde el punto de vista de la defensa, es el defensor, como integrante de la personalidad del imputado quien viene a complementar con su formación esencialmente jurídica con el objetivo de resistir a la pretensión penal estatal. De este modo, es el abogado defensor quien tiene la función de asesorar y representar sus intereses en cada uno de los actos del proceso penal. Pero en esta función de defensor, existen múltiples aspectos de la realidad que le son ajenos y para los que precisa la colaboración de expertos de otras ciencias que también intervienen en la recreación histórica de un hecho penal: medicina, psicología, criminalística, criminología, balística, entre múltiples disciplinas que podemos mencionar.

Es aquí donde intervienen los *consultores técnicos*, quienes posibilitan a la defensa comprender y trabajar los ámbitos que exceden lo exclusivamente jurídico en orden a formulación de una correcta teoría del caso.

Autores como Maier, desde la perspectiva de la defensa definen esta figura como “El consultor técnico, incluido allí el intérprete del imputado (en el sentido de quien le hace comprender, en su propio lenguaje, los actos procesales que son practicados en otro lenguaje, no tan sólo en el sentido de quien traduce un documento para incorporarlo al

juicio o interpreta interrogatorios verbales), de la manera correcta según la cual se debe regular su actividad, *es también un defensor técnico -con otra especialización distinta de la jurídica- que auxilia al imputado; no es, en cambio, un perito, en el sentido jurídico-procesal de la palabra*”.⁴⁹ (El destacado nos pertenece).

Sin embargo, en nada empece que el propio órgano acusador también designe sus propios expertos para que colaboren en la planificación y abordaje del hecho penal y la correcta recolección e incorporación de las evidencias del caso. El fiscal de instrucción, al igual que el defensor, tiene una formación eminentemente legal, y a pesar de la experiencia que pudiera tener, el desconocimiento de los aspectos técnicos puede provocar la pérdida de elementos probatorios fundamentales (de cargo y de descargo) en la reconstrucción conceptual de un supuesto hecho criminoso.

Por la ubicación institucional de los equipos técnicos en la Provincia de Córdoba (Dirección de Policía Judicial dentro de la estructura del Ministerio Público Fiscal), es una práctica habitual que fiscales mantengan entrevistas informales, que suelen formalizarse en posteriores declaraciones testimoniales, con técnicos y peritos (incluso con aquellos que ya han participado en la confección de informes, abordaje en el lugar del hecho) para consultarles diversos aspectos de la causa. Esta nueva regulación permite que el fiscal pueda designar una persona distinta de las que intervienen en la causa, procurando garantizar una mayor paridad de armas y no afectar la imparcialidad de técnicos y peritos que deben informar o dictaminar en la causa.

Designación - Oportunidad - Requisitos Formales

En la reforma del art. 127 bis, se establece que para la designación, la parte que lo proponga dará a conocer su nombre y apellido (datos personales) haciendo saber que estarán a cargo de su control y vigilancia. De este modo, el legislador provincial ha elegido un procedimiento sencillo, sin demasiadas formalidades para la proposición de un consultor técnico, estrechamente relacionado con la función de asesoramiento en forma privada de la parte proponente. Creemos que ello es un error y que debería exigirse que el consultor técnico acredite suficiente idoneidad en la materia (título

⁴⁹ Maier, Julio B.J., (2004), *Derecho Procesal Penal II. Parte General. Sujetos Procesales*, 1º edición, 1º reimpresión, Editores del Puerto, Buenos Aires, pp. 48-49.

habilitante en el caso de que sea posible) para jerarquizar una intervención más amplia y efectiva en el proceso.

Atento al carácter técnico de las funciones que desempeña el consultor, si bien la norma no establece ningún requisito especial, y a los fines de evitar el ingreso al proceso de personas no capacitadas para la función a ejercer, la designación debería regirse analógicamente por lo establecido en el art. 232 del CPPCba en cuanto a la exigencia de un título habilitante referido a las materias sobre las que verse el proceso o en caso de no estar reglamentadas, demostrar suficiente idoneidad.⁵⁰

La norma no prevé limitación alguna con respecto al número de consultores técnicos que pueden designarse, por lo que cada parte podría tener múltiples colaboradores para que lo asistan en distintos actos, por supuesto sin que ello obstruya el normal desenvolvimiento del proceso. Consideramos que el nombramiento de un Licenciado en Criminalística en este rol, en razón de su conocimiento general con respecto a las disciplinas que intervienen en la reconstrucción histórica de un hecho criminal, puede resultar útil para evitar esta múltiple incorporación de personas al proceso.

En cuanto a la oportunidad proponerlo, consideramos que las partes pueden hacerlo desde el comienzo mismo de la investigación penal (con respeto del secreto de sumario, art. 312 CPPCba), hasta la finalización del debate y eventualmente durante la etapa de ejecución de la pena. Teniendo en cuenta que se trata de una persona que asiste a los sujetos procesales, es posible que sea necesario que esté presente al momento de la deposición de un testigo durante la instrucción, de un perito en la audiencia, o para emitir las conclusiones, sin que el proceso se vea afectado por la designación del consultor, más aún cuando su comparecencia no es esencial para la realización de ningún acto y será responsabilidad de quien lo propuso el control de su desempeño.

Función e intervención

La regulación del art. 127 bis del CPPCba establece que “De igual manera, las partes podrán designar consultores técnicos expertos en una ciencia o arte para que las asistan, incluso acompañándolos en los actos procesales pertinentes.” Una interpretación

⁵⁰ Artículo 232.- CALIDAD HABILITANTE. Los peritos deberán tener título de tales en la materia a que pertenezca el punto sobre el que han de expedirse, siempre que la profesión, arte o técnica estén reglamentados. En caso contrario, deberá designarse a persona de idoneidad manifiesta.

literal de la norma nos llevaría a entender que la función de estas “personas” (no se trata de sujetos procesales, ni esenciales ni accesorios) es simplemente asesorar a las partes sobre las cuestiones referidas a su disciplina (medias probatorias, utilidades, aplicaciones, etc) en forma privada o durante la realización de un acto procesal, sin tener la posibilidad de intervenir, ni siquiera para interrogar o conainterrogar a un deponente de la misma disciplina o ciencias. De este modo, si el consultor quisiera cuestionar alguna manifestación de un perito que estuviera declarando en juicio, necesariamente debe comunicárselo a la parte, por ejemplo al abogado defensor, quien debe retransmitir la pregunta al tribunal o al perito.

Esta forma de intervención indirecta, atenta contra el real contradictorio en razón de que interpone a una persona que no es especialista en la temática que se está discutiendo, quien debe primero interpretar lo que su consultor técnico le informa para luego dirigirse hacia el perito o testigo experto. En esta intermediación es posible que se pierdan o distorsionen aspectos relevantes con la consecuente afectación en la obtención del elemento de prueba que se pretende. Por otro lado, también podría verse menoscabado el normal desenvolvimiento de la audiencia si la parte constantemente necesita recibir indicaciones de su consultor para poder continuar con el interrogatorio.

Por el contrario, consideramos que resulta sumamente provechoso para el proceso penal la incorporación de este tipo colaboradores otorgándoles facultades más amplias, siempre bajo el control de la parte que lo propuso (defensa, ministerio público fiscal, querellante particular, partes civiles), posibilitando su participación directa en los actos concernientes a su ámbito de actuación, ya sea interrogando o conainterrogando a peritos o testigos expertos e incluso realizando presentaciones.

Este último punto resulta de vital importancia para que la figura del consultor técnico tenga un real protagonismo en el proceso penal: *posibilidad de presentación de informes sin que ello deba ser realizado durante la realización de una pericia o actividad técnica*. De este modo, el asesor técnico, en razón de sus conocimientos en las disciplinas de la criminalística o ciencias forenses, podría en el caso de que la parte proponente lo considere necesario, confeccionar un informe analizando los elementos probatorios incorporados en función de su teoría del caso.⁵¹ Esta presentación podrá ser valorada por

⁵¹ Incluso el mismo Ministerio Público Fiscal podría solicitarlo respetando el principio de objetividad. Es usual en la práctica judicial la presentación de informes por parte de los detectives pertenecientes a la

el órgano judicial de acuerdo a las reglas de la sana crítica racional y de la libertad probatoria⁵². Esta presentación puede tener una gran utilidad, esencialmente para la defensa en la instrucción, quien no debería esperar hasta la oposición de alguna resolución del fiscal para poder plantear y fundamentar la hipótesis defensiva.

Diferencia con el perito de control

Autores como Cafferata Nores y Hairabedián definen al perito de control como “(...) perito contralor, o perito propuesto por las partes luego de ser notificadas de la decisión del tribunal de designar un experto para la realización de una pericia (art. 259, CPPN; art. 237, CPP Córdoba). En términos generales, cabe decir que cada parte podrá proponer, a su costa, otro perito legalmente habilitado (art. 259, CPPN; art. 237, CPP Córdoba) para que practique las operaciones periciales juntamente con el oficial (art. 262, CPPN; art. 240, CPP Córdoba) y produzca luego su dictamen (común o separado del de éste)”.⁵³

Como vemos, el consultor técnico no es equiparable a un perito de parte o de control, esencialmente en razón de las actividades que realiza en el proceso: un asesoramiento amplio a la parte acerca de los aspectos concernientes a su disciplina con la posibilidad de participar en los actos, es decir colaborando con el sujeto procesal que lo designó en la realización misma de la medida probatoria. Su actividad no se ciñe a la participación en un acto pericial concreto, como sí lo hace el perito de control, sino que su asistencia se extenderá durante todo el proceso o el tiempo en que la parte que lo designó lo considere necesario.

Nuestra posición es que el consultor técnico pueda participar en la realización de los actos periciales sin tener la posibilidad de dictaminar, excepto de que sea propuesto como perito de control para ese acto en concreto, pero con la facultad de realizar observaciones dejando constancias de las mismas. No advertimos ninguna incompatibilidad en esta propuesta en razón de que en ambos casos complementa la labor de la parte, ya sea del abogado defensor o del órgano acusador, incluso varios de

Dirección de Investigación Operativa de Policía Judicial en la que se integra la prueba de diversas áreas y se plantea una teoría del caso.

⁵² La vigencia del principio se ha justificado en la necesidad de procurar la verdad sobre la imputación, extendiéndose la aludida libertad tanto al objeto como a los medios de prueba. CAFFERATA NORES, José L., TARDITTI, Aida, (2003), *Código Procesal Penal de la provincia de Córdoba comentado*, Tomo I, Mediterránea, Córdoba. Pág. 487.

⁵³ Cafferata Nores J.I. y Hairabedián M. (2011), *La prueba en el proceso penal*. 7ma Edición. Abeledo Perrot. Bs.As. 2011. Pág 87-88.

los más modernos procedimientos penales lo contemplan, como lo veremos más adelante.

Obligaciones

El consultor, al ser un auxiliar de la parte, está obligado a guardar secreto de las actuaciones (actos y constancias)⁵⁴ del mismo modo que el resto de los sujetos procesales y a conservar el decoro y respeto correspondiente en la realización de los actos en los que participe.

Efectos de la Incomparecencia del Consultor

Al tratarse de un colaborador de la parte que lo designa, la incomparecencia del mismo no puede acarrear la suspensión ni retrogradación de ningún acto procesal, siendo una carga del proponente garantizar la asistencia del mismo.

Regulación Consultor Técnico en otras normativas procesales

Código Procesal Penal de la Provincia de Chubut

El procedimiento penal de la Provincia de Chubut regula la intervención de los auxiliares técnicos en su art. 125⁵⁵ con una participación más amplia, en el sentido que propugnamos la interpretación de la norma cordobesa, en la cual estos auxiliares pueden participar, hacer observaciones de las cuales se deja constancia y lo que consideramos aún más importante, interrogar a los peritos. Incluso están autorizados a participar durante las actividades periciales, solicitar aclaraciones, solo debiendo retirarse al momento en que comiencen las deliberaciones.⁵⁶

⁵⁴ Las partes, sus defensores, auxiliares y los sujetos mencionados en los párrafos anteriores estarán obligados a guardar secreto sobre los actos y constancias de la investigación. Art. 312 in fine CPPCba.

⁵⁵ Artículo 125 -Auxiliares técnicos- Cuando alguna de las partes considere necesario ser asistida por un consultor o auxiliar en una ciencia, arte o técnica, lo hará saber al fiscal o al juez. El consultor técnico podrá presenciar las operaciones periciales, hacer observaciones durante su transcurso y se dejará constancia de sus intervenciones. En las audiencias podrá acompañar a la parte con quien colabora, auxiliarla en los actos propios de su función, interrogar a los peritos. El fiscal nombrará a sus consultores técnicos directamente. Las partes serán responsables del buen desempeño de sus auxiliares. (CPPChubut).

⁵⁶ Artículo 198 -Facultad de las partes- Antes de comenzar las operaciones periciales se comunicará a las partes la orden de practicar la pericia (...) Asimismo, las partes podrán contar con la asistencia de consultores técnicos que sólo podrán asesorar a éstas pero que no podrán dictaminar en la causa.

Artículo 199 -Ejecución del peritaje- El fiscal, o el juez, en su caso, que ordenó el peritaje, resolverá todas las cuestiones que se planteen durante las operaciones periciales. Los peritos procurarán practicar juntos el examen. Las partes y sus consultores técnicos podrán asistir a él y solicitar las aclaraciones pertinentes, debiendo retirarse cuando los peritos comiencen la deliberación. (CPPChubut).

Código Procesal Penal de la Provincia de Neuquén

El procedimiento penal neuquino también recepta, en forma escueta, la intervención del consultor técnico en su artículo 138⁵⁷ pero otorgándole la facultad de realizar observaciones en las actividades técnicas e informes de expertos quienes deberán dejar constancias de las mismas al momento de informar o dictaminar.

Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe

En el mismo sentido lo contempla el Código Procesal Penal de Santa Fe en su artículo 187⁵⁸, otorgándole la facultad de hacer observaciones durante las operaciones técnicas o periciales, quedando constancia de ello e interrogar directamente a los peritos en las audiencias. Una novedad que incorpora, a diferencia de las otras normativas citadas, es la posibilidad de concluir, emitir dictamen, sobre la prueba pericial.

Auxiliar Colaborador De La Defensa Pública

Aspectos generales

La modesta intención que motivó el análisis de la figura del Auxiliar Colaborador de la Defensa Pública, fue a los fines reflexionar acerca de la idea que lo promovió, que fue la de fortalecer el desempeño de la Defensa Pública, con vistas a posibilitar el acceso a la justicia de las personas más carenciadas.

Puntualmente, el art. 127 bis del CPPCba hace mención de los Auxiliares Colaboradores en la última parte del referido precepto legal, en los siguientes términos:

“El Tribunal Superior de Justicia establecerá las atribuciones de los auxiliares - colaboradores de la Defensa Pública Penal.”

⁵⁷ Artículo 138° Informes de expertos. Se podrán requerir informes a expertos o peritos cuando para descubrir o valorar alguna evidencia sea necesario poseer conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o técnica. Los peritos deberán tener título habilitante o acreditar experiencia e idoneidad en la materia relativa al punto sobre el que serán requeridos. Los informes deberán ser fundados y contendrán, de manera clara y precisa, una relación detallada de las operaciones practicadas y sus resultados, **las observaciones de las partes o de sus consultores técnicos** y las conclusiones que se formulen respecto de cada tema estudiado. (CPPNeuquen).

⁵⁸ El asesor técnico podrá presenciar las operaciones técnicas o periciales y hacer observaciones durante su transcurso, de las que se dejará constancia, aunque no emitirá dictamen. En las audiencias el asesor podrá acompañar a la parte con quien colabora, auxiliarla en los actos propios de su función e interrogar directamente, pero sólo a los peritos, traductores o intérpretes. Bajo la dirección de la parte a la que asiste podrá concluir sobre la prueba pericial. (CPPStaFe).

La realidad demuestra que esta parte del referido artículo, ha venido a legislar una situación que en la práctica ya existía, y de ese modo concluir con un proceso que había tenido su génesis hace más de diez años.

Sin perjuicio que debo decir y no es un dato menor, que en sus orígenes la modificación introducida para la creación del cargo y la asignación de funciones que se establece en el artículo objeto del presente trabajo, fue efectuada tomando como base el art. 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial n° 8435, es decir fue pensado para las Asesorías de todos los fueros, no sólo del penal.⁵⁹

Es a finales del año 2007 cuando, el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, en concomitancia con el cuerpo de Defensores Públicos, advierten la necesidad de la figura del colaborador del Defensor Público, oportunidad en que el Alto Cuerpo vislumbró que el Poder Judicial como Poder del Estado, debía garantizar el Acceso a la Justicia, y en este sentido sabía que la institución de la Defensoría Pública cumplía un papel relevante a los fines de organizar el modo para que ello fuera posible y asegurar el ejercicio de los derechos de los ciudadanos carentes de recursos económicos, debiéndola reforzar.

Advertía que la falta de condiciones materiales impide a los ciudadanos el ejercicio del derecho de accionar o peor aún el ejercicio del derecho de defensa, por falta de servicios de orientación jurídica, de acceso a la información sobre sus derechos o de herramientas institucionales para garantizarlos, o de defensa procesal por profesional técnicamente habilitado en forma gratuita. Destacando la particularidad del rol que le correspondía a la Defensa Pública u Oficial en el Sistema Judicial e impulsando a éstos últimos a adoptar los instrumentos necesarios a fin de prestar un servicio que provea al ciudadano el conocimiento y uso de los procesos institucionales de orientación, asesoría, asistencia y representación legal.

Para ello se fija como objetivo estratégico fortalecer los mencionados procesos de asistencia, asesoría, orientación y representación al ciudadano a través de las Asesorías Letradas existentes en el Poder Judicial de Córdoba, procurando una nueva estructura a las mismas con el Auxiliar colaborador de la Defensa Pública.⁶⁰

⁵⁹ TSJ. AR N° 337, - SERIE "A" de 2008.

⁶⁰ TSJ. AR N° 337, - SERIE "A" de 2008.

Evolución

Ha sido largo el derrotero seguido por la figura del Auxiliar Colaborador que concluyó con la sanción de la mencionada ley. En efecto, debemos remontarnos al año 2006 oportunidad en que el Tribunal Superior de Justicia inició de manera conjunta con los Defensores Oficiales, el Centro de Estudios y Proyectos Judiciales y el Centro de Perfeccionamiento Ricardo C. Núñez, un trabajo ininterrumpido que dio comienzo en las Jornadas realizadas en Dique Chico, con el objetivo de readecuar la estructura y el sistema administrativo destinado al logro de la especificidad en la gestión de las asesorías letradas.

Considerando que el Poder Judicial como poder del Estado era el principal responsable de garantizar el acceso a la justicia a las personas carenciadas y consciente del papel específico en el Sistema Judicial propio de la Defensa Pública u oficial, a la multiplicidad de funciones judiciales, administrativas e institucionales que debe desempeñar el Defensor Oficial, a la diversidad de roles que debe cumplir e intervenciones en etapas prejurisdiccionales, del patrocinio y representación y el aumento de demanda de asistencia jurídica gratuita y la *exigencia de que estos servicios sean prestados en forma efectiva al ciudadano*, -lo resaltado nos pertenece-, consideró la conveniencia y necesidad de que los Defensores *cuenten con personal adecuado en quienes puedan delegar actividades*. Valorando esas premisas y diagramando cuáles eran las funciones plausibles de ser delegadas hacia *colaboradores auxiliares calificados* y cuáles desempeñaría el defensor Público, con fecha 17 de diciembre de 2007, se aprueba la reforma de la estructura orgánica de las Asesorías Letradas.

A fin de concretar dicho objetivo, se incluyó en el Proyecto de Presupuesto del Poder Judicial para el año 2008, definiendo como estrategia el “Fortalecimiento de la Defensa Oficial mediante la colaboración de personal eficiente y capacitado para ejercer funciones delegadas”, que fue aprobado por la Ley N° 9441 del Presupuesto General de la Provincia.⁶¹

Acto seguido el Alto Cuerpo habiéndose aprobado la reforma de la estructura orgánica de las Asesorías Letradas, entendió oportuno *iniciar la ejecución de la readecuación de la Estructura Orgánica de las Defensa Oficial*, la que abarcó en una *primera etapa, la inserción en la Defensa Oficial de la Función del Colaborador-Auxiliar*

⁶¹ TSJ. AR N° 924 – SERIE “A”. 18/12/07

del Asesor Letrado, con el alcance estipulado en el Acuerdo Reglamentario N° 924/07-Serie “A”, ya mencionado, para luego en una *segunda etapa*, diseñar la *Oficina de Apoyo de la Defensa y de Apoyo Múltiple de las sedes judiciales*, conforme lo dispuesto por el Art. 6 de la Ley N° 7982 de Asistencia Jurídica Gratuita, que dispone que corresponde al Tribunal Superior de Justicia establecer el personal del Cuerpo de Asesores Letrados.

Con dicha finalidad, en virtud de lo dispuesto en el art. 12 de la Ley 8435 Orgánica del Poder Judicial, se formó una Unidad Ejecutora, la que se integró con las funcionarias del Centro de Capacitación Ricardo Núñez y del Centro de Estudios y Proyectos Judiciales, María Isabel Yaya de Cáceres y Cecilia Angélica Gómez, quienes participaron del proyecto desde el mismo inicio, e incluyó a integrantes del Área Administrativa para que conforme a sus competencias específicas, colaboren en la fase de recolectar información necesaria para efectuar el diagnóstico de disponibilidades, necesidades de medios físicos-edilicios, tecnológicos y su correspondiente provisión, como así también los recursos presupuestarios respectivos, contando además con la colaboración de la Administración General.

Así también se dispuso que la responsabilidad de la coordinación estuviese a cargo de la Secretaría del Centro de Estudios y Proyectos Judiciales Cecilia Angélica Gómez, organismo que realizó el seguimiento, control y evaluación de lo realizado.

La Unidad Ejecutora fue la responsable de formular la definición del Puesto de Trabajo y el Perfil requerido del postulante a desempeñar la mencionada función, la especificación de las relaciones de autoridad y jerarquía; deberes y responsabilidades; horarios, régimen disciplinario y remuneración. Para la tarea encomendada se le otorgó el plazo de tres meses, elevando informes mensuales sobre los logros obtenidos y los obstáculos observados, a la Sra. Vocal del Tribunal Superior de Justicia Dra. Aída Lucía Tarditti y a la Comisión de Asesores Letrados.⁶²

Tras la labor efectuada por la Unidad Ejecutora se obtuvo la primera lista de personal seleccionados a cumplir la función de Auxiliar-Colaborador en las Asesorías Letradas de este Poder Judicial, disponiéndose que para quienes desempeñaran el cargo iban a percibir una “Bonificación Mensual por Mayor Función”, por parte de la

⁶² TSJ. AR N° 78 - SERIE A.- 17/3/2008

Dirección de Administración,⁶³ en razón de la Mayor Responsabilidad Funcional y su correspondiente incremento en la Jornada Laboral (jornada laboral de siete horas con una hora de disponibilidad), que se establecía para tales Auxiliares- Colaboradores a aquellos agentes que revistan la categoría 28 (Personal Administrativo y Técnico). Dicho adicional se dispuso que se otorgara a aquellos funcionarios y agentes a los que se les asignara la función de Auxiliares Colaboradores de la defensa Pública, en el marco del fortalecimiento de la estructura orgánica de las Asesorías Letradas y mientras durara su desempeño en la función. También se dispuso que para aquellos Auxiliares que revistieran los cargos presupuestarios de Pro-Secretario y Secretario de Primera Instancia, regirían los acuerdos pertinentes en lo relativo a horarios, incompatibilidades y funciones, ampliándose las mismas a las funciones especificadas en el Acuerdo para dicho cargo, en el Anexo B (TSJ Acuerdo N° 117 Serie “C”; 22/7/08)

En esta primera etapa, se incluyó en el Anexo A del referido Acuerdo, la nómina de las personas propuestas, que fue integrada por los agentes y funcionarios que trabajaban en las Asesorías que los propuso, disponiéndose que se iban a desempeñar en su función a partir del 1° de Septiembre de ese año.

Requisitos

En la primera etapa se estableció que para acceder a la función los Auxiliares Colaboradores de la Defensa serían seleccionados de la planta del Poder Judicial entre quienes contaran con título de abogado y un mínimo de antigüedad de 4 (cuatro) años en el Poder Judicial o en el Título. Esta designación tendría carácter temporario, hasta que se instrumentara un proceso de selección que contemplara la igualdad de oportunidades y la selección por idoneidad, acorde al perfil y habilidades específicas y requeridas al rol a cumplir.

A los fines de proporcionar a la Defensa Pública de Funcionarios idóneos y con las condiciones necesarias para poder realizar correctamente la encomiable tarea, se contó el apoyo del Centro De Estudios y Proyectos Judiciales - Tribunal Superior De Justicia, que con fecha 04 de enero de 2011 consignó un exhaustivo análisis para definir las condiciones que se esperarían en un futuro proceso de selección, llegando a estipular cuál era el perfil requerido para quien ejerciera el rol de Auxiliar colaborador.

⁶³ TSJ Acuerdo N° 117 Serie “C”; 22/7/08.

Perfil Requerido

Teniendo en cuenta el objetivo con el que se pensó la figura del Auxiliar, esto es como el funcionario responsable de proporcionar asistencia y orientación jurídica, reforzando la tarea del Asesor Público y de ese modo concretizando la efectivización de los derechos de los ciudadanos carentes de recursos económicos, y garante de suministrar al ciudadano el conocimiento de los procesos institucionales de orientación, asesoría, asistencia y representación legal a través de la asistencia jurídica gratuita, es que se han diagramaron como necesarios para el cumplimiento de su labor los siguientes ESTÁNDARES DE DESEMPEÑO cualitativos y cuantitativos y características personales definidas que debería poseer.

Advirtiendo que su labor estará dirigida a: la ejecución, coordinación y control de las actividades afectadas a la asistencia, asesoría y orientación jurídica definidas por el Poder Judicial. Al eficiente apoyo de las Asesorías Letradas para suministrar al ciudadano el conocimiento de los procesos institucionales de asistencia jurídica gratuita.

Que dichas actividades las Desarrollará mediante la: Atención diaria de público interno y externo evacuando consultas jurídicas básicas, confección de escritos diarios, las visitas a establecimientos penitenciarios, asistenciales, educativos etc., según requerimientos de los casos concretos, la elaboración de proyectos relacionados con alegatos, expresión de agravios, etc., la redacción de demandas, proyectos de recursos, diligenciamiento de pruebas.

Que el nivel de RESPONSABILIDAD EXIGIBLE SERÁ:

Por la toma de decisiones sobre el accionar que demanda la defensa procesal profesional gratuita, garantizando los derechos de los ciudadanos carentes de recursos económicos.

Por la toma de decisiones del personal a cargo, personal Técnico y Administrativo de la Asesoría, Personal Oficina de Apoyo Múltiple, Personal de Maestranza.

En su desempeño interno: donde deberá interactuar con el Asesor Letrado, para acordar las acciones relacionadas a la asistencia y orientación jurídica de los ciudadanos. Y con instrucciones y por delegación del Asesor con el Centro Judicial de Mediación, para coordinar el acompañamiento del justiciable a los actos judiciales, hacia el correcto funcionamiento de la asesoría y con los diferentes Organismos Judiciales para

relacionarse con cada dependencia que integra el proceso de asistencia, asesoría, orientación y representación legal.

En su desempeño externo: Ya que también deberá interactuar con el ciudadano, justiciable o su familia para proporcionar asistencia y orientación jurídica gratuita en conjunto con la representación legal y con organismos dependientes de otros poderes del Estado y demás personas físicas y jurídicas, públicas y privadas, para atender las necesidades del justiciable dando cuenta oportuna de la defensa procesal profesional gratuita, por lo que se consideró prudente requerir experiencia laboral de más de cuatro años.

Finalmente, se entendió que las características que debía poseer el postulante a ocupar la función para atender las necesidades del justiciable dando cuenta oportuna de la defensa procesal profesional gratuita, que era indispensable que el postulante acreditara asistencia y/o aprobación en trayectos de capacitación vinculados a la formación de temas de Derecho Sustantivo y de Procedimientos de la materia jurídica jurisdiccional propia de cada asesoría.

Como también resultaba ineludible el manejo de técnicas y destrezas de litigación en audiencias orales, gestión y comunicación institucional.

Se fijó como Habilidades y destrezas excluyentes: Poseer capacidad de análisis y razonamiento jurídico crítico - Capacidad para solucionar problemas y tomar decisiones jurídicas sistemáticas - Habilidad para utilizar procesos y procedimientos de prevención y resolución de conflictos - Organización y gestión jurídica - Habilidad para la investigación jurídica - Práctica jurídica orientada éticamente - Conciencia y responsabilidad social - Capacidad para reconocer nuevas perspectivas jurídicas - Habilidad para manejar múltiples canales de comunicación interna y externa.

Y por último se sugirieron las *Aptitudes psicológicas deseables:* Que sea Inteligente - Decidido - Analítico - Seguro - Reflexivo - Metódico - Flexible - y con capacidad de escucha activa.

Todas estas características del perfil requerido, fueron evaluadas y calificadas por el Tribunal de concurso a través de una entrevista personal que fue mantenida con todos aquellos postulantes que aprobaron el examen escrito, y cuya nota luego fue promediada

con los antecedentes, la antigüedad y la nota del escrito formando el orden de mérito final.

Forma de Designación

Durante la primera etapa de implementación de la figura del Auxiliar colaborador, y como ya algo anticipáramos al hablar de su evolución, se confeccionó la primer nómina de personal seleccionado, a propuesta de los señores Asesores Letrados en cumplimiento con los requisitos legales establecidos por Acuerdo Reglamentario N° 924/07-Serie “A”; y los lineamientos basados en la definición del Puesto de Trabajo y el Perfil requerido del postulante a desempeñar la función conforme lo expresado en el Acuerdo N° 78 Serie “A” de fecha 17-03-2008.

Finalizada la primera etapa de implementación de la modificación, se dispuso una forma de selección a los fines de cubrir los cargos, que proporcionara igualdad de oportunidades y la selección por idoneidad, acorde al perfil y habilidades específicas y requeridas al rol a cumplir de acuerdo a lo que originariamente se había estipulado.⁶⁴

Con fecha 12 de abril de 2011 y 10 de mayo de 2011⁶⁵ se convocó a Concursos de Antecedentes y oposición para confeccionar orden de mérito de postulantes para Auxiliares Colaboradores de las Asesorías de los fueros Penal y Menores del Centro Judicial Capital. En dichos instrumentos legales se previó que la remuneración que corresponda a los cargos de prosecretarios y secretarios y, excepcionalmente, contándose en el presupuesto con la previsión de los jefes de despacho requeridos específicamente para esta función, sería ésta la que correspondiera hasta tanto se contara con las mayores disponibilidades, agregando que además percibirían la “Bonificación Mensual por Mayor Función” del 20% que les concedía el Acuerdo N° 117/2008 - Serie "C", para los agentes que revistan la Categoría 28 (Personal Administrativo y Técnico). El referido cargo y la correspondiente remuneración fueron regulados en virtud de lo dispuesto por el art. 9 de la Ley 8991, 34 de la Ley 9086 y art. 12 de la Ley 8435.

Si bien esta forma de componer los sueldos fue porque tales cargos no estaban incluidos en el presupuesto aprobado para ese año, no deja de trasuntar el largo camino seguido por la Defensa Pública a los fines de poder contar con los medios materiales

⁶⁴ AR N° 924 – SERIE “A”. 18/12/07.

⁶⁵ TSJ. AR 166 12/4/2011 y TSJ. AR 248 10/5/11.

adecuados para poder brindar una efectiva defensa. Ahora a partir de la modificación de la norma procesal podrá ser incluido en la ley de presupuesto como tal.

El citado concurso constó de tres partes a saber:

Un examen escrito, en el cual se evaluaron los conocimientos teóricos de los postulantes y la resolución de problemas.

Para aquellos que superaran el escrito, se tomaría una entrevista personal para evaluar el perfil adecuado.

Y los antecedentes curriculares, formando todo ello una nota promedio con la que se realizó el orden de mérito final.

Funciones

Si bien desde un comienzo se enumeró de manera ejemplificativa las funciones de las que se debería ocupar el Auxiliar⁶⁶, fue luego de la tarea efectuada por la Unidad Ejecutora conjuntamente con los Sres. Asesores Letrados, cuando se definió y especificó las actividades delegables por el Asesor en el Auxiliar Colaborador, como un modo de lograr la desconcentración de la multiplicidad de funciones, coadyuvando de ese modo con el patrocinio y representación del ciudadano incluido dentro del sistema de asistencia jurídica oficial, dejando sentado que toda esa actividad debía ser realizada de conformidad a la estrategia defensiva trazada por el Asesor, incluyendo en esa delegación la suscripción de los actos procesales pertinentes, que fueron en esa oportunidad descriptos formalmente en el “Anexo B” del Acuerdo Reglamentario N° 464 - SERIE “A” del 22/10/08, donde también se detalló las funciones que le eran exclusivas del Asesor.

Función de Asesoramiento:⁶⁷

1. *Información de derechos* que puede ser cumplida en las instituciones gubernamentales y no gubernamentales en donde se encuentre el justiciable.
2. *Información del funcionamiento del Sistema de Asistencia Gratuita.*

⁶⁶ TSJ. AR N° 492 – SERIE “A”. 18/10/08.

⁶⁷ TSJ. AR N° 464 – SERIE “A”. 22/10/08.

3. *Información del caso al Asesor:* Incluye el acceso a las actuaciones si el estado procesal lo permite; contacto con los representantes legales, o sus patrocinantes o apoderados; o con otros colegas de la Defensa Oficial.
4. *Atender consultas y derivar a Mediación Judicial.*

Función de Patrocinio:

1. *Acceso a las actuaciones para estudio de posibles estrategias a consultar con el Asesor y discernimiento de pruebas.*
2. *Proyecto de defensa.*
3. *Informa al imputado, víctima y representado sobre avances del caso durante la investigación penal preparatoria (con exclusión de medidas de coerción, archivo, sobreseimiento o elevación a juicio) o durante el juicio (con exclusión de la audiencia de debate). Informa al penado y a sus familiares sobre avances del caso (con exclusión de resoluciones denegatorias de libertades anticipadas u otros beneficios de la ejecución penitenciaria).*
4. *Se notifica de resoluciones no recurribles por el imputado que son favorables y de la realización de actos procesales no irreproductibles.*
5. *Se notifica de resoluciones no recurribles por la víctima (medidas de coerción) y de la realización de actos procesales no irreproductibles.*
6. *Se notifica de resoluciones no recurribles por el menor o mayor representados imputado por ser favorables y de la realización de actos procesales no irreproductibles.*
7. *Dictaminar sobre el Otorgamiento del Patrocinio Jurídico Gratuito.*
8. *Presentación de mantenimiento de libertad.*
9. *Acompañamiento y participación en actos procesales no irreproductibles.*
10. *Acompañamiento a la declaración defensiva en donde ha recibido instrucción del Asesor de abstenerse.*
11. *Proyecta ofrecimiento de prueba y/o revisa según el caso: puede demandar la realización de actividades in situ, como la concurrencia al lugar del hecho,*

requerimiento de informes, de información que integra defensa material (testigos, objetos, situaciones, antecedentes, etc.).

12. *Asiste a las audiencias en el Centro de Mediación.*
13. *Colabora en proyectar impugnaciones y recursos.*
14. *Proyecta escrito de instancia de querellante o actor civil.*
15. *Prepara informe del caso para el juicio, colabora en preparación del alegato y estudio de los fundamentos de la sentencia final desfavorable.*
16. *Colabora con el Asesor en el seguimiento de la ejecución de la pena o medida de seguridad.*

Así también se reservó como actividad laboral de desempeño exclusivo del Asesor toda procesal que tenga que ver con un acto irreproducible, o actos procesales que tengan incidencia directa en la estrategia defensiva como la declaración, o que pongan fin al proceso o aquellos actos procesales que sean capaces de causar un gravamen irreparable para el defendido, tales como (esta enumeración no es taxativa):

1. *Asesoramiento al imputado, víctima, representado conforme a la selección de la estrategia de la defensa que considera adecuada.*
2. *Asiste a la declaración del imputado cuando no se abstiene en la investigación penal preparatoria*
3. *Acompañamiento y participación en actos procesales irreproducible.*
4. *Proposición de pruebas.*
5. *Notificación de medidas de coerción, archivo, sobreseimiento, elevación a juicio, citación a juicio, admisión o rechazo de prueba, audiencia de debate, resoluciones denegatorias de libertades anticipadas u otros beneficios de la ejecución penitenciaria.*
6. *Asesoramiento en caso de que se proponga un juicio abreviado inicial o probation inicial.*

7. *Negociación de “probation” inicial o durante el juicio.*
8. *Negociación de juicio abreviado*
9. *Asistencia en el juicio*
10. *Solicitud de medidas cautelares para asegurar el cobro del crédito (actor civil)*
11. *Contacto con Fiscal de Cámara y evaluación conjunta cuando patrocina o representa al querellante o actor civil.*
12. *Contacto con el patrocinante/representante y evaluación conjunta, cuando representa a menor o mayor incapaz.*
13. *Actividad impugnativa: Apelación, Casación y otros Recursos Extraordinarios.*
14. *Solicitud de beneficios de la ejecución de penas y libertades anticipadas, salvo el ámbito de delegación al Procurador.*
15. *Solicitud de alternativas a la internación si se trata de imputados sobreseídos con patologías psiquiátricas, salvo el ámbito de delegación al Procurador.*

Conclusiones

En lo que respecta al asistente, la regulación ha sido similar al de otras legislaciones provinciales al conferir una función de colaboración en tareas meramente accesorias. Estimamos que la reforma ha sido positiva, ya que ha dotado no sólo al imputado sino también al resto de las partes, con una nueva herramienta que puede ser de suma utilidad para el desempeño de sus roles durante el proceso. Seguramente quienes harán un mayor uso del instituto serán los sujetos que cuenten con el patrocinio de un defensor particular.

Por su parte, si bien la incorporación del consultor técnico es un importante avance para la averiguación de la verdad y el ejercicio de los derechos de las partes, la regulación actual se queda a medio camino otorgándole en principio solo la posibilidad de asesorar a las partes. No obstante ello, nada impide una interpretación más extensiva como la que propugnamos, otorgándole mayores facultades a este defensor técnico que le

permita una participación activa, siempre bajo la dirección del proponente⁶⁸, haciendo observaciones en la realización de las pericias e interrogando a éstos y testigos expertos como ya lo prevén las Provincias de Neuquén, Chubut y Santa Fe.

El análisis de la figura del Auxiliar Colaborador de la Defensa Pública tanto en su integridad como puntualmente cuáles fueron las razones que llevaron a que el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba a crearlo y atribuirle las funciones a partir de 1 de noviembre de 2008, me lleva a concluir de manera contradictoria. Por un lado se advierte la enorme importancia de contar como puerta de acceso a la justicia para la gente más carenciada, la que año a año aumenta en su demanda de patrocinio o defensa gratuita-, reconociendo la enorme importancia para ello que tiene la Defensa Pública, que en definitiva fue lo que marcó el motivo de la creación del Auxiliar. Esa premisa no es vana, toda vez que el derecho a la asistencia jurídica es de tan trascendental importancia que es reconocido por todas las convenciones e instrumentos internacionales atinentes de los procesos penales, pero no es suficiente sólo con que esté, debe además en el caso de la defensa penal ser efectiva brindándole el derecho al ciudadano a las garantías judiciales que implican que el justiciable tenga la totalidad del proceso justo y no se limite sólo al resultado de un juicio justo. Para que la defensa sea efectiva requiere además de abogados comprometidos y conocedores del derecho, que brinden información correcta en todos los aspectos de la asistencia jurídica, para las personas carentes de recursos, tal como se diagramó el perfil del Auxiliar, pero no es suficiente con ello. La persona sospechosa o acusada debe encontrarse en condiciones de participar en los procesos que le conciernan, entienda lo que se le dice y que otros la entiendan, reciba información relativa al supuesto delito o la supuesta acusación, sea informada sobre las decisiones que se toman y sus razones, tenga acceso al expediente y a las pruebas, disponga de tiempo y recursos que le permitan responder a las acusaciones y prepararse para el juicio, tenga la posibilidad de presentar información y pruebas a su favor, sea tratada de tal forma que no se le ponga en situación de desventaja y pueda apelar las decisiones relevantes que se tomen en contra de sus intereses. Ello

⁶⁸ En este sentido, Lorenzo dice: “la función del consultor técnico en el juicio será de apoyo al litigante. Previamente al juicio puede resultar un apoyo importante, para ayudarlo a entender el informe pericial y generar un ‘puente’ con el perito. Durante el juicio le servirá tanto para puntualizar preguntas (...) y tener claridad sobre lo que la contraparte está preguntado en el contraexamen (...) debe comprenderse que la figura del consultor técnico es un apoyo para el litigante y nunca puede reemplazar su función en el juicio”. Lorenzo, Leticia (2013), Manual de Litigación, colección Litigación y enjuiciamiento penal adversarial, Binder, Alberto, director, ediciones Didot, Bs. As, pp. 187-188).

sólo podrá hacerse efectivo con la Defensa Pública, si el interés resulta cristalizado con los recursos materiales que lo hagan factible, que cuente con la paridad de armas para que la defensa que se ejerza sea real. Basta para tal afirmación sólo con ver el organigrama del Poder Judicial. La figura del Auxiliar colaborador que incorpora la ley, como se adelantara al comienzo del tema, no viene a innovar sino a legislar sobre lo que ya operaba desde el 2008, con lo cual evidencia un desproporcionado atraso en la atención de la Defensa Pública que perfora los anhelos de eficacia que se espera en los tiempos presentes, más allá del compromiso personal de quienes la integran y de los grandes logros ya obtenidos.

BIBLIOGRAFÍA

- BINDER, Alberto, CAPE, Ed, NAMORADZE, Zaza, (2015), *Defensa penal efectiva en América Latina. Argentina-Brasil-Colombia-Guatemala-México-Perú*, Dejusticia, Bogotá.
- BINDER, Alberto M., (2016), “La reforma de la justicia penal en América Latina como política de largo plazo”, en *La reforma a la justicia en América Latina: Las lecciones aprendidas*, Fescol, Bogotá, pp. 54-102.
- CAFFERATA NORES, José I., HAIRABEDIAN, Maximiliano (2011), *La prueba en el proceso penal*, 7º edición actualizada y ampliada, Abeledo Perot, Bs. As.
- CAFFERATA NORES, José I., TARDITTI, Aida, (2003), *Código Procesal Penal de la provincia de Córdoba comentado*, obra completa, Mediterránea, Córdoba.
- CAFFERATA NORES, José I., (2011), *Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*, Del puerto, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- CLARÍA OLMEDO, Jorge A., (2008), *Derecho Procesal Penal, Tomo I*, actualizado por VÁZQUEZ ROSSI, Jorge E., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.
- CLEMENTE, José Luis, (1998), *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba. Ley 8123*. Tomo I, Marcos Lerner, Córdoba.
- HAIRABEDIÁN, Maximiliano, JAIME, Marcelo N., GORGAS, Milagros, ROMERO, Sebastián, CAFURE, Martín J., (2017), *Comentarios a la reforma del Código Procesal Penal. Ley 10.457*, Advocatus, Córdoba.

- LANGEVIN, Julián Horacio, BIGLIANI, Paola, MAZZORÍN, Carolina, PADOVAN, Lorena, PÉREZ CURCI, Christian Sueiro, VAN DEN DOOREN, Sebastián, (2014), “La Defensa Pública en la República Argentina y en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en *Revista del Ministerio Público de la Defensa de la Nación, n° 9, 20 años de autonomía*, Buenos Aires, pp. 23-50.

Disponible:

<http://www.mpd.gov.ar/uploads/documentos/Revista%20MPD%20para%20web.pdf>.

- LORENZO, Leticia (2013), *Manual de Litigación*, colección Litigación y enjuiciamiento penal adversarial, Binder, Alberto, director, ediciones Didot, Bs. As.
- MAIER, Julio B.J. (2004), *Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos*, Editores del Puerto, Buenos Aires.
- MAIER, Julio B.J., (2004), *Derecho Procesal Penal II. Parte General. Sujetos Procesales*, 1º edición, 1º reimpresión, Editores del Puerto, Buenos Aires.
- SORIA, Patricia, MAURI, Carolina y ROSSI, Ivana, (2011), “Informe sobre la reforma procesal penal en Córdoba”, en *20º Aniversario de la sanción del Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba actualmente vigente*, Academia Nacional de Derecho y ciencias sociales de Córdoba, pp. 109-158. Disponible en: <http://www.acaderc.org.ar/ediciones/20o-aniversario-de-la-sancion-del-codigo-procesal>.

EL CONSULTOR TÉCNICO EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE CÓRDOBA: ALGUNAS CONSIDERACIONES VINCULADAS AL DERECHO COMPARADO

Por: Maximiliano Davies

Daniela Bianciotti

1. Introducción

El actual artículo 127 bis, tercer párrafo, del CPP de Córdoba incorpora la figura de “consultor técnico” (conf. Ley 10.457; BO: 16/6/2017).

En la provincia⁶⁹ no existen antecedentes doctrinarios ni jurisprudenciales vinculados a dicho instituto en el proceso penal, aunque existen legislaciones de países en Latinoamérica que regulan la figura.

Si bien el desarrollo sobre la materia resulta escaso, se sostiene que la finalidad de su incorporación es fortalecer el papel del ente acusador y de los defensores, contribuyendo a resolver deficiencias que actualmente se señalan cuando enfrentan un proceso de cierta complejidad⁷⁰.

Como una primera aproximación al tema hemos realizado un repaso comparativo de los diferentes códigos procesales penales de la región que la instituyen. Dicha tarea nos permitió advertir, por un lado, similitud con nuestra legislación local (Ley 8123), en cuanto a su consideración como “auxiliar” de las partes, pero, por otro lado, marcadas diferencias con relación a su designación, requisitos para su nombramiento y facultades, que nos llevan a concluir que no se trata del mismo instituto, según se verá.

2. Regulación Legal en América Latina y en la Provincia de Córdoba –síntesis comparativa–

a. Supuestos:

⁶⁹ Otras Provincias argentinas que regulan la figura son Entre Ríos y San Juan.

⁷⁰ Artículo 109 del *Código Modelo para Iberoamérica*.

En el derecho comparado encontramos algunas legislaciones como el Código Procesal Penal de Nicaragua, Costa Rica, República Dominicana, San Salvador, Paraguay, Venezuela, y México⁷¹, que limitan la posibilidad de su intervención para aquellos casos que por su *particularidad o complejidad* tornen necesaria la asistencia de un *consultor* en una ciencia, arte o técnica, en definitiva, para supuestos en los cuales es necesario ordenar la realización de pericias técnicas.

En Córdoba la norma procesal que incorpora la figura no limita su nombramiento en tal sentido, pues establece que “... las partes podrán designar consultores técnicos expertos en una ciencia o arte *para que las asistan...*”.

Más allá de la literalidad de la norma, entendemos que, al requerirse un experto en ciencia o arte, el instituto ha sido pensado para situaciones que revistan cierta complejidad o particularidad que genere la necesidad de su intervención, lo que deberá justificarse en cada caso.

b. Designación: Requisitos

En las legislaciones que venimos analizando se autoriza a las partes que *propongan un consultor*⁷² al juez o tribunal que interviene, y el órgano jurisdiccional es quien decide sobre su designación⁷³ teniendo en cuenta *las reglas aplicables a los peritos*, aunque se especifica que los consultores técnicos *no asumen ese carácter*. Así, por ejemplo, en Nicaragua⁷⁴, República Dominicana⁷⁵, San Salvador⁷⁶.

La ley provincial, en cambio, dispone que las partes “*podrán designar*” consultores técnicos. La expresión ‘podrán designar’ revela una facultad, sin control del órgano judicial.

En ese orden, consideramos que si bien no se indican presupuestos o condiciones respecto de quién puede asumir dicho rol en el proceso penal, el término “consultores

⁷¹ Esta enumeración no es exhaustiva.

⁷² Proponer es muy diferente que *designar* como establece la norma local.

⁷³ Paraguay tiene la particularidad que sólo el Ministerio Público lo nombra directamente sin designación del órgano judicial (art. 111).

⁷⁴ También en el Proceso Penal de Costa Rica. El art. 126 establece que deberá ser propuesto al Ministerio Público o al Tribunal.

⁷⁵ Art. 133.- Consultores técnicos. Si, por la particularidad y complejidad del caso, el ministerio público o alguno de los intervinientes considera necesaria la asistencia de un consultor en una ciencia, arte o técnica, lo propone al juez o tribunal, el cual decide sobre su autorización, conforme las reglas aplicables a los peritos, sin que por ello asuman tal carácter.

⁷⁶ Art. 117.

técnicos expertos en una ciencia o arte” conlleva una limitación que deberá demostrarse en cada caso.

c. Función

En el derecho comparado⁷⁷ su actuación está regulada, tienen facultad de presenciar las operaciones periciales, acotar observaciones durante su transcurso, acompañar en las audiencias a la parte con quien colabora para auxiliarla en los actos propios de su función, e inclusive interrogar directamente a los peritos en las audiencias.

Se advierte que el consultor técnico en estos países tiene funciones similares al perito de parte que regula nuestro sistema procesal penal (con algunas variantes, por supuesto). Por mencionar un ejemplo, en República Dominicana el art. 204 establece que “... La prueba pericial debe ser practicada por expertos imparciales, objetivos e independientes...”. No regula la figura del perito de parte, y si bien contempla la posibilidad de que propongan “...otro perito en reemplazo del ya designado, o para que dictamine conjuntamente con él, cuando por las circunstancias particulares del caso, resulte conveniente su participación, por su experiencia o idoneidad especial” (art. 208) se trata siempre del dictamen oficial, objetivo e independiente, distinto de cualquier observación que pudiese efectuar un consultor técnico (o perito de parte).

La regulación es similar en Nicaragua, Costa Rica, El Salvador, Venezuela, y Paraguay.

Por otro lado, en los países mencionados el consultor técnico no tiene facultad de emitir dictamen, pero puede presenciar las operaciones periciales y acotar observaciones que deberán ser tenidas en cuenta en la sentencia. Inclusive, como se anticipó, en algunos países se los faculta a *interrogar directamente* a los peritos, traductores o intérpretes, siempre bajo la dirección de la parte a la que asisten. Así, el artículo 126 del Código de Costa Rica⁷⁸ establece que pueden interrogar *directamente* a los peritos, traductores o

⁷⁷ Nicaragua, Costa Rica, Paraguay, El Salvador, Venezuela, y México.

⁷⁸ Podrán acompañar, en las audiencias, a la parte con quien colaboran, auxiliarla en los actos propios de su función o interrogar, directamente, a peritos, traductores o intérpretes, siempre bajo la dirección de la parte a la que asisten.

intérpretes, siempre bajo la dirección de la parte a la que asisten⁷⁹ -igual línea sigue República Dominicana⁸⁰ -.

En este punto, la regulación local es novedosa, diferente, en otras palabras, *sui generis* a la hora de regular esta figura, pues reglamenta la participación de estos consultores “para que asistan” a las partes, con la posibilidad de que las acompañen en los actos procesales *pertinentes*, pero sin especificar sus funciones.

Si partimos de considerar que nuestro proceso penal contempla la posibilidad de que las partes nombren peritos de control (art. 237), la primera conclusión que surge es que la figura del consultor técnico en Córdoba cumplirá una función distinta de los peritos, pues será de asistencia y acompañamiento, en otros términos, es un “asesor-acompañante” -según especificaremos *infra*-.

d. Honorarios

Este aspecto es otro no definido en nuestra legislación, y podría generar inconvenientes teniendo en cuenta que el nombramiento de un consultor técnico generará gastos. Si además consideramos que no se impuso ninguna restricción (cantidad) para su nombramiento, dependerá de cada parte, de sus posibilidades económicas, pudiendo variar el monto de sus honorarios.

Una pregunta a responder sería si este gasto ingresa dentro de las costas procesales, pues como es sabido el artículo 550 del CPPCba establece que “toda resolución que ponga término a la causa o a un incidente, deberá resolver sobre el pago de las costas procesales y a cargo de quien corresponden”.

En el derecho comparado, por ejemplo, en Nicaragua, el código dispone que los honorarios del Consultor Técnico correrán por cuenta de la parte que lo propuso, del mismo modo que en nuestro proceso se regula la proposición de un perito de control -“a su costa”, reza el artículo 237 del CPPCba.-.

A nuestro ver, al ser el consultor técnico un auxiliar o apoyo técnico para la parte, los honorarios que devengue deberán ser a su cargo. Sin embargo, la cuestión no será tan

⁷⁹ “El proceso penal en Costa Rica”, por Mario A. Houed Vega.

⁸⁰Art. 133... El consultor técnico puede presenciar las operaciones de peritaje, acotar observaciones durante su transcurso, sin emitir dictamen, y se deja constancia de sus observaciones. Asimismo, puede acompañar, en las audiencias, a la parte con quien colabora, auxiliarla en los actos propios de su función o interrogar, directamente, a peritos, traductores o intérpretes, siempre bajo la dirección de la parte a la que asiste.

sencilla por no estar especificada, y en atención al tenor del artículo 551 que dispone que las costas serán a cargo del condenado, es decir que consagra el principio general de la derrota. Y si bien la norma agrega que “... el Tribunal podrá eximirlo total o parcialmente, cuando hubiera tenido razón plausible para litigar”, es una posibilidad que debe ser fundada.

III. Conclusión

La nueva figura que instituye el artículo 127 bis del CPP denominada “consultor técnico”, implica un amplio reconocimiento a las partes del derecho a designar personas con conocimientos científicos o artísticos para obtener un asesoramiento en el proceso penal que contribuya a una mejor y eficaz tarea defensiva o acusatoria.

En cuanto a su función, se utilizan dos expresiones, asistencia y acompañamiento, de ahí que interpretamos que se trata de un *asesoramiento* en el proceso penal, vinculado a determinada ciencia, arte o técnica consistente en un auxilio o apoyo de carácter privado. Significa que su opinión u observación no ingresa directamente al proceso, sino a través de la actividad procesal de cada parte, ya que este asesor o consultor la aconsejará, por ejemplo, respecto de cómo formular preguntas vinculadas a los temas de su especialidad. Para el cumplimiento de su cometido se le permite el “acompañamiento”, es decir que podrá estar junto a la parte tanto en el debate como en cualquier otro acto procesal o instancia oral ante el tribunal, pues su rol será fundamental para orientar cómo atacar o sostener la prueba.

Sentado ello, cabe destacar aspectos huérfanos de regulación, pero de necesaria reglamentación, a saber:

a) No existe limitación respecto de los requisitos que debe reunir la persona seleccionada como consultor técnico, por lo que será suficiente que la parte esgrima que la persona posee los conocimientos en determinada área que le resultará útil para coadyuvarla a lograr su pretensión. Se afirma que podría ser incluso un abogado especialista –que no cumplirá la tarea de defensor, sino de asesor de éste; por ejemplo, en materia ambiental, narcotráfico, delitos cibernéticos, etc.-. Lo cierto es que la ley no realiza prohibiciones.

b) No se restringe el número de consultores que cada parte puede designar, y la expresión legal es plural: “las partes podrán designar *consultores técnicos*”.

c) No se localiza su actuación en alguna etapa del proceso, por lo que tanto en la investigación como en el juicio podría intervenir, inclusive ser designado porque tampoco existe previsión al respecto.

Consideramos que la escueta regulación legal torna conveniente que el Tribunal Superior de Justicia, en ejercicio de su potestad, dicte normas tendientes a reglamentar el funcionamiento del instituto (requisitos, número, oportunidad, funciones, honorarios, etc.) a fin de evitar controversias e incidentes que podrían restarle eficacia y afectar el objetivo perseguido de facilitar la tarea de las partes auxiliándolas.

Si bien la ley no ha establecido prohibición ni limitación de ningún tipo, y no se desconoce la disposición contenida en el artículo 3 del CPP, en cuanto establece que “... Será interpretada restrictivamente toda disposición legal que ... limite el ejercicio de un poder conferido a los sujetos del proceso...”, no obstante la aludida reglamentación deberá tender no sólo a facilitar su implementación, sino también a prevenir desigualdad de posiciones, desequilibrio procesal y quiebre del principio de “igualdad ante la jurisdicción”, respeto del principio de “paridad de armas”, y garantizar la tutela judicial efectiva sopesando la posible desproporción en el acceso y la utilización de recursos, y de ese modo evitar posibles nulidades derivadas de violaciones a garantías constitucionales.

Ejemplo de ello es la previsión incluida en el art. 5° del Código de la Provincia de Jujuy que establece: "El órgano jurisdiccional debe mantener en lo posible la igualdad de las partes en el proceso, brindándoles idénticas posibilidades de defensa. Haciendo efectivo los poderes de que está investido, el juez dispondrá lo necesario a fin de que nadie pueda encontrarse en una condición de inferioridad jurídica. Salvo disposición expresa de la ley, ninguna persona puede prevalerse de una posición determinada para advenir a una situación de privilegio" (“Principio de igualdad procesal”, por Roberto G. Loutayf Ranea y Ernesto Solá).

En sintonía con lo que venimos desarrollando, la reglamentación deberá propender a un adecuado equilibrio en la utilización de los recursos que permite la nueva normativa, bien mediante la limitación del uso de esta herramienta a la parte de mayor acceso a una diversidad de recursos, o bien restableciendo el equilibrio mediante la suficiente provisión a cargo del estado a la parte más carenciada, es decir, un compromiso estatal similar a la obligación de proveer un abogado defensor⁸¹.

⁸¹ **Ejemplo:** En los casos en donde la fiscalía decide no avanzar –por ej. criterio de selección de acción penal, insignificancia para el ministerio público fiscal- y la parte opta por proseguir, este instituto puede generar un desequilibrio si ante la supuesta víctima se alza un supuesto autor que puede acceder a

IV. Observaciones Finales.

La lectura integral del nuevo artículo 127 bis del CPP⁸² revela la existencia -sin lugar a dudas- de numerosas diferencias entre los distintos tipos de ayudantes que las partes pueden designar (el *asistente*, los *consultores técnicos* y los *auxiliares colaboradores*), todas ellas derivadas de la propia redacción del texto legal, y que no fueron definidas o explicitadas en absoluto. La primera está dada por su número, sólo podrá designarse un *asistente*, limitación que no rige para la designación de los *consultores técnicos* o los *auxiliares colaboradores*. Claro está, la mecánica del funcionamiento de estos últimos será establecida por el TSJ (facultado por mandato legal), que seguramente limitará su implementación. Por ende, estos auxiliares podrían tener “atribuciones” diferenciadas del resto de los ayudantes, en más o en menos. Por otra parte, se indica en la norma que quien designa asistente dará a conocer su nombre y apellido a las partes (agregamos, ya que no se encuentra especificado). Ahora bien, no está prevista la posibilidad que las partes puedan formular oposición a la referida designación, pudiendo entenderse -quizás más adelante- como una facultad implícita o derivada de la obligación de notificar que la misma norma impone. De igual manera, la norma señala que quien designa *asume la responsabilidad por su elección y vigilancia*, siendo un tanto extraña esta indicación, especialmente el término *vigilancia* (¿Qué debería vigilar?), no tanto así la asunción de responsabilidad por la elección de su ayudante, circunstancia que podría derivarse, ya de forma implícita, sin necesidad de regulación específica.

diversos, complejos e interminables recursos, asistencia técnica, etc. que le permita hacer sumamente complejo el avance de la investigación hacia la etapa de juicio.

Dicha circunstancia ha sido considerada sólo para el caso de conciliación (inc. 5 del art. 13 bis del CPP). En efecto, el **Artículo 13 ter enumera los “Casos excluidos”**. **Establece que:** No corresponderá la aplicación de las reglas de disponibilidad de la acción: ...c) La existencia de una situación de desigualdad entre el imputado y la víctima, derivada de la situación de poder o de la capacidad económica de aquel, que favorezca un aprovechamiento de la vulnerabilidad de ésta o de sus deudos, en el supuesto del inciso 5) del artículo 13 bis de este **Código...**”.

⁸² Artículo 127 bis-Asistentes, consultores y auxiliares. Las partes podrán designar un asistente cada una para que colaboren en su tarea, a su costa. En tal caso darán a conocer su nombre y apellido, expresando que asumen la responsabilidad por su elección y vigilancia.

Los Asistentes sólo cumplirán con tareas accesorias pero no podrán sustituir a quienes ellos auxilian en los actos propios de su función. Se les permitirá concurrir a las audiencias sin intervenir directamente en ellas.

De igual manera, las partes podrán designar consultores técnicos expertos en una ciencia o arte para que las asistan, incluso acompañándolos en los actos procesales pertinentes.

El Tribunal superior de Justicia establecerá las atribuciones de los auxiliares –colaboradores de la Defensa Pública Penal [según art. 6, ley 10457)

Otra cuestión que podría generar controversias está dada por la regulación que el TSJ deberá establecer respecto de los auxiliares colaboradores de la Defensa Pública Penal, ya que, como cualquier reglamentación, implica la posibilidad de limitaciones, circunstancia que es una derivación lógica de las limitaciones presupuestarias -y de recursos en general- del propio poder judicial, extremo que no se prevé para la defensa privada.

EL CONSULTOR TÉCNICO EN EL CÓDIGO PROCESAL DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA

Por: Inés Lucero

I. Introducción

A través de la ley 10.457⁸³, se introdujo en nuestro código de rito bajo el artículo 127 bis, tercer párrafo, un auxiliar de las partes denominado consultor técnico.

Con escueta regulación legal, la reforma introduce la nueva figura en el proceso penal, estableciendo: “...las partes podrán designar consultores técnicos expertos en una ciencia o arte para que las asistan, incluso acompañándolos en los actos procesales pertinentes...”

II. Precedentes legislativos en la Argentina

Como antecedente normativo, el consultor técnico ha sido regulado en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, a través de la reforma introducida por la ley 22.434⁸⁴. Anteriormente, el citado código permitía como facultad de las partes proponer peritos controladores del acto ordenado por el Tribunal. Sin embargo, se consideró que aquéllos constituían una “*deformación de la prueba, ya que no se concilia el carácter de auxiliar del órgano judicial que tiene el perito con su vinculación con una de las partes, puesto que como auxiliar del juez debe ser absolutamente imparcial*”⁸⁵.

Doctrina y jurisprudencia especialista en la materia, han emitido opinión al respecto, destacando que el consultor técnico constituye una figura de carácter auxiliar y facultativo, que obra en interés y defensa de la parte que lo designa (*cf. Palacio, Lino Enrique, "Manual de Derecho Procesal Civil", T. I, pág. 591, Buenos Aires, 1983*). Su actuación, en ese marco, está limitada en esencia a: 1) presenciar las operaciones técnicas que realice el perito y formular las observaciones que considere pertinentes (art. 471, 2° párr. CPCCN); 2) presentar, por separado, su respectivo informe en base a la pericia practicada, dentro del mismo plazo fijado para el perito y con iguales requisitos; 3)

⁸³ Publicada en el boletín oficial con fecha 16.06.17

⁸⁴ Arts. 458 y ss del CPCCN

⁸⁵ Arazi, Roland y Rojas, Jorge “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación comentado, Tomo II, ed. Rubinzal Calzoni, pág. 574 y ss

formular observaciones ante la pericia en referencia a las explicaciones ordenadas por el juez al perito (art. 473, 2° y 3° párr. y 474, del CPCCN). De ello, afirman que se extraen dos consecuencias básicas, cuales son: a) el informe del consultor técnico no es jurídicamente equiparable a una pericia, ya que esta última sólo puede ser practicada por el perito designado en la causa (cfr. 471, primer párr. CPCCN), a punto tal de que, b) si no se lleva a cabo la práctica pericial, tampoco corresponde la emisión de un informe por parte del consultor técnico, ya que éste debe referirse inexcusablemente a la prueba pericial realizada (CNCom, Sala A, “Acreystal SA c/ Fundación para la Lucha contra Enf. Neurológicas de la Inf. s/ ordinario” del 23/02/10), citado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de Buenos Aires, de fecha 15 de marzo de 2016, en autos “González, María de los Ángeles c/ Filannino, Martín Nahuel s/ejecutivo expediente n° 31344/2014, Machin-Villanueva- Garibotto (jueces)

III. El consultor técnico en el derecho comparado y sus antecedentes históricos

El Código Procesal Penal de Costa Rica, también prevé la incorporación en el proceso penal de los consultores técnicos⁸⁶. Sobre el tema, ante un pedido de las autoridades judiciales sobre los pasos a seguir para la designación de los consultores técnicos como órganos auxiliares, la Corte Suprema de aquél país dictó la Circular No. 122, con fecha 21 de setiembre del 2004. Nos permitimos transcribir parte de la misma, en virtud de que destaca el antecedente histórico que tiene esta figura, y a partir de allí, nos pareció de suma utilidad para desentrañar sus alcances. En la citada circular, se afirmó: “*La figura del consultor técnico no es, desde ningún punto de vista, novedosa. El artículo 323 del Código Rocco (Código de Procedimiento Penal Italiano de 1930) establecía: “Artículo 323. Facultad de las partes de nombrar consultores técnicos. La parte privada que tenga interés en ello, dentro de los tres días desde el vencimiento del plazo establecido por el juez al tenor del parágrafo 320, tiene facultad de nombrar por medio de su defensor y a su propia costa un consultor técnico, escogiéndolo entre las personas que considere*

⁸⁶ “ARTÍCULO 126.- Consultores técnicos. Si, por las particularidades del caso, el Ministerio Público o alguno de los intervinientes consideran necesaria la asistencia de un consultor en una ciencia, arte o técnica, lo propondrán al Ministerio Público o al tribunal, el cual decidirá sobre su designación, según las reglas aplicables a los peritos, sin que por ello asuman tal carácter. El consultor técnico podrá presenciar las operaciones periciales, acotar observaciones durante su transcurso, sin emitir dictamen, y se dejará constancia de sus observaciones. Podrán acompañar, en las audiencias, a la parte con quien colaboran, auxiliarla en los actos propios de su función o interrogar, directamente, a peritos, traductores o intérpretes, siempre bajo la dirección de la parte a la que asisten.”

idóneas (...). La función principal de los consultores en el Código Rocco era la de aportar observaciones respecto de los peritajes oficiales, y eventualmente participar en la práctica de los mismos. (MANZINI, Vincenzo, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo V, E.J.E.A., Buenos Aires, 1954, p. 419). La doctrina italiana ha considerado que la naturaleza de este auxiliar de las partes se asemeja más a la de un defensor que a la de un perito, razón por la cual no se le toma juramento (LEONE, Giovanni, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, E.J.E.A., Buenos Aires, 1963, p. 214). En el proceso penal alemán anterior a la reforma de 1975 se contemplaba una figura similar a la del consultor técnico, denominada “perito de parte”, el cual era un perito pagado por alguno de los intervinientes en el proceso que se sumaba a los nombrados por el tribunal, lo cual ponía en duda su objetividad⁸⁷. En la Ordenanza Procesal Penal vigente no se establece la figura del consultor técnico aunque la jurisprudencia ha aceptado que los defensores se hagan acompañar de expertos en determinadas materias (LLOBET, Javier, *Proceso Penal Comentado*, E.J.C., San 2ª ed., San José, 2003, p. 187). El Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba de 1939 -reformado parcialmente en 1970-, se apartó del diseño del instituto del consultor técnico contenido en el Código Rocco, asumiendo el modelo de “perito de parte”, similar al de la Ordenanza Procesal Penal alemana⁸⁸. El artículo 261 de dicho cuerpo normativo -cuya redacción es prácticamente la misma que la del artículo 244 del Código de Procedimientos Penales de 1973-, establecía que “cada parte podrá proponer a su costa otro perito legalmente habilitado” (NUÑEZ, Ricardo, *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba*, Marcos Lerner Editora Córdoba, 2ª. Ed. 1986, p. 235)... El Código Procesal Penal de 1996, en su artículo 126, retoma la figura del consultor técnico proveniente del Código Rocco. El antecedente inmediato de esa norma, cuya redacción es además muy similar a la de nuestro código vigente, es el artículo 109 del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica de 1988, redactado en el marco del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. En la exposición de motivos del mismo se indica: “Cabe destacar aquí la inclusión de los consultores técnicos como auxiliares de los intervinientes en el procedimiento, en reemplazo de los llamados “peritos de parte” a su verdadera función, la de colaboradores de la defensa de un interés, y, por tanto, evitar la tarea discutible y penosa de intentar conciliar el interés de aquél a quien responden, con el dictamen pericial; ahora representan, inequívocamente, un interés y, por ello, obran sólo asesorando al titular de ese interés sobre cuestiones

⁸⁷ La negrita nos pertenece.

⁸⁸ El destacado es nuestro.

referentes a su conocimiento específico, para mejorar la defensa de ese interés” (MAIER, Julio, Derecho Procesal Argentino, Tomo 1 Volumen a, Editorial Hamurabi, Buenos Aires, 1989, Anexos, p. 299). Sin embargo en el artículo 184 del Código Modelo, en forma un tanto contradictoria con la exposición de motivos del mismo, se deja vigente la figura del perito de parte...”

Es decir que históricamente, y en forma similar al Código Procesal Civil y Comercial de nuestra Nación, el consultor técnico ha sido reservado para denominar a aquéllos auxiliares que, en nuestro sistema, cumplen el rol de peritos de parte.

III.El consultor técnico en nuestro ordenamiento

Ahora bien, más allá de los antecedentes históricos, pensamos que al estar regulado esta nueva figura en forma autónoma, es decir independientemente del medio de prueba de las “pericias”, procuraremos establecer cuál sería el alcance de sus funciones.

En primer lugar, como primera aproximación, el consultor técnico previsto en el Código Procesal Civil y Comercial de nuestra Nación, es claramente diferenciable del previsto en nuestra normativa. Es que más allá de la misma denominación, la sucinta redacción del articulado 127 bis y su confrontación con el resto de nuestra normativa procesal penal, permiten despejar algunos interrogantes.

a.Diferencias del consultor técnico con el perito de control

Si hacemos un análisis normativo, surge que el consultor técnico, a diferencia del perito de control, no tiene la facultad de intervenir activamente en el proceso penal, como así tampoco es factible que proceda a la examinación y deliberación conjunta, tal como lo prevé el art. 240 del CPP, para el trámite de las pericias. Lo expuesto, se infiere en primer lugar de la propia norma, puesto que si bien el nombramiento del consultor técnico es una facultad para las partes, se trata de una persona que se limita a **asistirlos** (art. 127 bis CPP).

La “asistencia”, según la Real Academia Española, proviene del latín *assistere*, cuya primera acepción es “acompañar a alguien en un acto público”. Esto implica que el consultor técnico, por sí mismo, no tiene intervención, voz ni posibilidad alguna de emitir opinión, dictamen o informe en el acto procesal. Como una primera

conclusión, aseveramos que su asesoramiento será exclusivamente a la parte que contrata sus servicios técnicos, sin posibilidad alguna de emitir, por sí mismo, una opinión oral o escrita en el proceso penal.

b. ¿Es factible que un consultor técnico sea nombrado para asistir a la parte en una pericia?

Ahora bien, surge también el interrogante si es posible que la parte proponga a un consultor técnico en una pericia. Pensamos que, tal como se expuso, si bien son dos figuras diferenciadas, su coetánea intervención es contraria a la intención legislativa plasmada en los arts. 236 y 237 del CPP que prevé, como regla general, el nombramiento de un solo experto por cada parte, a los fines de evitar las discusiones entre más de un técnico⁸⁹ e impedir estériles contiendas científicas⁹⁰.

c. Facultades de los consultores técnicos en el CPP

En relación a los actos procesales que no son susceptibles de ser incorporados bajo una pericia, pero que sin embargo se necesita de un conocimiento especial para su correcta incorporación y valoración, es el campo más fértil para que las partes tengan sumo interés de nombrar un consultor técnico. Piénsese, a modo de ejemplo, en la recepción de la declaración de un médico que ha asistido a una persona, supuesta víctima de una mala praxis por parte de un anestesista. O bien puede tratarse de un supuesto delito informático, siendo citado a prestar declaración un técnico en la materia a los fines de que explique la supuesta maniobra realizada por el imputado. Claramente, en esta clase de actos procesales será de suma utilidad la presencia de un experto en la materia a los fines de que asista a la parte, permitiendo formular preguntas en su interés, sin perjuicio que pueda tratarse de otras diligencias, puesto que la ley menciona “actos procesales”.

d. ¿Es posible que el órgano judicial nombre a un consultor técnico?

Si bien puede sorprender este interrogante, piénsese que esta figura es novedosa, puesto que como vimos anteriormente, históricamente el consultor técnico ha sido analogado a un perito de control. Se trata de sistemas que reservan el término

⁸⁹ Conf. Cafferata Nores, José I. y Tarditti Aída en “Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba”, Tomo I, pág. 571 y ss, ed. Mediterránea.

⁹⁰ Cafferata Nores José y Hairabedián “La prueba en el proceso penal” 6° ed. Lexis Nexis, 2008, pag. 70, quienes citan a Florián, Eugenio en nota al pie n° 9.

“perito” sólo para el experto que es nombrado por el Tribunal y que es imparcial, en tanto que el especialista nombrado por la parte, se lo denomina consultor técnico.

Ahora bien, también dijimos que no obstante esta advertencia para evitar confusiones, debemos procurar desentrañar sus facultades, atento a que la reforma lo introduce como una figura autónoma al perito de parte.

Volviendo al interrogante planteado, es cierto que nuestra normativa no prevé que el órgano encargado de la investigación o sostenimiento de la acusación, tenga esta facultad. Sin embargo, pensamos que no debe olvidarse que hoy por hoy, ciertos actos procesales por sus características particulares, como es la recepción del testimonio de niños, el órgano judicial se vale de la intermediación de un especialista en la materia a los fines no sólo de evitar la revictimización de los niños, sino también para receptar adecuadamente el testimonio, a los fines de su correcta valoración⁹¹. Debe destacarse que en estos casos, el órgano judicial no delega su función de controlar y dirigir el acto, sólo que lo hace por interpósita persona, debiendo resolver los conflictos que se pueden suscitar en el acto.

VII. Conclusiones

Pensamos que el consultor técnico es una persona experta en una ciencia o arte que se limita a acompañar a la parte en un acto procesal que no se le haya impreso el trámite de pericia. Como tal, sólo podrá asistirle sin emitir opinión autónoma en el proceso penal. Consideramos, a los fines de una justicia eficiente y eficaz que actualmente

⁹¹ Anteriormente, se ha destacado que si bien el art. 221 bis del CPP se ha pretendido, primordialmente con la intermediación de un especialista, evitar la revictimización del menor en el proceso judicial, nosotros pensamos que además de esta finalidad tan loable se debe aspirar a una mejor obtención del dato probatorio en atención a las dificultades que presenta su adquisición derivada de las particularidades que presenta el testimonio infantil. Consecuentemente, con la intervención del experto en la adquisición de este dato probatorio, se favorece también la apreciación de los dichos del menor, todo lo cual alienta a que se cumplan las finalidades del proceso penal. Lo expuesto obedece a que tal como lo destacan especialistas en la materia, los menores –al igual que los adultos- pueden ser confundidos por el uso de preguntas sugestivas o tendenciosas. Además, en las entrevistas es importante captar el lenguaje del niño y adaptarse a él, según su nivel de maduración y desarrollo cognitivo a los fines de facilitar la comunicación. Se ejemplifica que los niños pequeños pueden responder solamente a aquella parte de la pregunta que ellos entienden, ignorando otros aspectos que pueden ser cruciales para el interés del adulto. Por lo tanto, es conveniente usar frases cortas, palabras sencillas y especificar la significación de los términos empleados. Asimismo, se asevera que el profesional actuante debe buscar una narración lo más completa posible, en primer lugar, a través de preguntas generales para establecer un buen “rapport”⁹¹. Luego pasar al relato del hecho efectuando interrogaciones abiertas y sólo en un momento posterior hacer uso de preguntas más focalizadas, subrayando que el entrevistador debe abstenerse de formular cuestiones que incluyan datos que no fueron mencionados por el niño. Ver Lucero Inés, “El Testimonio de Niños en el proceso penal” ed. ad hoc, 2011.

se pretende como interés prioritario, que esta figura debería reservarse para casos particulares, es decir para el diligenciamiento de actos con especiales dificultades técnicas y que los letrados no puedan afrontarlo, aplicando sus propios conocimientos específicos. A tal fin, en la proposición de un consultor técnico, la parte deberá expresar el motivo por el cual considera que el acto procesal ordenado no pueda intervenir sin el acompañamiento del experto, es decir justificar que el acto a diligenciarse requiere de especiales conocimientos. Tal como se adelantó, si bien la norma guarda silencio al respecto, consideramos que esta justificación obedece a la finalidad de no dilatar innecesariamente el proceso, sin menguar el derecho de defensa, puesto que su eventual rechazo deberá ser justificado por el órgano judicial interviniente.

En relación al nombramiento del consultor técnico por parte del órgano judicial, piénsese que si existe un “deber” del órgano judicial en recurrir al trámite de las pericias cuando se ha verificado que para descubrir o valorar un elemento de prueba es necesario un conocimiento especial, puesto que “no puede saberlo todo”⁹², pensamos que no existe obstáculo para que, en caso de resultar ineludible, nombre un consultor técnico a los fines de que lo asista en un acto procesal, permitiendo ejercer una adecuada dirección procesal en temas que escapan a su saber, por requerir conocimientos muy específicos, los cuales se van acrecentando en nuestra sociedad, en particular con el avance de la tecnología.

⁹² Cafferata Nores, José y Hairabedián, Maximiliano “La prueba en el proceso penal” 6° ed. Lexis Nexis, 2008, pág. 67.

II. EL NUEVO ART 312 CPP (LEY 10.457)

COMENTARIO AL NUEVO ART 312 CPP (LEY 10.457)

Por José Cafferata Nores

Introducción

El art 312 CPP, con las modificaciones introducidas por la ley n° 10 457, reza en la actualidad:

“Carácter de las actuaciones. El sumario podrá ser examinado por las partes y sus defensores a partir de la declaración del imputado o aun antes, si así lo autoriza el Fiscal de Instrucción o el Juez de Control a cargo de la investigación.

Se podrá ordenar el secreto de las actuaciones por resolución fundada, siempre que la publicidad ponga en peligro el descubrimiento de la verdad, con excepción de las actuaciones referentes a los actos mencionados en el artículo 308 de este Código.

El secreto no podrá durar más de diez (10) días y será decretado sólo una vez, salvo que la gravedad del hecho o la dificultad de su investigación exijan que aquella sea prolongada hasta por otro tanto. Pero si se lograre la detención de un prófugo o surgieren nuevas imputaciones el secreto podrá volver a decretarse del mismo modo.

En este caso, el Fiscal de Instrucción deberá solicitar autorización del Juez de Control y éste, cuando corresponda investigación jurisdiccional, a la Cámara de Acusación.

El sumario será siempre secreto para los extraños, con excepción de los abogados y auxiliares que tengan algún interés legítimo o si ello pusiera en serio peligro derechos de terceros en cualquier momento de las actuaciones.

Las partes, sus defensores, auxiliares y los sujetos mencionados en los párrafos anteriores estarán obligados a guardar secreto sobre los actos y constancias de la investigación. (según art. 22, ley 10547)”

II. Secreto “al sumario o (actuaciones)”

Sin desconocer la importancia de otras novedades incorporadas a la norma, vamos a detener nuestra atención en los siguientes párrafos, referidos al secreto impuesto por la ley al “sumario” (o actuaciones), hasta la declaración del imputado:

“El sumario podrá ser examinado por las partes y sus defensores a partir de la declaración del imputado o aun antes, si así lo autoriza el Fiscal de Instrucción o el Juez de Control a cargo de la investigación”...“El sumario será siempre secreto para los extraños, con excepción de los abogados y auxiliares que tengan algún interés legítimo o si ello pusiera en serio peligro derechos de terceros en cualquier momento de las actuaciones”.

1.- Comentando el artículo antes dijimos que exceptúa la regla de la reserva para quien no es parte, la permisión que se consagra para los abogados que tengan un interés legítimo, sea *propio o ajeno* (v.gr., de los pretensos actor y demandado civiles o, querellante, asegurador, etcétera). Estos abogados podrán ser también los asesores letrados que cumplan con tareas propias de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita (*Cafferata Nores- Tarditti, CPPP de Córdoba Comentado T II, p 22*)

Es que “no tienen aquél carácter (de extraños) los abogados que tengan algún interés legítimo desde el punto de vista profesional, sea particular o ajeno. Quienes no tengan la posibilidad de invocar esto, sin duda que deben ser considerados nomás, extraños a los fines legales”. (Torres Bas. *Código Procesal Penal de la Nación - Tomo II - págs. 74 y 75*).

Asimismo hoy el art 312 CPP permite examinar las actuaciones “aun antes” de la declaración del imputado, “si así lo autoriza el Fiscal de Instrucción o el Juez de Control a cargo de la investigación”. Una buena razón para conceder tal autorización, sería que quien así lo solicite, fuera un “abogado que es elegido como defensor o está en condiciones de serlo”, que quisiera conocer el caso antes de decidir la aceptación de la defensa del imputado (hipótesis prevista en el art 106, párrafo 2 del CPP Nacional, análogamente aplicable aquí, nos parece), con la única restricción de que se haya dispuesto el secreto de sumario (Torres Bas, *loc cit.*).

La reforma incluye dentro de la excepción a los “auxiliares” previstos en el nuevo art 127 bis CPP que podrán eventualmente designar “las partes” para que “colaboren en su

tarea” bajo “su vigilancia” pero sin poder “sustituir a quienes ellos auxilian en los actos propios de su función” (novedad que merece un comentario especial que excedería los límites de éste).

3. La actual redacción del art 312 CPP puede también contribuir a solucionar un problema importante, relacionado sobre todo con los delitos de tránsito, que no había recibido un eco jurisprudencial favorable. Se trata de la vigencia efectiva de la ley nacional de seguros 17418, que en su art 117 acuerda a la aseguradora treinta días desde que se denuncia un siniestro (en este supuesto, constitutivo o relacionado con un delito) para ejercer la facultad de rechazar su cobertura, si hubiera alguna causal legal o contractual para ello. Si no se rechaza en ese lapso, pierde (en principio) tal derecho y el siniestro se considera aceptado.

La anterior prohibición de acceso a las constancias del “sumario” en virtud del secreto impuesto por el art 312 CPP (legislada para procurar asegurar el éxito de la investigación del delito presuntamente cometido) obligaba - se dijo- a las Aseguradoras a ejercer esta facultad de la ley 17418 “ a ciegas”: el no poder acceder a la causa penal a que dio origen el hecho presuntamente delictivo que constituye un “siniestro” para ella (un “siniestro-delito” o viceversa, podría llamárselo coloquialmente) para analizar la eventual existencia de una causal de rechazo, le restaba efectividad frente al asegurado, y comprometía sus intereses contractuales y los fines sociales del contrato de seguro, pues la restricción solía llevar a la aseguradora a :

A.- a rechazar siniestros por “las dudas”, con perjuicio para el asegurado a quién debe mantener patrimonialmente indemne frente a reclamos de terceros damnificados y serio compromiso para el derecho de estos a una justa reparación del daño sufrido;

B.- o a dejar pasar el término de treinta días, sin hacerlo, perdiendo así el derecho al rechazo por no haber podido conocer la existencia de una circunstancia que le hubiera permitido ejercerlo (vgr, grave estado de ebriedad del asegurado-imputado), lo que ocasionaría al asegurador un indebido perjuicio.

Se argumentó que la mecánica aplicación de una ley procesal de Provincia (en este caso, el anterior art 312 CPP) no podía importar un impedimento para el legítimo ejercicio de un derecho conferido por una ley dictada por el Congreso Nacional (en este

caso, el art 117 de la ley 17.418), pues ello sería inconstitucional, por inobservar la prevalencia normativa establecida por el art 31 de la Constitución Nacional.

Poco éxito tuvieron estas razones, aun invocándose -mas recientemente- el derecho a la tutela judicial efectiva oportuna, previsto en la normativa supranacional sobre derechos humanos (art 8.1 CADH), hoy de nivel constitucional (art 75 inc 22 CN). En general no se exceptuó del secreto a las Aseguradoras ni siquiera bajo la invocación de la naturaleza y fines de aquella garantía (la tutela judicial efectiva), que consiste, no solo en reconocer derechos a las personas, sino además en la obligación estatal de proporcionar medios idóneos para ejercerlos ante la justicia, que debe resolver en un tiempo razonable y oportuno para el ejercicio efectivo del derecho en cuestión.

A partir de esta nueva redacción del art 312 CPP, las Aseguradoras tendrán un respaldo legal para ejercer el derecho conferido por el art 117 de la ley 17.418, que ya lo tuvieron reconocido en el CPPCba de 1970 en forma expresa, siendo luego esa disposición suprimida alegándose una desigualdad favorable a aquellas (Cfr Cafferata Nores, Jose I *Posibles soluciones a dos problemas que plantea la intervención del asegurador* en “Revista de Estudios Procesales” -Rosario- n°29)

El argumento mas corriente fue que, como los abogados de las Aseguradoras generalmente y por razones contractuales serian los que deberían atender al imputado asegurado en su declaración como tal, llegarían a esa instancia con un conocimiento previo de las actuaciones sumariales y sus pruebas, inconveniente para la investigación y prohibido por el secreto legal que el propio art 312 CPP establece. Además - se decía- este conocimiento era un privilegio a favor de la defensa de aquellos imputados-asegurados, frente a otros casos en donde los imputados no estuvieran a la vez asegurados, con violación al principio, de nivel constitucional (art 75 inc 22 CN) de igualdad ante “los tribunales de justicia” (PIDCyP, art 4.1,) y ante la ley CN art 16).

Pero este argumento actualmente ha perdido su anterior importancia. Porque

A. la nueva redacción del art 261 CPP autoriza para todos los casos de declaración del imputado, el conocimiento directo de éste de la causa y sus pruebas, en el momento de la intimación y con anterioridad a su decisión de declarar o abstenerse de hacerlo: “*y cuáles son las pruebas existentes en su contra, haciéndole saber que tiene acceso previo a las mismas*”, reza textualmente la norma. O sea que el tan temido

conocimiento por parte del imputado y su defensor de las constancias del “sumario”, antes de decidir “hablar o callar”, hoy no es legalmente considerado un “peligro” para la investigación. Este último argumento - expresión de un fuerte “resabio inquisitivo”- ha quedado más debilitado aún con la incorporación al art 262 CPP del derecho del imputado a *“acompañar, una vez concluida su declaración, un memorándum escrito como complemento de la misma”* (novedad que también merece un comentario especial, que excedería los límites de éste trabajo) que al ser regulado como parte integrante de ella, le resultan atribuibles todas las connotaciones de tal, derecho que es perfectamente extensible al supuesto de que se abstenga de declarar.

B. la nueva redacción el art 312 CPP prevé que partes y defensores examinen las actuaciones, no solo después de la declaración del imputado, sino *aun antes, si así lo autoriza el Fiscal de Instrucción o el Juez de Control a cargo de la investigación*, autorización que puede concederse también a quienes acrediten un interés legítimo;

C. la nueva redacción el art 312 CPP excepciona el secreto del “sumario” para los extraños, si ese secreto *pusiera en serio peligro derechos de terceros en cualquier momento de las actuaciones*”, como sería el derecho que el art 117 de la ley n° 17418 reconoce a las Aseguradoras (al que nos hemos referido precedentemente);

D. y adviértase que tal derecho que puede ser ejercido sin interesar el “momento” en que se encuentren “las actuaciones”, lo que permite interpretar que la excepción rige aun antes del “momento” que el imputado preste declaración.

Por cierto que esta nueva redacción de los arts 312 y 262 CPP deberá ser un criterio trascendente para controlar la razonabilidad de las negativas de algunos Fiscales a permitir este acceso, argumentando que el expediente se encuentra bajo secreto legal, aún a sabiendas de que esa reserva podrá durar muchos meses o quizás años.

Por último se señala que no será posible escudar tal negativa en pretendidas deficiencias de recursos para cumplir con los actos necesarios para levantar la reserva legal: si el Poder Judicial presta un servicio a los ciudadanos que lo costean, cuyas deficiencias les puedan generar perjuicios, no puedan hacérselos pagar a estos.

Cabe reiterar que debe pensarse seriamente en que esta negativa puede determinar en rechazo del siniestro que la aseguradora debe cubrir, lo que

configurará en cualquier caso un perjuicio (aunque sea el provisional de la demora en cubrirlo) para quien ha resultado víctima de ese siniestro, tanto si lo fuera el propio asegurado (vgr, seguro contra robo) como si lo fuese un tercero (vgr seguro de responsabilidad civil frente a terceros).

III. Conclusión

Resulta aplicable a esta problemática la jurisprudencia que establece que “en supuestos ...en los que se encuentra en juego la interpretación de una norma procesal, es aplicable el principio con arreglo al cual las leyes deben interpretarse teniendo en cuenta el contexto general y los fines que la informan, de la manera que mejor se compadezcan y armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías constitucionales, en tanto con ello no se fuerce indebidamente la letra o el espíritu del precepto que rige el caso (CSJN Fallos: 256:24; 261:36; 307:843; 310:933 y sus citas)...incluso, que en casos no expresamente contemplados, ha de preferirse la inteligencia que favorece y no la que dificulte aquella armonía y los fines perseguidos por las reglas (Fallos: 303:1007, 1118 y 1403, entre otros)”.

Al amparo de esta interpretación se procura encontrar en las disposiciones legales y constitucionales invocadas un aceptable equilibrio entre el **interés individual** y el **interés social**, haciendo prevalecer de acuerdo al momento del proceso a uno y a veces a otro, tal como lo aconseja el Tribunal Constitucional Español al utilizar el método de interpretación de las normas jurídicas llamado “balancín-test” o teoría de valores. Así, el secreto de las actuaciones del art 312 CPP impone una limitación al **interés individual** directo del asegurador (asegurado y víctimas del “delito-siniestro”) en el acceso a la información obrante en ellas, en tanto tal reserva puede ser necesaria para asegurar la regular y efectiva persecución penal que persigue el “**interés social**” cuyo **éxito** el aludido conocimiento del imputado puede llegar a entorpecer. Sin embargo este interés social debe **ceder** cuando el secreto no es necesario para tal logro, o su **duración** resulta excesiva frente a las circunstancias del caso, poniendo así en riesgo la vigencia y alcances del art 117 de la Ley de Seguros en perjuicio del asegurador, el asegurado o las víctimas del delito- siniestro; y con perjuicio del derecho de imputado y víctima a obtener una resolución judicial en un plazo razonable (art 14.3.c PIDCyP; art 1 CPP).

IMPLICANCIAS DEL NUEVO ART. 312 DEL CPP

Por Valeria Paula Rissi

I. Introducción

Con fecha 23 de mayo de 2017, mediante Ley 10457, la Legislatura de la Provincia de Córdoba aprobó una reforma parcial al Código Procesal Penal de nuestra Provincia Ley 8123, publicada en el Boletín Oficial con fecha 16/06/2017.

Esta reforma abarca diversos aspectos, algunos de los cuales importan modificaciones sustanciales que exceden el objeto del presente trabajo, el cual se circunscribirá al carácter de las actuaciones y a las implicancias de la nueva redacción del art. 312 del mencionado Código Procesal Penal, como así también al análisis de los diversos interrogantes que a partir de aquel pueden derivarse.

Dicha norma actualmente establece (con destacado en negrita de las modificaciones) lo siguiente: “Carácter de las actuaciones. El sumario podrá ser examinado por las partes y sus defensores a partir de la declaración del imputado **o aun antes, si así lo autoriza el Fiscal de Instrucción o el Juez de Control a cargo de la investigación.**

Se podrá ordenar el secreto de las actuaciones por resolución fundada, siempre que la publicidad ponga en peligro el descubrimiento de la verdad, con excepción de las actuaciones referentes a los actos mencionados en el artículo 308 **de este Código.**

El secreto no podrá durar más de diez (10) días y será decretado sólo una vez, salvo que la gravedad del hecho o la dificultad de su investigación exijan que aquélla sea prolongada hasta por otro tanto. **Pero si se lograre la detención de un prófugo o surgieren nuevas imputaciones el secreto podrá volver a decretarse del mismo modo.**

En este caso el Fiscal de Instrucción deberá solicitar autorización al Juez **de Control** y éste, cuando corresponda investigación jurisdiccional, a la Cámara de Acusación.

El sumario será siempre secreto para los extraños, con excepción de los abogados y **auxiliares** que tengan algún interés legítimo **o si ello pusiera en serio peligro derechos de terceros en cualquier momento de las actuaciones.**

Las partes, sus defensores, **auxiliares** y los sujetos mencionados en los párrafos anteriores estarán obligados a guardar secreto sobre los actos y constancias de la investigación."

En primer término corresponde indicar que, como expresión del carácter limitadamente público que tiene la investigación penal preparatoria, ésta resulta, salvo excepciones, siempre secreta para los extraños, y aún para las partes hasta el momento de receptar declaración al imputado, quien, conforme la redacción actual del art. 261 del CPP, previo a ello puede acceder a las actuaciones. Pero además, porque aún luego de aquella, puede ordenarse nuevamente el secreto en caso que exista un temor fundado de que, a partir del conocimiento de los actos que se están practicando o de sus resultados, se pueda perjudicar el descubrimiento de la verdad o bien si se lograre la detención de un prófugo o surgieren nuevas imputaciones. Es por ello que la misma norma mencionada habilita al Fiscal de Instrucción a requerir autorización al Juez de Control (o a que éste lo requiera a la Cámara de Acusación en caso de Investigación Jurisdiccional), pudiéndose ordenar el secreto por el término de diez días, debiendo explicitarse los fundamentos en que se sustenta tal decisión.

Previo a analizar las implicancias de las modificaciones introducidas por la Ley 10457 al art. 312 del CPP estimo pertinente recordar cuál es el fundamento que lo sustenta.

En este sentido, calificada doctrina (cf., CAFFERATA NORES, José I., TARDITTI, Aída, *Código Procesal Penal Comentado*, Mediterránea, Córdoba, 2003, T. 2, p. 22) ha señalado que "...El público, los 'extraños' al proceso no deberían poder enterarse del desarrollo de la investigación preparatoria, ya que ésta es 'secreta' para aquéllos. Ello es así, tanto en resguardo del éxito de las diligencias probatorias (que podrían frustrarse por su difusión, sobre todo si es anticipada), como de la reputación del imputado (procurando evitar su estigmatización social por simples sospechas, que no por fundadas dejan de ser sólo eso)... Muy diferente es esta cuestión en relación con las partes del proceso y, por cierto, de sus defensores. La regla aquí es la publicidad interna y, por tanto, son excepcionales las limitaciones. El imputado, el querellante particular y los defensores tienen derecho a examinar las actuaciones en las que se documenta la investigación, después que el primero haya prestado declaración (o se haya abstenido de hacerlo)", aunque aclarando que esta última limitación es un remanente en las leyes procesales de la fuerte tradición del secreto de las actuaciones, que procuraba evitar el conocimiento de éstas por el imputado que podría "poner en peligro la suerte de la

indagación, al suministrarle los elementos para que se defienda” (cf., VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, T. II, P. 406).

II. Lineamientos Jurisprudenciales del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba

Por otro lado, y pese a la literalidad que anteriormente presentaba el artículo que comentamos, corresponde precisar que a fin de solucionar los inconvenientes suscitados en aquellas causas en que no se había logrado individualizar al autor, y con ello, no se verificaba el momento estipulado por la ley procesal para acceder al contenido de las actuaciones, el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba sentó algunos lineamientos que no sólo permitieron superar aquel impedimento legal, sino que brindan un marco interpretativo que contribuye al presente análisis.

Así, el Máximo Tribunal de nuestra Provincia, en autos: **“Actuaciones Labradas por la Unidad Judicial Nro. 19, en sumario Nro. 3460/01 con motivo de la denuncia formulada por Norma Edith Bernasconi”, S. n° 101 del 13/10/04**, sostuvo que la regla del art. 312, como “resabio de la fuerte tradición del secreto en la investigación previa al juicio pensada más bien en impedir el acceso del imputado presumiendo un riesgo potencialmente para los fines del proceso” supone una restricción provisoria, y por ello, tolerable para las garantías constitucionales imbricadas, al acceso de las partes a las actuaciones porque fija un plazo razonable que se extiende hasta su declaración. Asimismo, remarcó que en las causas en que se ha dispuesto una medida de coerción restrictiva de la libertad, dicho plazo es aún más breve -veinticuatro horas, extensible por otro tanto, si concurren los motivos taxativamente enumerados-, pero aún en los restantes procesos, en los que no se ha estipulado un término para receptar la declaración al imputado, esta debe recibirse “prontamente” con el objeto de garantizar una “adecuada protección de la defensa en juicio que se comprometería no sólo por la omisión de practicar ese acto esencial, sino también porque hasta que ello no ocurra se produce la sustracción del contralor en la recepción de las pruebas”, e invocaron profusa doctrina en apoyo de sus afirmaciones.

Pero además, el Tribunal Superior de Justicia remarcó que “la restricción breve para el acceso de las partes a las actuaciones resulta tolerable porque supone que se trata de un proceso en el cual haya imputado, es decir que las pruebas recogidas hayan posibilitado un mérito provisional -sospecha bastante- para sustentar que una o varias personas hayan participado en un hecho punible”.

Por el contrario, “en los procesos con autores no individualizados, en los cuales la continuidad de la investigación preparatoria realizada exclusivamente por el acusador público, cuando supera el término estándar establecido ordenatoriamente para su duración (tres meses, C.P.P., 337) sin que haya logrado arribar al mérito provisional para imputar a alguien el hecho prima facie delictivo, en la medida que implica mantener prolongadamente la menguada intervención del acusador particular (querellante), cristaliza una situación que no ha sido contemplada por el legislador al establecer el secreto sólo por un tiempo razonable. Es verdad que en tal situación -igualmente cuando está individualizado el imputado- el querellante puede proponer pruebas para acreditar el hecho y la responsabilidad del imputado (C.P.P., 94), como sostiene el tribunal de apelación, pero no menos cierto es que ejercer estas facultades ‘a ciegas’, por no poder acceder a las constancias de la causa, les resta efectividad”. En función de ello, y tras desarrollar los derechos inherentes a la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva, la cual importa no sólo el reconocimiento de aquellos sino también posibilitar los medios para idóneos para ejercerlos, el Máximo Tribunal de nuestra provincia anuló el auto que había denegado el acceso del querellante particular a las actuaciones, analizando las particularidades que se presentaban en el caso concreto y de cuyas conclusiones se desprenden diversos aspectos que resulta propicio resaltar: **“Si la efectividad del derecho de la víctima resulta comprometida**, por efecto de la interpretación extensiva que ha formulado el tribunal de apelación en un **proceso en donde no hay autores individualizados**, en el que ha **transcurrido con creces el tiempo estándar de la duración de la investigación preparatoria** y **no concurren motivos que justifiquen un peligro real para la consecución de los fines de la investigación**, las reglas constitucionales relacionadas con las **garantías para las víctimas**, habilitan sustento bastante para posibilitar el acceso a las **actuaciones sin imputado actual**”.

Sobre la base de los parámetros delineados, se resolvió jurisprudencialmente otro planteo suscitado en torno al art. 312 del CPP, pero con la particularidad que sí había una persona que no sólo estaba identificada, sino que ya había sido imputada, solo que no se le había receptado declaración. En el marco de esa investigación, el querellante particular solicitó el acceso a la causa y la expedición de copias fotostáticas, planteos que fueron rechazados por el Fiscal de Instrucción interviniente con fundamento en las previsiones de aquella norma y con el argumento que no resultaba aplicable la jurisprudencia precedentemente citada por cuanto aquella aludía al supuesto en que no había autor individualizado. No obstante, a través de la oposición que presentó el

querellante, se expidió el Juzgado de Control en lo Penal Económico haciendo lugar a ambas peticiones. Así, en autos caratulados **“Tersou Philipee Michel p.s.a. Defraudación por administración fraudulenta”**, mediante A. n° 39 del 22/6/2011, el mencionado Tribunal revocó la decisión del Fiscal de Instrucción en atención a que “la única diferencia -con la jurisprudencia invocada- radica en la existencia de un **autor individualizado**, el que fuera **imputado formalmente** en mayo del año 2008 (ver fs. 85), en el marco de una investigación iniciada en abril del año 2008 **-han transcurrido más de tres años de duración de la investigación-**, en la cual **hasta el presente el incoado no ha prestado declaración indagatoria**. Así las cosas, entiendo que la conclusión no puede ser otra que afirmativa. En efecto, en el marco de las circunstancias señaladas en este caso concreto, no es necesario dar demasiados rodeos para sostener que la única manera de que el querellante particular ejerza los derechos de la garantía bilateral que con raigambre constitucional le ha sido reconocida, es permitiéndole el acceso al expediente”. En función del análisis de las particularidades de la causa, la Juez de Control concluyó “De todo lo expuesto, a mi criterio, se deduce claramente que lo relevante a la hora de establecer en un caso concreto cuándo al querellante particular se le están cercenando las facultades reconocidas constitucionalmente en la investigación penal preparatoria, no radica precisamente en la existencia o no de autores individualizados, sino que lo relevante concierne al tiempo de la restricción de acceso a las actuaciones a la parte -plazo razonable- y a la existencia de peligros para los fines de la investigación. En el caso bajo análisis no puede decirse que tal restricción tenga el carácter de “breve” (han transcurrido más de tres años) y, por otro lado, tampoco se advierte algún peligro real para los fines del proceso, que posibilite se ordene fundadamente el secreto de sumario por parte del Instructor, lo que también por cierto tiene un tiempo limitado (CPP, 312)”. Pero además, se tuvo en cuenta que “de las constancias de autos se advierte que no resulta fácilmente asequible la comparencia del imputado para concretar el acto procesal aludido. De modo tal que, a esta altura del proceso, en el caso de marras, de no permitirse el acceso al expediente del querellante particular, se le estaría negando la tutela judicial efectiva imbrincada en la garantía bilateral que le es reconocida constitucionalmente en el proceso penal, tornándose ilusorio y abstracto sus derechos de acceso a la justicia y de protección judicial efectiva”.

III. Diferencias entre las legislaciones provinciales

Paralelamente, resulta oportuno analizar el diferente tratamiento que le han dado a esta cuestión diversas legislaciones provinciales, en algunos casos fijando un término objetivo a partir del cual se permite el acceso a las actuaciones, en otros casos supeditándolo a la realización de un acto –tal como la imputación formal o la intimación del hecho al imputado-, o bien disponiendo directamente su publicidad, salvo que se ordene fundadamente el secreto y por un tiempo determinado.

Al respecto, el Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza establece, en su art. 324, que “El sumario o legajo podrá ser examinado por las partes **desde la imputación formal**, salvo que el fiscal determinare el secreto de las actuaciones, el que no podrá exceder de diez (10) días, prorrogables por el Juez de Garantías por el mismo plazo. **Si no existiere imputación formal, sólo podrá ser examinado por el querellante particular**, y por el citado y su defensa en el caso del Artículo 318. **La reserva de las actuaciones no podrá exceder el plazo de un (1) mes**. En causas correccionales no habrá reserva de actuaciones”.

Por su parte, el CPP de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dispone en su art. 102 que “El legajo de investigación será público para las partes y sus defensores/as y/o letrados/as o quienes tengan interés legítimo **a partir de la intimación del hecho y la constitución de querellante, según el caso**, quienes lo podrán examinar libremente en cualquier momento, salvo que se haya dispuesto el secreto de la investigación. Las audiencias orales que se realicen durante la instrucción serán públicas, excepto cuando el tribunal, de oficio o a pedido de parte, disponga que sean reservadas por motivos de seguridad, para garantizar derechos de las partes o el resultado de la investigación. El fiscal por resolución motivada podrá disponer la reserva parcial de las actuaciones imprescindibles para no frustrar la eficacia de las medidas dispuestas, hasta que concluyan las diligencias y por un plazo que no podrá superar los diez (10) días. No obstante, podrá decretarse nuevamente la reserva si aparecieren otros/as imputados/as o cuando la eficacia de un acto en particular dependa del secreto de las actuaciones. En tales casos el secreto se limitará al tiempo indispensable para orientar la investigación o cumplir con el acto ordenado, que no podrá exceder de diez (10) días. El secreto de la investigación no impedirá que el/la imputado/a y su defensor/a conozcan todas las pruebas existentes en su contra al momento de informársele los hechos imputados”.

En el otro extremo puede mencionarse la regulación del CPP de la Provincia de Buenos Aires, que en su art. 280 estipula que **“Todos los procedimientos son públicos.** No obstante, en las causas criminales y en la Etapa Penal Preparatoria, cuando fuera necesario para la investigación del hecho, podrá disponerse el secreto de la investigación sólo por cuarenta y ocho (48) horas siempre que la publicidad ponga en peligro el descubrimiento de la verdad, entorpezca las diligencias o quite eficacia a los actos, realizados o a realizarse, siendo prorrogable por veinticuatro (24) horas, todo lo que deberá resolverse por auto fundado. Dicha medida no será oponible al Ministerio Público Fiscal, ni tendrá efecto sobre los actos irreproducibles”.

III. Conclusión

En función del análisis precedente, entiendo que, al establecer el actual art. 312 de nuestro CPP que la regla es el secreto de las actuaciones hasta la declaración del imputado, el Fiscal debe brindar los motivos que autorizan el acceso previo a aquellas y no a la inversa; es decir, que el Fiscal no debería estar obligado a expresar los motivos en que sustenta su decisión de cumplir con lo que establece la ley, salvo, claro está, que quien pretenda la aplicación de la excepción esgrima fundamentos que la respalden, en cuyo caso el director de la investigación deberá explicitar las razones de su negativa, en atención a la obligación emergente del art. 155 de la Constitución Provincial.

No obstante, entiendo que la imposibilidad de acceder a las actuaciones hasta la declaración del imputado es la regla, considero oportuno emitir mi opinión en cuanto a los supuestos que podrían configurar las excepciones referidas en el párrafo que antecede, sin que se agoten en ellas atento el dinamismo que cada causa y cada investigación puede presentar en tal sentido.

Así, podría suceder que, aún con una denuncia reciente, se hayan adoptado todas las medidas posibles tendientes a la individualización del autor o de los partícipes, y no obstante, la pesquisa haya resultado infructuosa, en cuyo caso entiendo que se debe permitir el acceso al querellante particular, no solo para evidenciar las razones de tal resultado, sino también para permitirle coadyuvar con la investigación. Es lo que ocurre, por ejemplo, con el delito de estafa previsto por el art. 173 inc. 16 C.P., por cuanto en la mayoría de los casos los avances tecnológicos permiten a sus autores actuar en el

anonimato, a través de medios informáticos enmascarados o de muy dificultosa ubicación.

Por cierto que lo mismo debería ocurrir en aquellas causas en que transcurra un “tiempo razonable y prudencial” desde el inicio de la investigación, sin que las medidas adoptadas hayan permitido obtener resultados favorables o no se avizore que el estado de la causa se vaya a revertir a la brevedad.

En sintonía con ello, y a propósito de los términos “razonable” y “prudencial” que son precisamente los que fijó como parámetro el Tribunal Superior de Justicia en el primer fallo analizado, entiendo que en causas muy complejas, en las existan por ejemplo multiplicidad de denunciados y denunciados, o en que las maniobras investigadas entrañen particularidades que exijan un cuidadoso y profundo estudio del material probatorio que se recabe a los fines de determinar con precisión si se verifican los motivos bastantes exigidos por el art. 306 del CPP para sospechar que una persona determinada participó en hechos delictivos concretos, en qué circunstancias se verificaron, con qué modalidad y de qué manera, para así poder luego convocarla a prestar declaración con los “detalles” exigidos por el art. 261 del mismo cuerpo legal, la reserva de la investigación debería resultar inherente a ella, y es precisamente por esta razón que entiendo que es la propia ley la que reserva la decisión de acceso previo al Fiscal de Instrucción, como director de la investigación, facultándolo para autorizarlo, pero no encontrándose obligado a ello. Y, en consonancia con lo expresado, el mismo código estipula en el art. 310 que, salvo que se trate de actos definitivos e irreproducible, se permite a los defensores asistir a los demás actos de investigación siempre que ello no ponga en peligro los fines del proceso.

No obstante, considero que en tal contexto, y a fin no sólo de no cercenar los derechos inherentes a la garantía de tutela judicial efectiva del querellante particular sino también con el fin de que pueda ejercer su rol de coadyuvar con la investigación, éste debería ser informado de las medidas que se están adoptando, sobre todo para evitar ofrecimientos de prueba impertinentes o sobreabundantes, siempre y cuando su divulgación no entrañe un riesgo para aquella, y en todos los casos, bajos las previsiones del propio art. 312 que en su último párrafo impone el deber de “guardar secreto sobre los actos y constancias de la investigación”.

Al respecto, resulta ilustrativo lo sostenido por la Cámara en lo Criminal y Correccional de Undécima Nominación, ya en el año 2003, en un conocido precedente

suscitado con relación a la investigación de un homicidio en el que no se había logrado individualizar al autor, oportunidad en que el Tribunal señaló que “el querellante particular tiene derecho a tomar conocimiento directo de la marcha de la investigación en un tiempo razonable, para que habida cuenta de su calidad de acusador adhesivo pueda ejercer plenamente sus facultades, que incluso podrían llegar a suplir la inactividad o falta de medios del Ministerio Público”, pero también remarcó que existen casos en que es el propio querellante particular quien puede poner en peligro la consecución de los fines del proceso y el descubrimiento de la verdad, por ejemplo, si resultare imputado como autor, partícipe o encubridor, o en caso que su intervención devenga en un conflicto entre intereses propios y los de la investigación, por lo que se señaló, tal como aquí se lo propugna, que la decisión que en tal sentido se adopte dependerá de “la marcha de la investigación y de la complejidad de las medidas probatorias” (**“Recurso de Queja presentado por el Ab. Marcelo Brito en autos Actuaciones labradas en sumario 106/02 con motivo del homicidio de Candelaria Eddy Formento” A. n° 6 del 24/02/03**).

Por otro lado, en lo atinente a los terceros legitimados para acceder a las actuaciones solo quiero agregar, con relación a los comentarios efectuados por el Dr. Cafferata Nores respecto de este nuevo art. 312 del CPP, que recientemente la Fiscalía General, mediante Instrucción General 1/18, se expidió concretamente respecto de las causas vinculadas a los siniestros viales, instruyendo a los Fiscales de Instrucción con relación a la información que se debe brindar a solicitud de los interesados. En este sentido, se tuvo en cuenta la necesidad de quienes ostentan un interés legítimo de contar con datos mínimos a fin de hacer efectivos trámites judiciales o administrativos, cuya negativa o demora podría perjudicar o limitar derechos de los justiciables, invocando como ejemplo precisamente el caso de los trámites ante la compañía de seguro. En virtud de ello, y en atención a la existencia de criterios disímiles por parte de las Fiscalías de Instrucción a la hora de proveer tales solicitudes, pese a que dicha información “no afecta el secreto de sumario (art. 312 del CPP)” el Sr. Fiscal General resolvió “Instruir a los Sres. Fiscales de Instrucción para que, ante la solicitud de personas que demuestren un interés legítimo en causas iniciadas con motivo de siniestros viales, brinden, a la brevedad y cualquiera sea el estado procesal, los siguientes datos: carátula y número de sumario o expte., fecha y lugar del hecho, vehículo/s intervinientes, compañía/s en la que se encuentra/n asegurado/s, datos filiatorios y domicilios de las personas involucradas”.

Paralelamente, también resulta oportuno mencionar que la Cámara de Acusación, previo a la reforma que aquí nos ocupa, tuvo oportunidad de expedirse sobre el carácter del tercero legitimado (A. n° 435 del 20/11/2008, “Actuaciones labradas por la Unidad Judicial Accidentología Vial en Sum. N° 1.615/07. La Holando Sudamericana Compañía de Seguros S.A. - Solicita copias”), en ese caso apoderados de una compañía de seguros, que recurrían la negativa a la solicitud de copias requeridas invocando como agravio que tal decisión privaba a su representada de la posibilidad de analizar si le corresponde o no afrontar alguna responsabilidad con relación al siniestro objeto de ese sumario, siendo que, en función de lo previsto por los arts. 46 y 117 de la ley 17.418, el asegurador está facultado para examinar las actuaciones administrativas o judiciales motivadas o relacionadas con la investigación. En dicha oportunidad, la solicitud fue rechazada tanto por el Fiscal de Instrucción como por el Juez de Control y la Cámara de Acusación, quienes en atención a lo previsto por el art. 312 y considerando que aún no se había receptado declaración al imputado y que restaban medidas probatorias por diligenciar, como así también que en función de la fecha de acaecimiento del supuesto ilícito la marcha de la investigación se estaba desarrollando en un tiempo razonable, por lo que no resultaba aplicable la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia analizada al comienzo de la presente. Pero más allá del análisis efectuado en ese caso particular, estimo relevante enfatizar un aspecto destacado por el Tribunal de apelación y es precisamente el atinente a la acreditación del interés legítimo de quien pretende el acceso de información obrante en las actuaciones. En ese caso particular se señaló que si bien los peticionantes habían referido que en el siniestro vial objeto de investigación había tenido intervención un vehículo asegurado por la compañía que representan, no acompañaron constancias que sustenten sus manifestaciones, siendo que, tal como lo remarcó el Tribunal, “será este extremo el que justifique el acceso a las actuaciones de quien resulta ajeno a ellas, por no ser parte en el respectivo proceso”.

Finalmente, un breve comentario referido a un aspecto que también se planteó en el fallo precedentemente mencionado y sobre el cual se expidió el Juez de Control interviniente y que podría suscitarse en torno al actual art. 312 del CPP, y es el relativo al momento en que los terceros legitimados, es decir, que no son partes, pueden tomar conocimiento de las actuaciones. En este sentido considero que, más allá de la particular situación planteada en torno a los siniestros viales y a la Instrucción dictada por el Sr. Fiscal General, en los restantes supuestos no podría invocarse un mejor

derecho por parte de los terceros que de las propias partes. Es decir, si éstas solo pueden tener acceso a las actuaciones luego de la declaración del imputado, tal regla debe regir también para los terceros, cualquiera sea la legitimación invocada. Al respecto, el Juez de Control N° 8, en el fallo recurrido, indicó que: “una correcta interpretación de dicha norma -la del art. 312- y de sus fines conduce a sostener que la regla es que la investigación preparatoria es siempre secreta para los que resulten ajenos a ella, salvo para los abogados mencionados, por lo tanto, la permisión de acceso para los legítimamente interesados no es una excepción a la limitación establecida a las partes (posibilidad de examen de las actuaciones luego de la declaración de imputado -CPP, art. 312, 1° párr.-) sino una excepción a la limitación o reserva establecida para los extraños”, por lo que concluyó que respecto de los abogados que tienen un interés legítimo rige también lo dispuesto para las partes, es decir, que pueden acceder a las constancias de autos luego del acto de declaración de imputado.

Es en ese marco que también entiendo debe ser analizada la previsión contenida en el art. 106, 2° párrafo del Código Procesal Penal de la Nación, en cuanto si bien establece que: “El defensor tendrá derecho a examinar los autos antes de aceptar el cargo” estipula como excepción que haya “secreto del sumario”. Y, por su parte, el art. 204 del mismo cuerpo normativo prevé que “El sumario será público para las partes y sus defensores, que lo podrán examinar después de la indagatoria, dejando a salvo el derecho establecido en el segundo párrafo del artículo 106”. Ahora bien, tal previsión no podría afectar el principio constitucional de igualdad, por ejemplo, entre el querellante particular, que siendo parte no puede acceder a las actuaciones hasta la declaración del imputado, y el futuro defensor del eventual imputado -denunciado- que, para determinar si aceptará o no el caso, pretende el acceso a la causa. Resulta claro que será recién, una vez convocado aquél para que ejerza la facultad de designar abogado defensor, que podrá el letrado acceder previamente a las actuaciones para decidir si acepta o no la propuesta. Idéntica interpretación resulta aplicable, a mi criterio, con relación al actual art. 261 del CPP, en cuanto estipula que el imputado puede tener acceso a las actuaciones previo a decidir si efectuará manifestaciones en su defensa o se abstendrá de ello, pero en el acto mismo de la declaración, y así está estructurado en el mismo código al establecer que se le debe informar a aquél que le asiste este derecho al igual que las pruebas existentes en su contra y la calificación legal, entre otras.

En función de todo lo hasta aquí expuesto, entiendo que la actual redacción del art. 312 del CPP establece, como regla, el secreto de las actuaciones, con el objeto de garantizar la eficacia de la investigación y sus resultados, que podrían verse frustrados por el conocimiento que de las medidas adoptadas o a adoptarse puedan tener las partes sobre todo en causas complejas en los términos ya expuestos, peligro que, de no verificarse, puede conducir al Fiscal de Instrucción a autorizar el acceso previo a las actuaciones. Asimismo, y estimando que precisamente lo que esta norma procura es tutelar el curso de la investigación pero no para justificar que esta se realice a espaldas de los eventuales imputados sino sólo para impedir que se frustren los resultados de ciertos actos, es que coincido con la actual redacción del art. 261 en cuanto a que una vez convocado el imputado a prestar declaración, y previo a ella, se le debe permitir el acceso a la totalidad de las actuaciones y el conocimiento de las pruebas reunidas, con el objeto de garantizar el pleno ejercicio del derecho constitucional de defensa. Pero tal como se explicitó, a los fines de evaluar la razonabilidad y prudencia en cada caso, deberá atenderse a las circunstancias concretas que se planteen en torno a ellos, para evitar que aplicaciones literales de las normas o de sus propias interpretaciones conduzcan a resultados injustos para alguna de las partes o para la sociedad en su conjunto. Y, en este sentido, resulta ilustrativo el voto de la mayoría de la Cámara de Acusación en los autos **“Alfaro Farías” (A. n° 137 del 22/04/2012)** en los que si bien el Fiscal de Instrucción interviniente, al dictar el requerimiento de elevación a juicio, satisfizo la exigencia legal previa de receptar declaración al imputado, el Tribunal estimó que, en los hechos, se trató de un cumplimiento meramente formal de la garantía de defensa, por cuanto aquél fue convocado por primera vez a prestar declaración y el día hábil inmediatamente posterior se dictó el requerimiento mencionado, el que, por los motivos indicados, fue anulado. En este sentido, el Dr. Pérez Barberá señaló “...dado que el CPP de Córdoba no contiene una norma como la del art. 106 del CPP Nación (que concede expresamente al abogado defensor el derecho a examinar las actuaciones antes de aceptar el cargo), en nuestra provincia la primera declaración del imputado es utilizada estratégicamente por los defensores, muchas veces, como una mera formalidad para poder acceder a las actuaciones antes de aconsejar a sus asistidos una determinada defensa material, en virtud de lo dispuesto por el art. 312, primera parte, del CPP local, que permite a las partes el examen de las actuaciones sólo después de la primera declaración del imputado. Frente a ello, que el fiscal de instrucción se contente con esa primera declaración del perseguido penalmente para, acto seguido y de modo prácticamente inmediato, requerir la citación a

juicio, puede tener como consecuencia –al menos en determinadas circunstancias– el cierre de toda posibilidad a que incluso un abogado defensor diligente pueda ejercer su tarea técnica de modo efectivo, que es lo que quiere la Constitución. Esa conducta del fiscal puede significar, además, que en la práctica termine siendo letra muerta la norma del art. 266 del CPP, en tanto autoriza al imputado a declarar ‘cuantas veces quiera’ (siempre que, por cierto, su finalidad no sea sólo dilatoria o perturbadora). Y, finalmente, tal proceder del ministerio público puede llegar a tener en la práctica un efecto coactivo y restrictivo respecto a la defensa, lo cual es constitucionalmente inaceptable. En efecto: si dicho proceder se consintiera, se generaría en los sometidos a proceso un temor fundado a que, si no declaran materialmente en forma exhaustiva en esa primera oportunidad, no podrán ya hacerlo durante la investigación preliminar (pues corren el riesgo de que el fiscal pida la elevación a juicio sólo con esa primera declaración), con lo que se afectaría el derecho a no declarar o a abstenerse de ello que, de modo amplio, consagran los arts. 259 y 260 del CPP...”. Pero además, remarcó que “...Tratándose de un lapso prudencial, no es viable establecer un término fijo. Tampoco es necesario que el órgano persecutor penal dicte resolución alguna en el que fije un plazo. El plazo deberá adecuarse a las características del caso concreto, y ser en consecuencia más o menos extenso según la complejidad de la causa y de otras circunstancias que, para cada caso, corresponda valorar, debiendo dicho término ser armónico, por supuesto, con los plazos legales que sí están previstos e incluso orientarse en función de éstos”.

Como puede advertirse, pese a las sucesivas reformas de la ley procesal, muchas de ellas producidas precisamente para resolver casuísticas anteriores presentadas por la realidad, no logran superarse las divergencias interpretativas siempre presentes en torno al proceso penal, e invita a continuar reflexionando profunda y cautelosamente en la búsqueda de herramientas que resulten eficaces para lograr el propósito constitucional de afianzar la justicia con el pleno respeto de las garantías bilaterales inherentes a las partes.

III. LOS CRITERIOS DE OPORTUNIDAD INCORPORADOS AL CPP DE CÓRDOBA Y LA FIGURA DEL “ARREPENTIDO”.

LA CONFESIÓN DELATORA PREMIADA “EL ARREPENTIDO”

Por José I Cafferata Nores

*La simple confesión, “reina de las pruebas” ¿será “destronada” por la “confesión-
delatora premiada”?*

I. Presentación

El presente aporte trata de **completar** la actividad sobre el mismo tema realizada por el Instituto de Derecho Procesal de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba en el año 2017, con motivo de la posterior sanción de la ley provincial N° 10602 que reglamenta en esta Provincia la aplicación de la ley nacional N° 27304 (motivo de comentarios de 2017) para aceptar la invitación de esta última norma a “*adoptar las normas procesales correspondientes a los efectos de concordarlas con las disposiciones contenidas en ella*” (art 18). La sanción de la ley Cordobesa hace perder interés práctico a la discusión sobre si el citado art. 18 de la ley nacional 27304 solo buscaba coordinar la aplicación de sus disposiciones en los procesos provinciales o era imprescindible para la vigencia de aquella en esta jurisdicción⁹³.

Por ser pensadas solo como un nuevo aporte a la actividad realizada en 2017, en estas líneas no se pretende hacer un examen completo sobre la justificación o no de la institución del “arrepentido”, ni tampoco un análisis integral de cada una de estas dos leyes (la Nacional N° 27304 y la Provincial N° 10602). Solo se trata de aportar algunas

⁹³ Se ha señalado la diferencia con la ley provincial 10457 en la que se instituyeron – libremente-causales concretas de criterios de oportunidad por delegación expresa de la ley nacional ley 27147, reformativa del art 59 CP. Pero la norma art 18 de la ley nacional 27304 parecería superflua, si se aceptara que “cuando lo procesal presenta una inherencia indudable respecto del derecho de fondo o sustancial, la naturaleza de éste asume y absorbe el matiz procesal, con la consecuencia de que la competencia para legislar sobre el derecho de fondo adhiere así la de legislar también sobre lo procesal”. Bidart Campos, Germán J., *El encarcelamiento cautelar de los procesados en la ley 24.390*, en “El Derecho”, t. 164, p. 252. Cabe agregar aquí que el Congreso Nacional dictó leyes parciales de arrepentido para el lavado de activos (ley 26683); para el narcotráfico (ley 23737, arts. 29 ter); para el terrorismo (ley 25,241, arts. 2 y 3); y para los secuestros extorsivos (art. 41 ter CP).

reflexiones⁹⁴ sobre ciertos aspectos de la naturaleza de la declaración del coimputado “arrepentido” (una confesión-delación: cara y contracara de una misma moneda) que parecen estar generando variadas controversias en orden a su compatibilidad constitucional con la garantía del Nemo tenetur, a la naturaleza co-incriminante de sus dichos, a los prevenciones sobre su credibilidad, a su eficacia conviccional contra el delator y el delatado, a su valor probatorio para el dictado de la sentencia, a su eficacia para hacer cesar las restricciones procesales originariamente impuestas a su libertad y a su aplicación en el tiempo.

II. Breve repaso a la actualidad Argentina.

1. Pero no es posible abstenerse de toda consideración –aunque sea un superficial repaso- sobre la institución y el marco conceptual-legislativo donde se inscribe.

Así, puede decirse que en los últimos tiempos han ido apareciendo, en la legislación argentina, los llamados “*medios de prueba extraordinarios*”, los cuales, justificados originariamente por la extrema necesidad de reforzar la investigación de hechos delictivos también “extraordinarios” (no sólo por su inusitada gravedad, sino también por los serios problemas que presentan para su investigación), encierran el grave riesgo (o, lo que es peor, el propósito) de **legitimar la ilegalidad** en la averiguación penal, como instrumento –no tan novedoso como explícito– de darle a esta *más eficacia* respecto de la punición de aquellos ilícitos.

La mayoría de estos medios extraordinarios son *inacceptables* para nuestro sistema constitucional, y los pocos restantes podrían tener una *mínima y transitoria* aceptación excepcional, sólo a) cuando su auxilio fuere *indispensable* para superar dificultades *insalvables* -con los medios probatorios ordinarios- para el éxito de la investigación de *gravísimos* delitos⁹⁵, y b) siempre que su actuación y el valor de su información se enmarquen en una *rígida legalidad*, respetuosa de los derechos fundamentales de los

⁹⁴ Estamos frente a un “bloque de legalidad” compuesto por las leyes nacional 27304 y provincial 10602 (que introduce nuevos artículos al Código Procesal Penal de Córdoba), lo que aconseja su tratamiento conjunto para una mejor comprensión y aplicación de ellas en la Provincia de Córdoba, pues ambas se refieren a un co-imputado delator de sus cómplices, a una “confesión premiada por delación”.

⁹⁵ En general encuadrar un delito en la categoría de “gravísimo” es de por sí un problema serio. Pero entre nosotros no existe prácticamente porque la sanción de la ley 27304 hace una enumeración taxativa de los ilícitos sobre los que puede aplicarse esta institución, en el art 41 ter CP. Lo mismo ocurre con algunas otras cuestiones de interpretación que esta norma contiene, como por ejemplo la de establecer en que consiste el “*significativo avance de la investigación*”, que es una de las condiciones para la procedencia de la rebaja de pena allí regulada.

ciudadanos (condición cuyo logro *presupone* jueces, fiscales y empleados judiciales y policiales cuyas cualidades personales y capacidades funcionales estén verdaderamente acordes con su investidura y funciones).

2. De allí que por extensión de lo que se autoriza en otros países y desde hace bastante tiempo entre nosotros, en relación con la prueba de gravísimos ilícitos (por ejemplo, la conspiración para la traición) se acepta —no muy a regañadientes, según la ideología o la posición política del observador— la (controversial) decisión legislativa de admitir la figura del **arrepentido** (que así lo llamamos sin entrar en la infecunda disquisición gramatical sobre la sinceridad o razones de su “arrepentimiento”, el que ya viene definido por el Diccionario de la Lengua como “*el que manifiesta el reo en actos encaminados a disminuir o reparar el daño de un delito, o a facilitar su castigo. Es circunstancia atenuante*”).

A la admisión legal del arrepentido se la postula como *imprescindible*, en muchos de estos casos para descubrir y castigar a integrantes de poderosas organizaciones delictivas (muchas veces, transnacionales) y así evitar su avance y consolidación, objetivos que no sería posible alcanzar, *por ahora*, mediante las vías probatorias ordinarias.

Su aplicación sólo podría admitirse, entonces, como un modo de obtener la colaboración probatoria de miembros no representativos de poderosas organizaciones ilícitas o de partícipes secundarios de gravísimos delitos, que permita la condena de los líderes⁹⁶ de aquellas o los autores, instigadores o cómplices necesarios de éstos (y no a la inversa).

3. Empero, dado que este medio “extraordinario” de prueba constituye la respuesta a nuevas modalidades delictivas, que han logrado, por su sorpresiva irrupción (o imprevisión estatal), esterilizar en alto grado los medios tradicionales de investigación penal, será responsabilidad principal del Estado generar las condiciones y los recursos necesarios para **poder abandonarlo** lo más rápidamente que se pueda, para evitar que se

⁹⁶ “Perejiles” que ayuden a atrapar “peces grandes” diríamos en la metafórica nominación de la jerga policial y judicial. Pero no debe dejar de tenerse en cuenta la dificultad práctica de distinguir unos de otros, pues generalmente al “hombre de paja” se lo disfrazó de pez grande, cuando solo es un perejil, para burlar esta lógica justificadora del “arrepentimiento”. Tampoco habrá que despreciar la posibilidad de una interpretación judicial laxa de esta clasificación de imputados habilitados a arrepentirse, para aceptar en esta categoría también a quienes, por su “jerarquía delictiva” tengan un mayor y más interesante acervo de datos delatores.

“ordinarice” (tendencia que, lamentablemente, hasta hoy se muestra como inevitable⁹⁷). Sobre su eficacia conviccional, véase n° VI.

Por todo eso es que aquí **también resulta imprescindible** no solo establecer una serie de condiciones *infranqueables* para que esta figura pueda *tolerarse* constitucionalmente, sino también prever severos resguardos para que *no sea fuente de abusos* y evitar desde la “liviandad” hasta la “ingenuidad” en la valoración de los dichos del “arrepentido”. El éxito de este sistema de “delaciones premiadas” dependerá de la seriedad y la mesura con la que lo apliquen los jueces. Sin olvidar -como se dice en una dura pero ilustrativa metáfora- que en la práctica, muchas veces significará perdonar a un caníbal para atrapar a otro.⁹⁸

4. Por cierto, en la discusión sobre que se premie penalmente a la delación, hay respetables críticas⁹⁹ y respetables apoyos. Dentro de estos últimos parece original el siguiente argumento: si bien la posibilidad de legitimar la institución suele causar horror en nuestra sociedad acostumbrada a dar prioridad a una moral de la amistad —en la cual la delación es el peor pecado— sobre la moral pública, no se ve “tan mal” embatir contra una moral “siciliana de la complicidad a favor de una moral cívica”¹⁰⁰.

5. Según se encuentra regulado actualmente¹⁰¹, sólo pueden acogerse a la figura de arrepentido o colaborador eficaz aquellas personas imputadas por los delitos contenidos

⁹⁷ Sobre todo frente a la presión que ejercen Tratados Supranacionales a los que nuestro país ha adherido (vgr. la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, ratificada por la ley 26907), o ciertos organismos de aplicación (vgr. el GAFI).

⁹⁸ López Malah Ramiro, *Algunas reflexiones sobre la figura del arrepentido*, DP y C, 2018 (16-07-18) 127.

⁹⁹ En contra se pronuncia Eugenio ZAFFARONI (*El crimen organizado: una categorización frustrada*, en “Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología”, de la UNC, n° 1, 1995, ps. 279 y ss.), señalando que “la impunidad de los llamados arrepentidos constituye una seria lesión a la eticidad del Estado: el Estado no puede valerse de medios inmorales para evitar la impunidad”. También critica “estos proyectos de compraventa de la verdad y la pena” Julio B. J. MAIER (*El derecho penal y el mercado*, en “La Nación” del 18/6/97). Cabe señalar que Pedro DAVID, Raúl ZAFFARONI, Ricardo GIL LAVEDRA, León ARSLANIAN y Andrés D’ALESSIO coincidieron en proponer a mediados de 1997 como un agregado al art. 41 del CP una redacción así: “cuando el sujeto se hubiere esforzado seriamente para evitar el resultado, reducir el daño o satisfacer a la víctima o **hubiere cooperado en la investigación** la escala penal aplicable se podrá disminuir del modo previsto para la tentativa”.

¹⁰⁰ Nino, Carlos *Un país al margen de la ley*, Emecé, Buenos Aires, 1995, ps. 244, 266.

¹⁰¹ Se ha recordado que la fuente mas directa se encuentra en la ley 26.097 que ratifica la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, que establece en su art. 37 que cada Estado parte deberá adoptar medidas *que aliente a las personas involucradas en delitos de corrupción, a que proporcionen información útil con fines investigativos y probatorios, como así también a contribuciones que ayuden a recuperar el producto del delito*. Paralelamente, el Estado se compromete a *considerar la posibilidad de prever la mitigación de las penas o eventualmente la concesión de inmunidad judicial, a toda persona*

en el artículo 41 ter CP y sólo por estos delitos”¹⁰². Es que el arrepentido siempre será un co-imputado en el delito motivo de la investigación u otro conexo (según las reglas de competencia por conexión del CPP). De esto resulta que la condición de la aceptación como arrepentido de un imputado **implica** el reconocimiento judicial de su culpabilidad: solo así se explica la redacción del art. 10 in fine de la ley 27304... “Si la homologación – del acuerdo hecho por el arrepentido con el Fiscal- fuera rechazada finalmente, las actuaciones deberán quedar reservadas **y las manifestaciones efectuadas por el imputado arrepentido no podrán valorarse en su contra** ni en perjuicio de terceros” (véase el n° III siguiente).

6. Habría que analizar también si no sería irrazonable admitir al arrepentido cuando, por ejemplo, preexistan pruebas independientes para obtener el enjuiciamiento de todos estos cabecillas delictivos. También será conveniente precisar los requisitos que debe reunir la colaboración en la investigación para que pueda ser “penalmente” recompensada, no sólo por ser *veraz*, sino también arreglada a criterios de proporcionalidad entre la importancia decisiva de los datos que suministre y la amplitud del beneficio a otorgar¹⁰³.

que preste este tipo de cooperación en la investigación de hechos de corrupción (Cfr. Tazza, Alejandro O., *Comentario a la ley 27.304*, El derecho penal 12-2016-5).

¹⁰² Hairabedián, Maximiliano, *Nueva legislación sobre los arrepentidos que no se arrepienten*. El Dial, DC 222 D. Sin embargo El requisito de procedencia “**evitar o impedir** el comienzo de un delito” daría la pauta de que la información o los datos brindados por el imputado colaborador autorizan al inicio de una nueva investigación, siempre que se refiera a hechos conexos. (Cam. Acusacion Cba, auto n°580, 30-11-2019 "Actuaciones labradas relacionadas con la causa 2160341" -Expte. "A"-37/19, SACM n° 8118662-)

¹⁰³ Me parecen una buena referencia al respecto los criterios de la ley 27319 (investigación de delitos complejos) que se sancionó casi continuación de la 27604 y con un propósito análogo al de ésta, que señala que su aplicación deberá regirse por principios de “necesidad, razonabilidad y proporcionalidad” (art. 1). Me parecen una buena referencia al respecto los criterios de la ley 27319 (investigación de delitos complejos) que se sancionó casi continuación de la 27604 y con un propósito análogo al de ésta, que señala que su aplicación deberá regirse por principios de “necesidad, razonabilidad y proporcionalidad” (art 1). Estos criterios parecen orientar a la Cámara de Acusación de Córdoba, cuando señala que “en general (dejando de lado casos excepcionales, como los ya resaltados, ubicación de la víctima que se mantiene cautiva en casos de secuestro extorsivo, lugar donde se encuentran los objetos provenientes de la conducta delictiva, etc.), a mayor avance de la investigación, por los canales normales de la instrucción, menor necesidad existirá de recurrir a los datos, la información, etc., que pudiesen aportar los imputados” (Cam. Acusacion Cba, auto n°580, 30-11-2019 "Actuaciones labradas relacionadas con la causa 2160341" -Expte. "A"-37/19, SACM n° 8118662-)

III. Sanción de falsedades y prevención de presiones

1. En alguna oportunidad¹⁰⁴ señalé la necesidad de establecer sanciones para los “arrepentidos” que proporcionaran datos o formulen imputaciones falsas respecto de terceros, argumentando que de lo contrario se favorecería, seguramente, una “industria de la delación”, idónea para intentar beneficiarse penalmente con la mentira, a la par de cobijar maniobras¹⁰⁵ y persecuciones de toda naturaleza. Para ello propuse la siguiente norma: *Artículo 8. Falsedad. Será reprimido con prisión de uno a tres años el arrepentido que formule señalamientos falsos o proporciones datos inexactos sobre terceras personas.*

Esta disposición, que pretendía evitar que la institución no se prestara a aquellos abusos ha sido replicada en su espíritu por la ley 27304 (y antes ya lo fue en la derogada ley 25241¹⁰⁶), introduciendo, como una reforma al Código Penal, un artículo 276 bis, que reza: *Será reprimido con prisión de cuatro (4) a diez (10) años y con la pérdida del beneficio concedido el que, acogiéndose al beneficio del artículo 41 ter, proporcionare maliciosamente información falsa o datos inexactos.*

2. No pensaba -ni ahora pienso- que esta conminación penal pudiera vulnerar, **en abstracto**, la garantía del *nemo tenetur*, pues la prohibición constitucional del art. 18 consiste en que nadie puede ser *obligado* a declarar en su contra. En este caso el arrepentido no es obligado por ninguna autoridad a hacerlo¹⁰⁷, ya que formula su confesion-delatora voluntariamente, solo procurando aminorar su responsabilidad penal.

¹⁰⁴ Proyecto de ley sobre *Persecución penal eficaz*, que presenté en la Cámara de Diputados de la Nación, generando el Expte 6419-D-96.

¹⁰⁵ Piénsese en el peligro de entorpecimiento o frustración de la investigación que significaría la intervención de un falso arrepentido.

¹⁰⁶ Ley 25241 (conocida como de represión del terrorismo) art 6º - Será reprimida con prisión de uno (1) a tres (3) años cualquiera de las personas que se acojan a esta ley y formulen señalamientos falsos o proporcionen datos inexactos sobre terceras personas.

¹⁰⁷ Esto dicho “en abstracto” como señalo en el texto. Porque aún frente a la exigencia normativa de las leyes 27304 y 10602 tendientes a asegurar la espontaneidad de su decisión confesora-delatora merecen especial atención las objeciones teóricas que formula Díaz Canton: “Todo mecanismo que tienda a alentar la autoincriminación está proscripto por el art. 18 de la C.N., porque si nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, nadie puede tener un peor trato por quedarse callado, mientras otro lleva premio ‘por hablar’” (*Reunión Plenaria de las Comisiones de Justicia y Asuntos Penales y de Seguridad Interior y Narcotráfico*, celebrada en el Salón Azul del H. Senado de la Nación el 3 de agosto de 2016). Similar es el pensamiento de Schiffrin: la figura del arrepentido vulnera el art. 18 de la Constitución que consagra el principio <nemo tenetur se ipsum prodere> y el art. 16 que establece que todos los habitantes de la Nación son iguales ante la ley. Esto es así, según el citado autor, por cuanto en estas situaciones, el imputado que hace uso de su derecho a guardar silencio es penado, y quien se autoinculpa, es beneficiado,

La tutela de su libre voluntad se encuentra en las leyes pertinentes: el art 10 de la ley 27304 condiciona la aprobación jurisdiccional del acuerdo de colaboración a que “*el imputado arrepentido hubiera actuado voluntariamente*” lo que se pretende asegurar con “*la asistencia de su defensor*”¹⁰⁸ en todos los casos en los que aquel se celebre (art 8).

La ley Provincial n° 10602 contiene una disposición similar¹⁰⁹, pero va mas allá, reformando el art. 259 CPPCba sobre “Libertad de declarar” que establece que “*El imputado podrá abstenerse de declarar. En ningún caso se le requerirá juramento o promesa de decir verdad, ni se ejercerá contra él coacción o amenaza, ni se usará medio alguno para obligarlo, inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad, ni se le harán cargos o reconvenções tendientes a obtener su confesión. La inobservancia de este precepto hará nulo el acto, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria o penal que corresponda*”, le incorpora el siguiente agregado: “*el imputado que incumpliere las obligaciones asumidas en el acuerdo de colaboración celebrado voluntariamente.... no podrá argumentar la violación de las previsiones precedentes para soslayar sus consecuencias*”.

IV. Beneficios para el autor de la confesión- delatora.

En la esencia de la regulación de este medio de prueba se encuentra el concepto de **beneficio** para el arrepentido.

1. El “*beneficio penal*” se encuentra en el art 41 ter CP.: la escala penal prevista para el delito cometido por el que se condena, será disminuida a la de la tentativa de su comisión (art 24 C.P.) lo que ocurrirá luego de transitar todo el (largo) camino ritual, recién en el

aun con el perdón judicial, lo cual significa establecer un sistema de coacción para que los imputados en causas penales no hagan uso de su derecho al silencio: y queda comprometido el principio de igualdad, porque los imputados en el mismo proceso, a igualdad de culpabilidad, deben recibir la misma pena, lo que queda por completo alterado con la institución del “arrepentido” (Schffirin, *Corsi e ricorsi de las garantías procesales penales en la Argentina*, en “Cuadernos de la Doctrina y Jurisprudencia Penal”, año IV, n 8 – A p 481 y ss), citado por Sales, Luis R. J. *El delator arrepentido en el marco del proceso penal* en “El debido proceso penal 3. Hammulabi – Jose Luis Depalma Editor” (págs. 175 y ss.).

“Debemos interrogarnos acerca de las motivaciones que podrían llevar a una persona a interesarse por acceder al beneficio cuando, en caso de ser condenado, no tendría que pasar un solo día en prisión, aun sin haberse acogido a la figura del arrepentido. Este “interés” sólo podría lograrse manteniendo detenida a la persona durante la sustanciación del proceso bajo la pauta de que existe riesgo de entorpecimiento de la investigación. A nuestro criterio, ésta no es más que una forma extorsiva de llevar al detenido a entregar información a cambio de recuperar su libertad. Sin dudas, esta forma – quizás demagógica – de valerse de las herramientas procesales resulta intolerable en un Estado de Derecho. (Fernández, Gustavo Ariel, *El testimonio de un imputado como prueba de cargo. Análisis de la figura del arrepentido en casos de corrupción* en Revista de Derecho Procesal Penal. Rubinzal – Culzoni Editores. Págs. 442 y ss.).

¹⁰⁸ Quien debe prestar un asesoramiento eficaz al imputado sobre el punto.

¹⁰⁹ Para la homologación del acuerdo de colaboración el Juez de Control “escuchará a las partes y se asegurará que el imputado arrepentido tenga debido conocimiento de los alcances y consecuencias del acuerdo suscripto, que haya actuado voluntariamente” (introducido como art. 360 quinquies al CPPCba).

momento del dictado de la sentencia definitiva, si es que su delación se valora allí como positiva en los términos exigidos.

2. Pero también se prevé un *beneficio procesal* previo a ese momento: el de evitar la imposición del encarcelamiento cautelar, o hacerlo cesar si ya hubiera sido impuesto, dadas ciertas condiciones vinculadas con la importancia del aporte del arrepentido.

(i) El art 12 de la ley 27304 dispone “*El juez -en la instrucción o etapa preparatoria- deberá valorar preliminarmente el acuerdo arribado y la información brindada a los fines de dictar las medidas cautelares del proceso respecto de las personas involucradas por el imputado arrepentido*”. A su vez el art. 4 de esa misma ley reza: “*Cuando la reducción de la escala penal prevista por el artículo 41 ter del Código Penal aparezca como probable, podrá ser considerada a los fines de la excarcelación o de la exención de prisión, de acuerdo a las normas procesales comunes*”.

Asimismo el art. 360 sexies de la ley 10602 establece: “*Hasta tanto la información o los datos que proporcione el imputado arrepentido no se corrobore (artículo 360 septies) con el grado de convicción exigido por los artículos 281 o 354 de este Código, no podrá evaluarse la adopción (respecto del delatado, se entiende) o sustitución de medidas de coerción (respecto del arrepentido) en los términos de los artículos 4º y 12 de la Ley Nacional Nº 27304*”.

(ii). Nadie ignora los abusos, de doble origen¹¹⁰, a que se pueden prestar estas disposiciones, que mediante una *pre-valoración* de la relevancia de los dichos del arrepentido, habilitan un “*pre-premio*”.

Por el lado del imputado, claro está que buscará aportar una delación creíble y detallada, que parezca lo mas conducente posible al avance de la investigación, para así lograr evitar o hacer cesar su situación de encarcelamiento procesal. Por cierto que buscando ese premio, probablemente no se detendrá en “detalles” (v. gr., ser veraz), ni mostrará mayores escrúpulos que los evidenciados al cometer el delito en cuya investigación luego “colabora”.

Por el lado de la autoridad judicial, en cuyas exclusivas manos esté el imponer una “prisión cautelar” o dejar sin efecto la existente, se corre el peligro que (aún con las

¹¹⁰ Se ha denunciado en este sentido el desarrollo del “perverso maridaje entre prisión preventiva y colaboración premiada con la acusación: la primera, utilizada como medio de presión sobre los imputados para obtener de ellos la segunda, y esta, como instrumento de ratificación de la acusación, a veces más allá de toda verificación e incluso de los careos con los coimputados denunciados. Este maridaje se ha revelado en la práctica como una fuente inagotable de arbitrariedades” (Díaz Cantón, Fernando, *loc cit.*).

“mejores intenciones”) semejante poder pueda ser utilizado para inducir o determinar una confesión delatora no voluntaria¹¹¹, lo que sería una especie de “extorsión procesal” (si se me permite la metáfora). Porque no debe olvidarse que el proceso penal no puede comportarse en la realidad *como* si fuera una pena *en sí mismo*, ni por la dimensión de los sufrimientos personales que acarree, ni por la prolongación de la incertidumbre sobre sus alternativas y resultados (se habla de la “pena de incertidumbre”), ni por su utilización como medio de estigmatización pública, ni por la desnaturalización de algunas de sus instituciones como la prisión preventiva, cuya imposición o prolongación innecesarias, y por ende ilegales e irrazonables, la puedan alterar su esencia cautelar convirtiéndola en una expresión punitiva con origen en la voluntad de los jueces y no en la autoridad de la ley penal.

(iii) Por cierto que este “beneficio procesal” no será una respuesta **automática** al aporte del arrepentido, aún cuando su corroboración lleve a una convicción judicial de probabilidad sobre los extremos objetivo y subjetivo de la imputación delictiva que dio base al proceso.

Porque será además exigible la **ausencia** de peligro de un posible entorpecimiento o fuga (o su minimización mediante alguna seguridad alternativa -vgr. fianza), pues esta condición es de **imprescindible verificación** siempre que se trate de la coerción personal del imputado.

V. La cuestión del secreto de la confesión delatora

Un punto de suma importancia es la limitación a la publicidad para las defensas (en especial, la del delatado) de la declaración delatora del arrepentido y la investigación que ella genere.

(i) No estamos de acuerdo con que el acuerdo de colaboración aceptado se incorpore “al proceso pero tramitará por actuaciones separadas” (o sea, a espaldas del delatado) hasta su corroboración provisional (art. 360 septies CPPCba según ley10602) lo que hace de

19. Por eso la vía procesal no pueda convertirse en una herramienta de imposición de una *negociación delatora anticipada* para permutar libertad. Véase nota anterior.

cumplimiento imposible la invocada “aplicación lo dispuesto por el artículo 310 de este Código”¹¹².

(ii) Si bien sería razonable pensar que durante la investigación pueda ordenarse el secreto sumarial y sus prórrogas (art. 312 CPPCba) para que el conocimiento de los delatados sobre la confesión delatora no pueda producir un peligro de entorpecimiento o fuga, esto **no implica** validar un proceso paralelo secreto, sin restricción en el tiempo, que conllevará un irreparable daño a la garantía de defensa de aquéllos.¹¹³

(iii) Ya en el juicio común, el arrepentido deberá hacerse presente y declarar personalmente, para que su delación pueda valer como prueba (con los límites que intentan ponerle las leyes 27304 art. 15 y 10602, que introduce el art 360 octies al CPP Cba a su eficacia conviccional).¹¹⁴

Esto es así porque los pactos internacionales incorporados a la Constitución (art 14.3.e PIDCP; art 8.2.f CADH; art. 75, inc. 22) impiden que haya prueba de “cargo” sin contradictorio, es decir sin la posibilidad del imputado o su defensor de *interrogar* a los testigos de cargo u otras personas presentes en el tribunal, de *obtener la comparecencia* de los testigos de descargo, y de que éstos puedan ser *interrogados* en las mismas condiciones que los testigos de cargo, atribuciones que también extienden a *otras personas* que puedan arrojar luz sobre los hechos”¹¹⁵ : no habrá “luz” si estas permanecen en las sombras

¹¹² Mención cuya eficacia será casi virtual, pues la posibilidad de los defensores de asistir a los actos de investigación (art 310 CPPCba), posteriores al vencimiento del secreto legal o judicial (art 312 CPPCba) de las actuaciones, encuentra un claro límite legal: que tal asistencia no ponga en peligro la consecución de los fines del proceso, o sea, el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley (fines que por su asignada importancia, se tutelan aún con la prisión preventiva- arts. 259,281 y 281 ter CPPCba).

¹¹³ En este orden se ha criticado que “durante años, haya sido una de las partes en el proceso (el Fiscal de la investigación preparatoria) la que haya tenido la posibilidad de practicar todas las medidas probatorias finalmente diligenciadas y agregadas en la causa sin que, de manera alguna, la hipótesis de atribución delictiva que sustentaba la decisión pudiese ser rebatida por parte de las personas a quienes se dirigían” (Cam Ac Córdoba, “Ardanaz, , etc.” expediente A-09/2014; SAC Penal n° 1067339) .

¹¹⁴ Límites que seguramente serán traspuestos, de modo visible o “invisible”.

¹¹⁵ Dentro de los derechos a la defensa en juicio y el debido proceso “reviste naturaleza básica o primaria la posibilidad del acusado de controlar la prueba de cargo” ,“control no se reduce a la simple observación o revista de los elementos de juicio presentados en su contra sino a la posibilidad efectiva de actuar sobre ellos. En particular, claro está, si se trata de una prueba dirimente” pues actuar es lo “que permite a la defensa controlar, atacar y contradecir la versión incriminatoria”. (Cámara Nacional (hoy Federal) de Casación Penal de Argentina, Sala II, en “Turco, Rolando Javier”, del 2 de Junio de 2010 (Causa Nro. 9737- Registro16516). Es violatoria de esa garantía la utilización de una “base probatoria” sobre la cual no se “...haya tenido siquiera la posibilidad de controlar dicha prueba” (CSJN. B.1147.XL, “Benítez, Aníbal -causa n/1524-“Cuando una condena está basada únicamente o en un grado decisivo sobre

Además, sólo si son producidas en presencia del defensor, del acusador y del tribunal, sus expresiones podrán tener un “control de calidad” sobre su confiabilidad como base posible de una condena (con los límites de las leyes 27304, art. 15 y 360 octies CPPCba), pues la *inmediación* con aquellos sujetos permitirá una valoración seria sobre la sinceridad y veracidad de ellas, es decir, sobre su credibilidad.

(iv) La mejor regulación en este aspecto la hizo la ley n° 25241, que estableció que tal declaración *carecerá de valor* si no se produce *con el contralor del fiscal, la querella y la defensa, del modo establecido en las leyes procesales*¹¹⁶.

VI. Idoneidad de la declaración del arrepentido para fundar una condena.

Este punto puede descomponerse en dos partes: a) el condicionamiento legal a la posibilidad de usar la delación como prueba para fundar la condena; y b) su relevancia conviccional concreta.

1. Sobre lo primero cabe señalar que:

(i) En una pre-asignada valoración (negativa) de ese elemento de convicción (con arreglo a un sistema de “prueba legal”¹¹⁷), se establece que la sentencia condenatoria que pudiera dictarse en el proceso en que las manifestaciones efectuadas por el imputado delator se produjeron, no podrá estar fundada únicamente en ellas (art. 15 ley 27304) “ni con relación al imputado arrepentido ni respecto de los restantes, con relación a los cuales aquél brindó información” (art. 360 octies del CPP Cba, incorporado por la ley 10602). Tampoco la delación permitirá por si sola probar la materialidad de un hecho delictivo (art. 15 ley 27304).

deposiciones que han sido hechas por una persona que el acusado no ha tenido oportunidad de examinar o hacer examinar, sea durante la investigación o en el juicio, los derechos de defensa están restringidos a un punto que es incompatible con las garantías provistas por el art. 6" (TEDH “P.S. c. Alemania”, 20/12/2001): “ el derecho a la bilateralidad y a confrontar con quienes deponen en el juicio no sólo involucra a los testigos sino a toda manifestación verbal que tenga naturaleza cargosa contra el imputado (TEDH “Bönisch v Austria” 8 de mayo de 1985, Serie A, n/92).

¹¹⁶ Derogada por el art. 17 de la ley 27304 (B.O. 2/11/2016). Mi mencionado Proyecto sobre “Persecución penal eficaz” (Expte. 6419-D-96), contenía una disposición muy parecida, aclarando que la declaración del arrepentido no tendrá ningún *valor conviccional* si no se produce con el contralor de la acusación y la defensa, del modo establecido en las leyes procesales”. Se ha señalado acertadamente que a la persona señalada por la delación “deberán garantizársele en forma amplia los derechos a controlar la prueba y a defenderse de los cargos formulados” (Fernández, loc cit).

¹¹⁷ En este sistema es la ley la que establece bajo qué condiciones un juez **deberá** dar por probado un hecho o circunstancia y cuando **no podrá** hacerlo.

Se requiere, en cambio, que existan otras pruebas que la avalen y viceversa¹¹⁸: “Para la asignación de responsabilidad penal sobre la base de estos elementos, el órgano judicial deberá indicar de manera precisa y fundada la correlación existente entre esas manifestaciones y las restantes pruebas en que se sustenta la condena” (reza el art 15 ley 27304), ”justificando su corroboración recíproca a los fines de la convicción exigida para la sentencia de condena”(concluye el art. 360 octies del CPP Cba, incorporado por la ley 10602).

(ii) Se advierte así que, desde un punto de vista si se quiere “formal” (con un “elegante ademán”, mejor dicho), las leyes 27304 y 10602 se han preocupado de descartar cualquier eficacia probatoria de la delación del arrepentido para fundar **por si sola** una condena penal¹¹⁹. Pero esta prohibición solo llega hasta su uso individual y autónomo a tales fines, pues la confesión-delatora si podrá utilizarse como prueba, libre de límite legal alguno a su eficacia conviccional (salvo, claro está, los propios de la sana crítica), cuando existieran otros elementos probatorios que la confirmen “precisamente” (y viceversa), lo que deberá fundamentarse en la sentencia. En tal caso esa “corroboración recíproca” podrá incluso conducir a la “convicción exigida para la sentencia de condena”.

(iii) Muy probablemente estas otras pruebas también tengan carácter de extraordinarias como, por ejemplo, las que introdujeron la ley de Delitos Complejos (nº 27319), reguladora del agente encubierto, el agente revelador y el informante- y la ley del Fondo Permanente de Recompensas (nº 26538) destinadas a aquellas personas no imputadas que brinden datos sobre ciertos delitos¹²⁰.

¹¹⁸ El senador *Nacional* E.F. Martínez en la discusión legislativa se refirió al tema, señalando que “aun cuando el delator eficaz dé su versión, ella no tiene un valor dirimente. Se pone por encima la libre convicción de los tribunales, se valorará la totalidad de la prueba y la colaboración no puede adueñarse, entonces, del resultado del proceso (citado por Marcelo A. Riquert, *El arrepentido: ¿colaborador eficaz o delator premiado?*, Análisis de la Ley 27.304, pag. 276/277).

¹¹⁹ Se trata de una bienintencionada declamación pues nadie (con algún tránsito en los ámbitos judiciales) puede dudar del impacto que la delación -por su sentido incriminante emanado de una fuente directa - puede alcanzar, incluso funcionando como una “prueba invisible”: aquella que no se nombra en la fundamentación judicial pero como no puede borrarse de la mente de los jueces, determina por eso, de modo dirimente, el sentido del fallo, mediante distintas vías o subterfugios (vgr. la sobrevaloración de el valor conviccional de otras pruebas “visibles”, forzando la sana crítica o exagerando los “beneficios de la inmediatez, etc.) Cfr. Montero, Jorge *Y después de la exclusión de la prueba ilícita, que?*, en “A veinte años de la reforma del CPP de la Provincia de Córdoba”. (Libro publicado por la Academia Nacional de Derecho y C.S de Córdoba, Noviembre de 2013 pags 187 y ss).

¹²⁰ Esto dicho sin olvidar que estas nuevas instituciones no son de aplicación para la investigación y juzgamiento de todos los delitos pasibles de arrepentimiento que incorpora el art 41 ter CP según la ley 27304 (vgr, están excluidos los delitos de corrupción).

Y nos queda la duda sobre si en la práctica podrían llegar a “*mal-admitirse*” como pruebas de corroboración, confesiones- delatorias producidas en otras causas penales. “*Mal admitirse*” decimos, porque los “datos probatorios” obtenidos mediante la declaración del arrepentido “no podrían ser utilizados” en ningún otro proceso que no fuera en el que se produjeron y por los taxativos delitos por los que se autoriza aquella declaración: jamás se permitirá su uso en otros procesos o respecto a otros delitos. Antes escribimos que “si así no se dispone se va a abusar seguramente de ellos y con el pretexto de investigar los delitos excepcionales que lo autorizan, se usarán para la investigación de otros que” no lo toleran... “permitiendo que se introduzcan “por la ventana”, oblicuamente, elementos que no podrían “ingresar por la puerta”.¹²¹

2. En orden a la posición sobre su relevancia conviccional concreta puede verse la lógica influencia de los “recelos y viejos enconos” que esta figura siempre ha despertado¹²². Recelo (que nos parece) justificado porque, en verdad, el arrepentido es un simple co-imputado, delator-colaborador que entrega a sus cómplices, no porque se arrepienta de nada, sino sólo para conseguir un alivio de su situación frente a la ley.

(i) Es que los *pentiti*, con frecuencia, son “... desleales, son manipuladores de la verdad, son buscadores de despistes, son simuladores empedernidos, están sedientos de venganza, son contaminadores de la realidad. Conocen a la perfección el mundo criminal al que pertenecen y, por ello, saben husmear el aire y son capaces de resistir la confrontación incluso con hábiles investigadores¹²³”.

Desde antiguo se ha alertado sobre este peligro inherente a premiar al coimputado delator: “el que según su propia confesión, ha manchado su vida con un crimen, no tiene igual derecho a ser creído en su testimonio que el hombre que se ha conservado siempre puro. Además de esto, es natural que el cómplice se incline a hacer recaer sobre su coautor una parte de su propia falta; tiene pues, un interés directo en declarar de una manera contraria a la verdad. Se ha visto algunas veces criminales que, cuando han conocido no poder liberarse de la pena, se han esforzado en su desesperación en arrastrar a otros ciudadanos al abismo¹²⁴”.

¹²¹ Cfr. mi Proyecto ya mencionado sobre “Persecución penal eficaz” (Expte 6419-D-96).

¹²² Aboso, Gustavo Eduardo *El arrepentido en el derecho penal premial*, pag.109.

¹²³ Riquert, Marcelo A, *ob. cit.* pag. 277.

¹²⁴ Mitermaier, citado por Aboso, *loc cit.*, pag.107. No deben olvidarse, sin embargo. reflexiones relacionadas con el simple llamado en co-delincuencia, aplicables al “arrepentido”. Por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sentado en un antiguo precedente, el criterio según el cual “respecto

Se ha dicho con agudo realismo en este sentido que “la existencia de recompensas (penales -y hasta procesales- en este caso) es a los profesionales de la delación, es lo que la versión de que hay un galeón hundido es a los cazadores de tesoros”¹²⁵.

(ii) Muy fundada pero mucho mas restrictiva es la opinión que considera “contra la corriente generalizada”, que nada de lo que diga el arrepentido puede ser valorado como prueba en el contexto **de la justificación**, sino solo en el **contexto del descubrimiento** si hace algún aporte o brinda una información que permita, a través de alguna medida, obtener alguna prueba independiente”¹²⁶. O sea, para esta postura, el contenido conviccional de la confesión-delatora no podría utilizarse de ningún modo para la motivación del fallo condenatorio.

VII. Aplicación en el tiempo

La ley 27.304 deberá aplicarse a hechos delictivos cometidos a partir de su entrada en vigencia. La posterior sanción de la ley provincial n°10.602 solo se limitó a reglamentar -y por invitación de aquella- el trámite procesal para **coordinar** el CPP de Córdoba con la institución creada por la ley 27304, por lo que la rige el mismo principio.

1. El principio constitucional de reserva impone este temperamento como norma general de aplicación en el tiempo de la ley penal (la ley 27.304), y no se advierte que concurra la excepción de retroactividad de la ley penal más benigna, prevista en el art. 2 del Código

a la imputación de los coprocesados debe observarse que las acusaciones de esta especie son siempre, en principio, sospechosas, aunque quienes las formulen no hayan de conseguir con ellas excusar o aminorar sus responsabilidad penal, por lo cual para que constituyan prueba, es decir, para que susciten convicción en quien juzga, han de tener particular firmeza y estricta coherencia (CSJN. 24-11-49 “Panelatti de Domper”, Fallos 215:324). En Córdoba se ha sostenido que para que el llamado en codelinuencia adquiera verdadera gravitación en el proceso penal, se necesita la concurrencia de requisitos tales como que el imputado denunciante con sus dichos no trate de atenuar su propia responsabilidad y menos aun excluirse de la imputación. Y aun en el caso de que se den estas circunstancias, ese llamado “en codelinuencia” requiere de hechos positivos e independientes que la corrobore.” (Cam. de Acusación de Córdoba, auto n° 34, 28-4-82. “Recalde, Juan Carlos”. Vocales. Wamba, Funes y Vargas.) doctrina confirmada en forma práctica por el TSJ de Córdoba, 25-6-98, in re “Guel, Sergio D. y otro Robo, etc” sent 42 fs. 3737 vta/3738 (fallos citados por Fernández, *loc cit*).

¹²⁵ BIELSA, Rafael *¿Habrá que arrepentirse de los arrepentidos?*, en “Clarín” del 19/5/97).

¹²⁶ Díaz Cantón, Fernando, *loc cit*. En sentido similar se ha sostenido que “Debe reglarse que la declaración del cooperante no podrá ser utilizada como prueba de cargo, sino *únicamente aquellos elementos que sean colectados en consecuencia*.” (Fernández, *loc cit*). Y es válido condicionar la aceptación del arrepentido a que su declaración se encuentre “precedida de una imputación ya formulada sobre la persona que puede ser perjudicada por esa declaración, es decir que la declaración del arrepentido no sea la fuente de toda la investigación sobre la persona por él involucrada”.

Penal. Lo mismo ocurre en **este tema** con la ley 10.602, aunque solo sea de naturaleza procesal.

(i). No hay dudas que la ley n° 27304 es derecho penal (de fondo). Es una cuestión no discutida por nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia, nacional y provincial, que la potestad acordada al Congreso de la Nación de dictar el Código Penal (CN, art. 75, inc. 12) comprende no sólo la atribución de definir las conductas punibles y las sanciones que les correspondan, sino también otras normas sustanciales como las que establecen si la aplicación de las penas debe o no procurarse y lograrse en todos los casos, si de aquella actividad de procuración debe ocuparse sólo el Estado o si la debe compartir con la víctima o con otros ciudadanos, cuándo debe extinguirse la potestad represiva del Estado, etcétera (a lo que debe sumarse, **solo** en estos últimos aspectos, la atribución del Congreso de delegarlos en las Provincias, como lo hace el art 59 C.P según ley 27147 / 2015, tratando de saldar la discusión sobre la naturaleza jurídica de estas disposiciones).

Un primer y claro ejemplo de lo expuesto está constituido por la facultad reconocida pacíficamente al Congreso de regular el régimen de acciones (Código Penal, art. 71 y subsiguientes), así como las causales de extinción de la acción penal (Código Penal, art. 59 y subsiguientes). Estas normas han sido tradicionalmente consideradas por nuestra doctrina y jurisprudencia como sustanciales o de fondo (y, por lo tanto, de la competencia del Congreso de la Nación), ya que si bien no establecen cuáles son las conductas prohibidas penalmente y las sanciones que les corresponden, condicionan la potestad del Estado de reprimir los delitos (al establecer, por ejemplo, los delitos de acción pública dependientes de instancia privada) y dan, en ciertos casos, la solución a los casos concretos que deben resolver los jueces (por ejemplo, mediante el instituto de la prescripción de la acción).

Así, por ejemplo, se dijo que "... siendo la acción un poder absolutamente limitado en su contenido por las figuras jurídicas delictivas, se hace necesario distinguir algunas condiciones y formas bajo las cuales la potestad punitiva es entregada a los órganos que la han de hacer efectiva. Esas condiciones y límites, naturalmente, no forman parte del procedimiento, no son normas procesales, sino penales, porque **contienen**

autolimitaciones de la pretensión punitiva, con las cuales la ley de fondo fija a la pretensión punitiva una especie de vida; distintos modos de nacimiento y de extinción”¹²⁷.

(ii) Ocurre que el art 41 ter CP (según la ley 27304) contiene una regulación específica sobre la pena, al establecer su disminución para los supuestos que atrapa, lo que evidencia sin posibilidad de discusión (según lo expuesto) su condición de norma penal sustantiva.

Coincide la doctrina y la jurisprudencia sobre el punto: en referencia a la regulación del arrepentido se ha señalado que son “**normas sustanciales** que obligan al juez de sentencia a disminuir la pena al acusado que aportó datos útiles a la investigación”¹²⁸, pues es un modo de “**determinación de la pena**”¹²⁹.

(iii). Por otra parte no creemos¹³⁰ que la ley 27304 pueda favorecer al imputado -arrepentido- delator, con la posibilidad de retroactividad de la ley penal mas benigna prevista en el art. 2 del Código Penal, en virtud de la disminución de pena que prevé a favor de aquél el art 41 ter CP, cuando ello importe, **simultáneamente**, violar al principio de irretroactividad en perjuicio del imputado delatado (por los argumentos que a continuación esgrimimos).

Y este perjuicio es evidente para éste, en tanto el art. 41 ter CP (ley 27304), habilita expresamente en su contra un medio de prueba *específicamente de cargo* (nadie le puede encontrar otra naturaleza que esa) como es la delación de su co-imputado arrepentido, medio de prueba no autorizado ni previsto como tal con anterioridad a su sanción, comprensivo de los taxativos delitos que dicha norma enumera.

Respecto de orden provincial (en Córdoba) no creemos admisible la posibilidad de aplicación retroactiva -a favor del arrepentido-, del beneficio del art 41 ter CP en procesos

¹²⁷ SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, 5ª ed., Buenos Aires, 1992, ps. 527 y siguiente.

¹²⁸ Salas, Luis R.J. *El delator arrepentido en el marco el proceso penal*, en “Debido Proceso Penal” ,nº 3, Hammurabi 2016, p. 184.

¹²⁹ CFCP, Sala III, 29-05-2015. “Ojeda” Reg, 940/15.

¹³⁰ Por cierto que no se nos escapa que existen opiniones contrarias a la que aquí sostenemos, algunas expresadas sin mayor fundamento, y otras muy bien justificadas. Entre estas últimas se destaca la de Hairabedian, Maximiliano, *Régimen penal y procesal del arrepentido y la delación premiada* (Ad Hoc-2019) pag 64 y ss.

por aquellos delitos que hayan sido cometidos antes de la fecha de su entrada en vigencia¹³¹.

(iii) Precisando lo antes dicho, señalamos que ninguna duda cabe de que la declaración (delación) del arrepentido en los supuestos del art 41 ter CP (según la Ley 27304) constituye una nueva **prueba de cargo** contra el delatado, porque la propia ley la trata como tal, al punto de imponerle condiciones a los alcances de su eficacia conviccional para condenarlo (art. 15 Ley 27304). Por eso la habilitación expresa de un medio de prueba *específicamente de cargo* como es la delación del arrepentido prevista en el art 41 ter del C.P. (ley 27304), no autorizado ni previsto como tal con anterioridad a su sanción, abarcativa de los taxativos delitos de competencia provincial que dicha norma enumera, no admite- al menos en Córdoba¹³² su aplicación retroactiva para procesos por aquellos delitos cometidos antes de la fecha de su entrada en vigencia del nuevo art 41 ter CP.

Mas aun cuando el modo y los medios de su investigación, juzgamiento y castigo *solo pueden ser regulados de modo de exclusivo y excluyente* por una ley procesal local, en virtud de la distribución constitucional de competencias legislativas entre Nación y Provincias.

2.- Es que la prohibición de retroactividad **no se reduce a la ley penal**. La redacción del art. 18 de la Constitución Nacional evidencia claramente que las garantías procesales y penales han sido imbricadas en ella de tal forma, que configuran un todo, en donde unas implican a las otras y viceversa.

Esta prohibición constitucional de aplicación retroactiva de una norma como el art 41 ter CP que sostenemos, por su claro efecto procesal perjudicial para el coimputado delatado, encuentra importantes adhesiones en la doctrina nacional e internacional¹³³.

(i).-El art 18 de la Constitución Nacional, “no parece dejar fuera la ley procesal, sino todo lo contrario”... pues “ni exegética ni históricamente puede sostenerse la tesis

¹³¹ También aquí es contraria la opinión de Hairabedian en *Arrepentidos que no se arrepienten*. El Dial, DC222D del 15/11/2016. Idem en *Régimen penal y procesal cit.* pag 64 yss.

¹³² Tampoco es admisible en el orden nacional, por los mismos argumentos que esbozamos sobre Córdoba.

¹³³ Gustavo Aboso señala la nueva tendencia dogmática a incluir el derecho procesal en la garantía del art 2 CP, con citas de Zaffaroni, Bidart Campos, Gullco, y Muñoz Conde; y de la CNCP, plenario n° 3 “Molina del 18/8/1995 (*Código Penal de la R.A Comentado*, J.C. Faire, 2012, pag. 13). Sugestiva resulta la opinión de Ricardo Nuñez: se trata de “un principio cuya función es la de *indicar* sea para un objetivo de derecho material, sea para **una finalidad de derecho procesal**, el *estatuto* que respecto de una cuestión penal rige siempre para resolver esa cuestión” – el resaltado nos pertenece- (*Manual de derecho Penal, Parte General*, 4 edición actualizada por R. Spinka y F., González, E. Lerner 1999, pág. 92).

que niega la expresa consagración de la irretroactividad de la ley procesal penal mas gravosa en la Constitución Nacional ¹³⁴. Profundizando este concepto Zaffaroni recomienda “Que al menos se rechace como lesiva de Derechos Humanos la retroactividad de una ley procesal penal que restringe el derecho de defensa, el derecho a la excarcelación o a la libertad provisoria, que suprima recursos o que los limite, que **amplíe las pruebas cargosas** o altere las pautas para valorarlas, ampliando las facultades judiciales al respecto.”¹³⁵

(ii) “Frente al principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, en cuanto dirigido a garantizar la seguridad jurídica e impedir la arbitrariedad estatal, *no es posible sostener una diferencia entre leyes penales materiales y formales*. Ambas forman parte de un mismo fenómeno, el hecho criminal y, por tanto, *ambas han de estar sometidas al principio de irretroactividad*. Sería totalmente contradictorio no incluir las llamadas formales, pues solo mediante ellas las materiales cobran vigencia ¹³⁶ .

(iii) El principio de “irretroactividad de las leyes penales” abarca que ... “se apliquen retroactivamente a un procesado (mejor dicho: imputado) *modificaciones desventajosas en el procedimiento*”¹³⁷ .

(iv) Luigi Ferrajoli enseña que *no se puedan explicar* las garantías penales sustantivas sin las penales procesales y viceversa ¹³⁸ .

(v) Binder expresa que “si bien se ha pretendido que *la ley previa es solo la de carácter penal, no hay ninguna razón para sustentar tal interpretación*: al contrario, el sentido del mismo artículo que a continuación prohíbe la comisiones especiales o ser

¹³⁴ Zaffaroni, Alagia- Slokar, *Derecho Penal.Parte General-* págs. 123 y 124.

¹³⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl, “*Los Derechos Humanos y Sistemas Penales en América Latina. Informe Final*”, septiembre de 1985, Revista Mexicana de Justicia, 1986, p. 144 “**Lo concerniente a los medios de prueba dentro del proceso penal, constituye una cuestión que se encuentra estrechamente vinculada con garantías constitucionales** (inocencia, defensa en juicio y contradictorio)..por “**lo cual ellas deben integrarse a la interpretación relacionada con la posibilidad de excepcionar o no la aplicación inmediata de la ley vigente...** En la medida que la aplicación inmediata de la ley modificatoria implique una mejora para el imputado respecto de las garantías constitucionales imbricadas, obviamente no corresponderá excepcionar su aplicación”. “En cambio, si las modificaciones producen el efecto contrario (restricciones a las garantías constitucionales) *no es posible apartarse del mismo parámetro* de la ley sustantiva, para determinar cual es la ley aplicable, esto es, la vigente al momento del hecho...” (Tarditti, Aida; Cafferata Nores José, *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba Comentado*, t I pag 57).

¹³⁶ Bustos Ramírez, Juan, *Introducción al Derecho Penal*, 2ª Ed., Temis, Bogotá, 1994, p.36.

¹³⁷ Jerome Hall *El principio de legalidad: “Nulla poena sine lege”*, La Ley, t 54 ps 809 y ss

¹³⁸Ferrajoli, Luigi *Derecho y Razon*, 1997 p 98.

sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa así lo demuestra, porque se refiere a **reglas de organización judicial**.

Así como no hay dudas sobre el carácter previo de todas las leyes penales, en realidad el principio debe ser entendido con la mayor amplitud, dado *que todas las leyes que fundan el juicio son las que establecen el sistema de garantías*. De este modo, toda ley que modifica el sistema de garantías lo relativiza o disminuye sus alcances no es aplicable de un modo retroactivo. ***Toda persona tiene derecho a ser juzgado con el nivel de garantías existente con anterioridad a la comisión del hecho...*** las leyes posteriores que modifican las facultades para preparar la defensa en ese juicio, aumentan las facultades de preparar la acusación¹³⁹. Estas afirmaciones el autor las deriva de que “ambas ramas del orden jurídico regulan en forma conjunta el poder punitivo del Estado¹⁴⁰”.

(vi). En Córdoba Balcarce sostuvo: “De la interpretación de esos dos aspectos del art. 18 de la Ley Fundamental se extrae, por una parte, la conclusión de que no se satisfacen suficientemente las garantías individuales *con la realización de un proceso previo como presupuesto para la aplicación de una pena, sino que, además, ese juicio debe ajustarse a una ley anterior al hecho del proceso*¹⁴¹”.

(vii). Estos conceptos son desarrollados con perspectiva regional por *el Instituto Interamericano de Derechos Humanos* al sostener: “El problema que la ley procesal en el tiempo plantea a los Derechos Humanos es serio, porque el proceso legal a que debe ser sometida toda persona a la que se pretenda *penar no puede quedar arbitrariamente a criterio del legislador, en forma que éste pueda variarlo a su antojo*. Por “proceso legal” no puede entenderse otra cosa que el proceso que la ley vigente al tiempo del hecho tiene establecido para la realización del derecho penal de fondo cuyas normas se han violado. De lo contrario, *cualquier arbitrariedad legislativa podría eliminar las garantías legales de cualquier procesado en el curso del proceso*, tales como reducirle su derecho a la libertad, eliminarle recursos, *permitir que la prueba se valore conforme a criterios mucho más amplios, etc.*”¹⁴².

¹³⁹ Binder Alberto, *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Pags. 214/215.

¹⁴⁰ Binder, Alberto *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Ad Hoc, p 45.

¹⁴¹ Balcarce, Fabian, *Irretroactividad de la Ley Penal Procesal*, pag.100, de donde tomamos algunas de estas referencias.

¹⁴² *Documento final del Programa de Investigación sobre Sistemas penales y derechos humanos en América Latina (informe final 1982-1986)*.

(viii). Como argumento de refuerzo contextual vale aquí recordar que el art. 118 de la Constitución de Córdoba establece: “Las leyes tienen vigencia a partir de su publicación, a menos que las mismas determinen otra fecha”. No tienen efecto retroactivo salvo disposición en contrario. *La retroactividad establecida por la ley no puede afectar a derechos amparados por garantías constitucionales*”.

(ix) Lo expuesto nos hace pensar que la garantía de juicio previo del art 18 CN no se satisface con la realización de *cualquier clase de juicio*: este, en cambio, debe estar fundado en la **regulación contenida en una ley anterior al hecho del proceso, al menos en orden a las garantías constitucionales respectivas**. De allí que creamos que la incorporación de un nuevo medio de prueba de cargo contra el imputado delatado, no contemplado en la ley procesal existente antes de la entrada en vigor de la ley n° 27304, como es la delación del arrepentido, solo puede ser de aplicación a los procesos penales por hechos delictivos cometidos con posterioridad a la misma.

(x) En virtud de lo expuesto nos parece que no puede invocarse la aplicación retroactiva del art. 41 ter del C. Penal respecto del delatado, pues importaría una violación a la norma constitucional citada (art. 18 CN), en un proceso penal de carácter Provincial.

De allí que -y sin perjuicio de las particularidades que puedan presentarse en cada caso- entendemos que para el catálogo de delitos especialmente contemplados por el art. 41 ter del Código Penal que resultan de competencia provincial, y para los que no existía desde antes previsión alguna sobre el “imputado arrepentido”, no puede utilizarse retroactivamente esta herramienta para investigar hechos acaecidos con anterioridad a la reforma del art. 41 ter del Código Penal, en tanto ello importe un perjuicio para el imputado-delatado.

3. Tampoco obsta a nuestra opinión la interpretación que sostiene que la benignidad de la retroactividad debe establecerse “en relación particular al imputado (aunque hubiere varios imputados)”¹⁴³. Ello porque si bien esa interpretación se refiere a coimputados por el mismo delito, hace referencia a la situación en la que puede aplicarse retroactivamente la ley mas benigna para uno (que se vea beneficiado por ella) y no para el otro (al que no lo beneficia). Pero tal interpretación **no abarca** el supuesto de que el beneficio, que solo abarcará al primero (en este caso, la delación beneficiosa para el arrepentido que la

¹⁴³ De la Rúa, Jorge, Código Penal Argentino, Parte General, 2ª ed. Depalma 1997, pag 61

produce), tenga como **ineludible contracara**, un perjuicio para el segundo, por ser una prueba de cargo en su contra, lo que no ocurre en el primer supuesto interpretativo precedentemente mentado, en donde cada coimputado puede verse beneficiado independientemente sin que ese beneficio dependa del perjuicio que ocasionará a otro, contrariamente a lo que sucede en el caso del imputado arrepentido, donde su beneficio (el de la retroactividad del art 41 tec CP) funciona como una **compensación** con motivo de haber perjudicado a otro coimputado¹⁴⁴.

4. Cabe agregar que esta conclusión sobre la imposibilidad de aplicación retroactiva -aun cuando fuera mas benigna para el imputado delator- de la ley 27304- art 41 ter CP) **no cambia** ni siquiera por considerar que en este punto se pueda presentar un conflicto entre distintos ámbitos de derechos y garantías constitucionales de delator y delatado.

a. Por un lado puede aducirse el enfrentamiento del derecho de dos individuos: uno, el del delator, de aprovecharse de una norma que lo beneficia si realiza manifestaciones incriminantes contra un coimputado; otro, el del delatado, que sostiene el derecho a no verse perjudicado por esa norma, por ser posterior a la comisión de los hechos.

Pero tal conflicto no parece existir.

(i) Es que no resulta tan sencillo afirmar que la figura del arrepentido sea, en su aplicación práctica, una ley penal *integralmente* mas benigna en relación al delator, pues su aceptación judicial como arrepentido (y consecuentemente el acceso a los beneficios que ello le acarrearía) no constituye un derecho de aquel¹⁴⁵, sino que queda librada a la discrecionalidad - procesalmente controlable, pero discrecionalidad al fin- de los órganos judiciales intervinientes¹⁴⁶. Los beneficios procesales (hacer cesar o evitar la prisión

¹⁴⁴ Se ha señalado a este respecto que “la problemática en torno a la determinación de la mayor benignidad de esta nueva legislación podrá plantearse, en todo caso, en aquellos delitos de delincuencia bilateral o necesaria, como p.ej., con el delito de cohecho, en donde alguien entrega y otro acepta” (Cfr Tazza, Alejandro- Martorelli, Ernesto E., *La figura del “arrepentido”. Su problemática a la luz de la responsabilidad penal y mercantil empresarial* en El Derecho- penal, 5-12-2016.).

¹⁴⁵ El acuerdo fiscal debe **ofrecerse únicamente** en casos excepcionales, es decir, cuando el Estado carece de medios alternativos de prueba que permitan asegurar la represión de las actividades criminales del grupo organizado (Aboso, Gustavo Eduardo, *El arrepentido en el derecho penal premial*, pag.60).

¹⁴⁶ Dos cuestiones fueron **desestimadas** en el tratamiento de comisión. Una, es esta idea de que la figura del arrepentido **sea un derecho para el imputado**. Nosotros entendemos que la figura del arrepentido debe ser un atributo netamente discrecional del investigador; decimos esto porque es una figura que tiene que ser viable siempre y cuando sirva para la obtención de la verdad real, como herramienta para la investigación...”. *Discurso del Legislador Julian María López según la versión taquigráfica de la 42ª sesión ordinaria de la Legislatura de la Provincia de Córdoba, del 19 de diciembre de 2018, sobre el tratamiento y aprobación de la ley n° 10602 sobre reformas al CPP de Cba en relación a la figura del*

preventiva- art. 4 de la ley 27304) y penales (reducción de la escala penal del delito atribuido a la de la tentativa - art 41 ter CP en función del art. 1 de la ley 27304) que puede obtener, al delator le cuestan muy caro en materia de responsabilidad criminal, pues la base para pretender hacerse acreedor a estos “premios” será la de admitir su participación en el delito sobre el que proporciona información. Es que no admite otra interpretación la clara redacción del art 3 de la ley 27304 en cuanto reza: “*...La información que se aporte deberá referirse únicamente a los hechos ilícitos de los que haya sido partícipe.*” Y la restante redacción de esta oración del art 3 *ibid*, sobre que los afectados por la delación deberán ser “*sujetos cuya responsabilidad penal sea igual o mayor a la del imputado arrepentido*”, confirma la interpretación precedentemente realizada. En el mismo sentido se alinea el efecto de la no homologación por el juez del acuerdo delator: “*.....las manifestaciones efectuadas por el imputado arrepentido no podrán valorarse en su contra...*” (Art 10 de la ley 27304¹⁴⁷). Ello pues a contrario sensu, si el acuerdo fuese homologado, tales manifestaciones *sí* podrán valorarse en su contra (del arrepentido), lo que solo se justifica por el sentido incriminante de las mismas a su respecto: estas manifestaciones, entonces, deben estar relacionadas con la admisión de su responsabilidad penal. Es decir, son una confesión.

Si se mira la ley provincial 10602, esta conclusión resulta reforzada. Porque el acuerdo del arrepentido con la autoridad judicial - regulado por el art 360 quater CPP- establece que el escrito que lo contenga deberá “*consignar con claridad y precisión*”, no solo el “*nombre de otros coautores o partícipes*”, sino también “*una propuesta concreta de reparación o restitución de los fondos, bienes, efectos, productos o ganancias del delito por el cual se brindare colaboración, con las que se hubiere beneficiado el imputado arrepentido*” (inc. 4). Huelgan los argumentos frente al texto legal.

arrepentido. Corroborar esta apreciación la redacción del art 360 ter CPP (incorporado por esta ley) que expresa: “Imputado arrepentido. El Ministerio Público Fiscal **podrá celebrar...**”.

¹⁴⁷ Lo que parece de muy relativa aplicación práctica. Si bien se ha dicho que “la información vertida en un acuerdo no homologado, debería asimilarse a prueba no existente” (cfr. Carrera, María Lina – Bertachini, Julián María, *Ley del Arrepentido: sanción y modificaciones parlamentarias*), parece pertinente recordar aquí lo expresado por Jorge Montero, *Después de la exclusión de la prueba ilícita ¿qué?* en “A veinte años de la reforma al CPP de la Pcia. de Córdoba, (Publicación de la Academia de Derecho de Cba, 2013, pag 187) donde incluye también a supuestos como este en la categoría de “prueba invisible”.

(ii) Piénsese además que **sin la confesión**,¹⁴⁸ la delación que regula la ley 27304 perdería la autonomía que requiere la concesión de sus beneficios: solo sería una modalidad de un simple “llamado en codeincuencia”, un mero ejercicio de su defensa material cuyas eventuales ventajas – como hemos reiterado- no se encuentran legalmente previstas ni mucho menos tarifadas.

(iii) Tampoco se trata de una declaración testimonial, porque si la información fuera sobre **otro delito independiente**, el arrepentido debería declarar en condición y con las responsabilidades del testigo en ese **otro** proceso: si así no se exigiera, se estaría premiando al delator con un beneficio penal que no merecería (por no tratarse del delito por él cometido o de otro conexo), privilegiando además su situación frente a la del testigo común, que está obligado a cumplir con el deber cívico de colaborar con la justicia diciendo la verdad sobre lo que conoce de un delito, sin recibir ninguna ventaja por su sinceridad y muchas veces arriesgándose a venganzas, amenazas, etc.

(iv) Por mas que sea un hecho posterior a la entrada en vigencia de la ley 27303 (si bien íntimamente relacionado con esta), también configura un perjuicio (al menos potencial) para el arrepentido el art 276 bis C.P. (incorporado por esa ley) que amenaza con *prisión* y con “*con la pérdida del beneficio concedido*” al “*que, acogiéndose al beneficio del artículo 41 ter, proporcionare maliciosamente **información falsa o datos inexactos***”, porque esa norma reprime, esencialmente, la conducta y la intención del arrepentido de obtener, mediante la mentira, los beneficios procesales y penales que acuerda el régimen de la ley 27.303, desviando perjudicialmente incluso la suerte de la investigación. En ese caso no solo sumará delitos, sino que agregará pruebas en su contra (el delito, previo a la ley 27303, que confesó para poder incluirse en su régimen).

Y por mucho menos también tendrá un perjuicio procesal propio en Córdoba, pues el peligro de entorpecimiento de la investigación –que obsta la libertad durante el proceso-

¹⁴⁸ Como apoyo a nuestra duda sobre la supuesta mayor benignidad de la institución del arrepentido, que justificaría su aplicación retroactiva al imputado delator, puede invocarse la indiscutible agudeza de Fernando Diaz Canton: “La oferta de un premio o rebaja presupone, naturalmente, que esa oferta puede motivar al coimputado a decir algo; pero este ‘decir algo’ ha de llevarlo, al que delata, justamente a reconocer también su participación en el hecho. Pero esta participación en el hecho mediante una conducta también punible terminará llevando al delator a no poder volver sobre sus propios actos. El juez podrá darle una rebaja, o no; pero, en todo caso, el reo habrá declarado ante el riesgo de que, en caso contrario, pudiera tener una sanción más grave. De este modo, se obtiene por vía oblicua una confesión coactiva” (*Reunión Plenaria de las Comisiones de Justicia y Asuntos Penales y de Seguridad Interior y Narcotráfico, celebrada en el Salón Azul del H. Senado de la Nación el 3 de agosto de 2016*).

podrá inferirse si, habiendo decidido intervenir como imputado arrepentido (artículo 360 ter de este Código), su información no fuera admitida como provisionalmente corroborada (artículo 360 septies de esta Ley), sin exigirse que se trate de un aporte malicioso de información falsa o datos inexactos¹⁴⁹.

(v) A ello debe sumarse la exigencia del simultáneo ofrecimiento de *una propuesta concreta de reparación o restitución de los fondos, bienes, efectos, productos o ganancias del delito por el cual se brindare colaboración, con las que se hubiere beneficiado el imputado arrepentido*”, que impide buscar la benignidad en un menor compromiso económico para el delator¹⁵⁰.

(vi) Tampoco ayuda a predicar la benignidad retroactiva de la ley 27303 (en su art 41 ter) la condición que impone el art 360 cuater inc. 6 del CPPCba (ley n° 10602) para aceptar al imputado delator como arrepentido (y que así pueda gozar de los beneficios de tal), de producir una confesión pública de su culpabilidad.¹⁵¹

(vii) En suma: el imputado delatado por su co-imputado arrepentido, tiene derecho a que su juicio se lleve a cabo, y su eventual sentencia condenatoria se dicte, valiéndose de los mismos instrumentos probatorios vigentes al momento de la comisión presunta de su delito, porque las garantías procesales y penales se encuentran imbricadas de tal forma que configuran un todo, en donde unas implican a las otras y viceversa, tal como lo evidencia la redacción del art. 18 de la Constitución Nacional. Y la delación premiada del arrepentido no era una prueba posible de usarse en su contra antes de la sanción de la ley

¹⁴⁹ El legislador Martín Fresneda criticó este aspecto: “básicamente, tocar el instituto de prisión preventiva, que verdaderamente es de aplicación excepcional, que se lo incorpore como una herramienta más del juez, resulta casi extorsivo para la persona porque está sabiendo que si se frustra esa colaboración que se está proponiendo va a quedar en prisión preventiva, o sea, aumenta los requisitos para solicitar la libertad”. *Discurso del Legislador según la versión taquigráfica de la 42ª sesión ordinaria de la Legislatura de la Provincia de Córdoba, del 19 de diciembre de 2018, sobre el tratamiento y aprobación de la ley n° 10602 sobre reformas al CPP de Cba en relación a la figura del arrepentido.*

¹⁵⁰ “Hemos agregado en los incisos donde se enumera los requisitos que se deben cumplir en el acuerdo que se firme entre el Ministerio Público a través del investigador y el imputado arrepentido, una cosa que consideramos no menor, que es la propuesta concreta de reparación o restitución de los fondos, bienes, efectos, productos o ganancia del delito por el cual está brindando una colaboración y, en caso de que sea viable y que se cumplan todos estos requisitos y que proceda la aplicación de la figura del arrepentido, el imputado se beneficiará con la reducción de las escalas penales a la tentativa del delito cometido”. *Discurso del Legislador Julian Maria Lopez según la versión taquigráfica de la 42ª sesión ordinaria de la Legislatura de la Provincia de Córdoba, del 19 de diciembre de 2018, sobre el tratamiento y aprobación de la ley n° 10602 sobre reformas al CPP de Cba en relación a la figura del arrepentido.*

¹⁵¹ “Para que, por tratarse de un arrepentido, verdaderamente, tenga que arrepentirse, por tratarse de una persona que se arrepintió y, **de alguna manera reconoce su participación en ese evento delictivo, debe pedir perdón público**”. *Discurso del Legislador Martín Fresneda según la versión taquigráfica de la 42ª Sesión Ordinaria de la Legislatura de la Provincia De Córdoba, del 19 de diciembre de 2018, sobre el tratamiento y aprobación de la ley n10602 sobre reformas al CPP de Córdoba en relación a la figura del arrepentido.*

27304, al menos respecto de los delitos que son de competencia provincial, porque -también como ya se dijo- si bien un llamado en co-delincuencia podría esgrimirse como indicio de cargo, el mismo agotaba su naturaleza en ser una manifestación de la defensa material, cuya veracidad no se exigía bajo ninguna sanción.

En cambio, la delación del arrepentido es un instrumento de investigación, legislado especialmente como un medio de prueba contra el delatado, que se pretende garantizar en su veracidad bajo una amenaza penal (lo que lo haría, en principio, creíble) y es obtenida a cambio de una ventaja, lo que le acuerda un carácter negocial, del que antes de la ley 27304 se hallaba desprovisto para la mayoría de los ilícitos ahora admitidos (art 304 quater CPP Cba según ley provincial n° 10602).

b. Tampoco cambia nuestra opinión si la cuestión se desplaza, hacia otro supuesto conflicto entre el derecho de un individuo -el imputado perjudicado por la delación del arrepentido- que se apoya en que la nueva ley le es más perjudicial, y el “derecho” la sociedad a que se esclarezcan y castiguen los delitos. Porque al igual que desde un punto de vista constitucional no es atendible el apoyo a la retroactividad de la norma sobre el arrepentido que admite su declaración en perjuicio del imputado delatado, la misma interpretación se sostiene frente al argumento de que la delación pueda **favorecer el afianzamiento de la justicia** en el caso concreto, en orden a los delitos respecto de los cuales se la autoriza, pues se vería igualmente afectada la garantía de juicio previo (art 18 CN) que debe respetarse en la persecución penal contra el delatado.

La CSJN tiene dicho: “...El loable objetivo de ‘afianzar la justicia’ (Preámbulo de la Constitución Nacional) no autoriza a avasallar las garantías que la misma Constitución asegura a los habitantes de la Nación (artículo 18)” (Fallos 316:365).

VIII. Apéndice Legislativo.

Ley Nacional 27304

ARTÍCULO 1° – Sustitúyase el artículo 41 ter del Código Penal por el siguiente:
Artículo 41 ter: Las escalas penales podrán reducirse a las de la tentativa respecto de los partícipes o autores por algún delito de los detallados a continuación en este artículo, cuando durante la sustanciación del proceso del que sean parte, brinden información o datos precisos, comprobables y verosímiles.

El proceso sobre el cual se aporten datos o información deberá estar vinculado con alguno de los siguientes delitos: a) Delitos de producción, tráfico, transporte, siembra, almacenamiento y comercialización de estupefacientes, precursores químicos o cualquier otra materia prima para su producción o fabricación previstos en la ley 23.737 o la que en el futuro la reemplace, y la organización y financiación de dichos delitos; b) Delitos previstos en la sección XII, título I del Código Aduanero; c) Todos los casos en los que sea aplicable el artículo 41 quinquies del Código Penal; d) Delitos previstos en los artículos 125, 125 bis, 126, 127 y 128 del Código Penal; e) Delitos previstos en los artículos 142 bis, 142 ter y 170 del Código Penal; f) Delitos previstos en los artículos 145 bis y 145 ter del Código Penal; g) Delitos cometidos en los términos de los artículos 210 y 210 bis del Código Penal; h) Delitos previstos en los capítulos VI, VII, VIII, IX, IX bis y X del título XI y en el inciso 5 del artículo 174, del Código Penal; i) Delitos previstos en el título XIII, del libro segundo, del Código Penal. Para la procedencia de este beneficio será necesario que los datos o información aportada contribuyan a evitar o impedir el comienzo, la permanencia o consumación de un delito; esclarecer el hecho objeto de investigación u otros conexos; revelar la identidad o el paradero de autores, coautores, instigadores o partícipes de estos hechos investigados o de otros conexos; proporcionar datos suficientes que permitan un significativo avance de la investigación o el paradero de víctimas privadas de su libertad; averiguar el destino de los instrumentos, bienes, efectos, productos o ganancias del delito; o indicar las fuentes de financiamiento de organizaciones criminales involucradas en la comisión de los delitos previstos en el presente artículo. Cuando el delito atribuido al imputado estuviere reprimido con prisión y/o reclusión perpetua, la pena sólo podrá reducirse hasta los quince (15) años de prisión. La reducción de pena no procederá respecto de las penas de inhabilitación o multa.

ARTÍCULO 2° – Incorpórase como artículo 276 bis del Código Penal el siguiente:

Artículo 276 bis: Será reprimido con prisión de cuatro (4) a diez (10) años y con la pérdida del beneficio concedido el que, acogiéndose al beneficio del artículo 41 ter, proporcionare maliciosamente información falsa o datos inexactos.

ARTÍCULO 3° – Oportunidad. El acuerdo con el imputado arrepentido sobre lo previsto por el artículo 41 ter del Código Penal deberá realizarse antes del auto de elevación a juicio, cierre de la investigación preparatoria o acto procesal equivalente. La información que se aporte deberá referirse únicamente a los hechos ilícitos de los que haya sido partícipe y a sujetos cuya responsabilidad penal sea igual o mayor a la del imputado arrepentido. No podrán celebrar acuerdos de colaboración los funcionarios

que hayan ejercido o estén ejerciendo cargos susceptibles del proceso de juicio político de acuerdo a lo establecido por la Constitución Nacional. Los acuerdos previstos en esta ley y sus beneficios no serán aplicables en procesos en los que se investiguen delitos de lesa humanidad.

ARTÍCULO 4° – Cuando la reducción de la escala penal prevista por el artículo 41 ter del Código Penal aparezca como probable, podrá ser considerada a los fines de la excarcelación o de la exención de prisión, de acuerdo a las normas procesales comunes.

ARTÍCULO 5° – Criterios para aplicar los beneficios. Para otorgar los beneficios establecidos en el artículo 41 ter del Código Penal, deberá considerarse: a) El tipo y el alcance de la información brindada; b) La utilidad de la información aportada para alcanzar las finalidades previstas; c) El momento procesal en el que el imputado brinda la colaboración; d) La gravedad de los delitos que el imputado ha contribuido a esclarecer o impedir; e) La gravedad de los hechos que se le atribuyen y la responsabilidad que le corresponde por ellos. Se beneficiará especialmente a quien se arrepintiere en primer término.

ARTÍCULO 6° – Actos de colaboración. Registro. Las declaraciones que el imputado arrepentido efectúe en el marco del acuerdo de colaboración deberán registrarse a través de cualquier medio técnico idóneo que garantice su evaluación posterior.

ARTÍCULO 7° – Acuerdo de colaboración. Requisitos formales. El acuerdo de colaboración se celebrará por escrito, y deberá consignar con claridad y precisión lo siguiente: a) La determinación de los hechos atribuidos, el grado de participación que se le atribuyere al imputado arrepentido y las pruebas en las que se funde la imputación; b) El tipo de información a proporcionar por el imputado arrepentido: nombre de otros coautores o partícipes; precisiones de tiempo, modo y lugar de los hechos por los cuales se brindare colaboración; teléfonos u otros datos de comunicación con coautores o partícipes; cuentas bancarias u otra información financiera e identificación de sociedades u otras entidades utilizadas para colocar, disimular o transferir los fondos ilícitos utilizados o el producto o provecho del delito; toda otra documentación o cualquier otro dato que se reputare valioso para el avance de la investigación o el esclarecimiento de los hechos por los que se brindare la colaboración; c) El beneficio que se otorgará por la colaboración prestada por el imputado arrepentido.

ARTÍCULO 8° – Procedimiento del acuerdo de colaboración. El acuerdo de colaboración se celebrará entre el fiscal y las personas que brindaren información en los

términos del artículo 41 ter del Código Penal y de la presente ley. En todos los casos, el imputado arrepentido contará con la asistencia de su defensor.

ARTÍCULO 9° – Acuerdo de colaboración celebrado con el fiscal. Al celebrarse el acuerdo entre el fiscal y el imputado arrepentido, el mismo se presentará para su homologación ante el juez de la causa.

ARTÍCULO 10. – Homologación del acuerdo de colaboración. El juez que intervenga en la homologación aprobará o rechazará el acuerdo presentado en una audiencia convocada al efecto con la presencia del imputado arrepentido, su defensor y el fiscal de la causa. El juez escuchará a las partes y se asegurará que el imputado arrepentido tenga debido conocimiento de los alcances y las consecuencias del acuerdo suscripto. El juez aprobará el acuerdo si el imputado arrepentido hubiera actuado voluntariamente y se hubieran cumplido los demás requisitos previstos en los términos del artículo 41 ter del Código Penal y de la presente ley. El rechazo judicial del acuerdo será apelable por ambas partes. Si la homologación fuera rechazada finalmente, las actuaciones deberán quedar reservadas y las manifestaciones efectuadas por el imputado arrepentido no podrán valorarse en su contra ni en perjuicio de terceros.

ARTÍCULO 11. – Incorporación del acuerdo al proceso. En caso de aceptarse, el acuerdo será incorporado al proceso, y la ejecución del beneficio se diferirá al momento del dictado de la sentencia de condena por el tribunal de juicio.

ARTÍCULO 12. – Valoración en la instrucción o etapa preparatoria. El juez deberá valorar preliminarmente el acuerdo arribado y la información brindada a los fines de dictar las medidas cautelares del proceso respecto de las personas involucradas por el imputado arrepentido.

ARTÍCULO 13. – Corroboración. Dentro de un plazo no superior a un (1) año, el juez o el fiscal deberán corroborar el cumplimiento de las obligaciones que el imputado arrepentido hubiera contraído en el marco del acuerdo, especialmente la verosimilitud y utilidad, total o parcial, de la información que hubiera proporcionado. Durante ese lapso se suspenderán los plazos de la prescripción de la acción penal.

ARTÍCULO 14. – Protección de los imputados arrepentidos. Los imputados que colaboren en el marco de la presente ley se encuentran alcanzados por las disposiciones del Programa Nacional de Protección a Testigos e Imputados creado por la ley 25.764 y sus modificatorias.

ARTÍCULO 15. – Sentencia. El órgano judicial no podrá dictar sentencia condenatoria fundada únicamente en las manifestaciones efectuadas por el imputado arrepentido. Para

la asignación de responsabilidad penal sobre la base de estos elementos, el órgano judicial deberá indicar de manera precisa y fundada la correlación existente entre esas manifestaciones y las restantes pruebas en que se sustenta la condena. La materialidad de un hecho delictivo no podrá probarse únicamente sobre la base de esas manifestaciones.

ARTÍCULO 16. – Ministerio Público Fiscal. La Procuración General deberá remitir a la Comisión Bicameral un informe detallado del funcionamiento y aplicación de la presente ley en los términos del artículo 6° de la ley 27.148, orgánica del Ministerio Público Fiscal.

ARTÍCULO 17. – Derógase el artículo 29 ter de la ley 23.737, la ley 25.241 y el artículo 31 de la ley 25.246.

ARTÍCULO 18. – Invítase a las provincias a adoptar las normas procesales correspondientes a los efectos de concordarlas con las disposiciones contenidas en la presente ley.

ARTÍCULO 19. – Comuníquese al Poder Ejecutivo nacional.

Ley Provincial: 10602

Artículo 1º.- Modificase el artículo 259 de la Ley N° 8123 -Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba- y sus modificatorias, el que queda redactado de la siguiente manera:

“Artículo 259.- Libertad de declarar. El imputado podrá abstenerse de declarar. En ningún caso se le requerirá juramento o promesa de decir verdad, ni se ejercerá contra él coacción o amenaza, ni se usará medio alguno para obligarlo, inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad, ni se le harán cargos o reconvenções tendientes a obtener su confesión.

La inobservancia de este precepto hará nulo el acto, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria o penal que corresponda. El imputado que incumpliere las obligaciones asumidas en el acuerdo de colaboración celebrado voluntariamente en los términos previstos por los artículos 360 quater y 360 quinquies de esta Ley, no podrá argumentar la violación de las previsiones precedentes para soslayar sus consecuencias (artículo 276 bis del Código Penal de la Nación).”

Artículo 2º.- Modificase el artículo 281 ter de la Ley N° 8123 -Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba- y sus modificatorias, el que queda redactado de la siguiente manera:

“Artículo 281 ter.- Peligro de entorpecimiento. Para decidir acerca del peligro procesal de entorpecimiento de la investigación, se tendrá en cuenta la existencia de indicios que justifiquen la sospecha de que el imputado podrá:

- 1) Destruir, modificar, ocultar, suprimir o falsificar elementos de prueba. La eventual existencia de peligro podrá inferirse si, habiendo decidido intervenir como imputado arrepentido (artículo 360 ter de este Código), su información no fue admitida como provisionalmente corroborada (artículo 360 septies de esta Ley);
- 2) Influir para que testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente. La eventual existencia de peligro podrá inferirse del temor que el estado de libertad del imputado pueda infundir en la víctima y/o testigos durante el proceso o del lugar que en la cadena de comercialización hubiere ocupado el imputado en los delitos que tiene por objeto la Ley N° 10067;
- 3) Influir para que la víctima, testigos o peritos de hechos que tengan vinculación con situaciones de violencia de género se comporten de manera renuente en sede judicial, entorpeciendo su participación y cooperación en el proceso. Este extremo, entre otros indicios, podrá inferirse de la escalada de violencia, entendiendo por tal la reiteración de hechos violentos en el mismo proceso o en otro proceso anterior o que se encuentre en trámite y del temor que el estado de libertad del imputado pueda infundir sobre la víctima y/o testigos. En dichos supuestos se deberán tener presentes los derechos reconocidos, los deberes impuestos al Estado y las directrices que forman parte de las convenciones y tratados internacionales que gozan de jerarquía constitucional;
- 4) Inducir a otros a realizar los comportamientos enunciados en los artículos precedentes, o
- 5) Incumplir injustificadamente los deberes y obligaciones impuestos en virtud del artículo 268 de este Código.”

Artículo 3º.- Incorpórase como Título 5 del Libro Segundo de la Ley N° 8123 - Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba- y sus modificatorias, que contiene los artículos 360 ter, 360 quater, 360 quinquies, 360 sexies, 360 septies y 360 octies, el siguiente: “

Título 5 Imputado Arrepentido

Artículo 360 ter.- Imputado arrepentido. El Ministerio Público Fiscal podrá celebrar, desde el inicio de la investigación y hasta que la estime cumplida,

acuerdo escrito de colaboración -de carácter confidencial- con las personas físicas que brindaren información como imputados arrepentidos, conforme al artículo 41 ter del Código Penal de la Nación. La información que se aporte debe referirse únicamente a los hechos ilícitos de los que haya sido partícipe el imputado arrepentido y a sujetos cuya responsabilidad penal sea igual o mayor que aquél. Las declaraciones de los imputados arrepentidos que se efectuaren en el marco del acuerdo de colaboración deberán registrarse y quedar grabadas por medio de sistemas técnicos que permitan y garanticen la evaluación posterior. No podrán celebrar acuerdo de colaboración los funcionarios que hayan ejercido o estén ejerciendo cargos susceptibles del proceso de juicio político de acuerdo a lo establecido en la Constitución Provincial. En todos los casos el imputado contará con la asistencia de su defensor.

Artículo 360 quater.- Contenido del acuerdo. El acuerdo de colaboración se celebrará por escrito y deberá consignar con claridad y precisión lo siguiente: 1) La determinación de los hechos atribuidos y su calificación legal, el grado de participación que se le atribuyere al imputado arrepentido y las pruebas en las que se funda la imputación; 2) El tipo de información a proporcionar por el imputado arrepentido: a) Nombre de otros coautores o partícipes; b) Precisiones de tiempo, modo y lugar con relación a los hechos por los cuales se brindare colaboración; c) Teléfonos u otros datos de comunicación con coautores o partícipes; d) Cuentas bancarias u otra información financiera e identificación de sociedades u otras entidades utilizadas para colocar, disimular o transferir los fondos ilícitos utilizados o el producto o provecho del delito, y e) Toda otra documentación o cualquier otro dato que se reputare valioso para el avance de la investigación y el esclarecimiento de los hechos por los que se brindare colaboración; 3) El compromiso de reducción de la escala penal prevista para el delito de que se trate a la de su tentativa (artículo 42 del Código Penal de la Nación) vinculante para el Tribunal de Juicio en los términos del artículo 41 del citado Código, siempre que se cumplimenten los requisitos establecidos en esta norma; 4) Una propuesta concreta de reparación o restitución de los fondos, bienes, efectos, productos o ganancias del delito por el cual se brindare colaboración, con las que se hubiere beneficiado el imputado arrepentido; 5) Las previsiones para el imputado arrepentido del artículo 276 bis del Código Penal de la Nación, y 6) La obligación

del imputado de pedir perdón público en la forma y oportunidad en que el Tribunal de Sentencia lo disponga.

Artículo 360 quinquies.- Audiencia de homologación. Cuando se hubiera alcanzado un acuerdo de colaboración, éste deberá ser presentado ante el Juez de Control competente para su homologación en una audiencia convocada al efecto con la presencia del imputado arrepentido, su defensor y el Fiscal de la causa. El Juez previamente escuchará a las partes y se asegurará que el imputado arrepentido tenga debido conocimiento de los alcances y consecuencias del acuerdo suscripto, que haya actuado voluntariamente, que la información o datos que proporcione sean prima facie precisos, verosímiles y comprobables, y se hubieran cumplido los demás requisitos previstos en los términos del artículo 41 ter del Código Penal de la Nación y de la presente Ley, pudiendo en caso contrario rechazar el acuerdo. El rechazo judicial del acuerdo será apelable (artículos 460 a 467 de este Código) por ambas partes. Si este rechazo quedare firme las actuaciones deberán permanecer reservadas y las manifestaciones efectuadas por el imputado arrepentido no podrán valorarse en su contra ni en perjuicio de terceros

Artículo 360 sexies.- Imposición o sustitución de coerción. Hasta tanto la información o los datos que proporcione el imputado arrepentido no se corrobore (artículo 360 septies) con el grado de convicción exigido por los artículos 281 o 354 de este Código, no podrá evaluarse la adopción o sustitución de medidas de coerción en los términos de los artículos 4º y 12 de la Ley Nacional N° 27304.

Artículo 360 septies.- Corroboración provisional. En caso de aceptarse el acuerdo, éste se incorporará al proceso pero tramitará por actuaciones separadas, siendo de aplicación lo dispuesto por el artículo 310 de este Código. En el plazo perentorio máximo de un (1) año a contar desde su homologación, a pedido del Fiscal o de la defensa, el Juez de Control, en audiencia oral, deberá establecer si se ha logrado razonablemente corroborar la veracidad, pertinencia y grado de relevancia conviccional de la información proporcionada por el imputado arrepentido, el que deberá alcanzar el previsto por los artículos 281 o 354 de este Código, y si se han cumplido las demás obligaciones que aquél hubiera contraído.

Quedarán suspendidos durante este lapso los plazos de la prescripción de la acción penal. En caso afirmativo la ejecución del beneficio se diferirá al momento del dictado de la sentencia de condena por el Tribunal de Juicio, según las condiciones exigidas por el artículo 360 octies de este Código, dentro de lo preceptuado en el inciso 3) del artículo 360 ter del mismo y sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 360 quinquies. En caso contrario el acuerdo (artículo 360 quater) quedará sin efecto, rigiendo el último párrafo del artículo 360 quinquies de este Código. Será de aplicación el inciso 1) del artículo 281 ter de esta Ley.

Artículo 360 octies.- Valoración del acuerdo por el Tribunal de Sentencia. El Tribunal de Juicio no podrá dictar sentencia condenatoria, ni con relación al imputado arrepentido ni respecto de los restantes, con relación a los cuales aquél brindó información fundada únicamente en las manifestaciones efectuadas por el primero. Para la asignación de responsabilidad penal sobre la base de estos elementos el órgano jurisdiccional deberá indicar de manera precisa y fundada la correlación existente entre esas manifestaciones y las restantes pruebas producidas en el debate, justificando su corroboración recíproca a los fines de la convicción exigida para la sentencia de condena.”

Artículo 4º.- Comuníquese al Poder Ejecutivo Provincial.

LEY 25241 (2000 a 2016)¹⁵²

ARTICULO 1º - A los efectos de la presente ley, se consideran hechos de terrorismo.....

ARTICULO 2º - En los supuestos establecidos en el artículo anterior, podrá excepcionalmente reducirse la escala penal aplicando la de la tentativa o limitándola a la mitad, al imputado que, antes del dictado de la sentencia definitiva, colabore eficazmente con la investigación. Para obtener el beneficio se deberá brindar información esencial para evitar la consumación o continuación del delito o la perpetración de otro, o que ayude a esclarecer el hecho objeto de investigación u otros conexos, o suministre datos de

¹⁵² Si bien esta ley 25.241 fue derogada por el art. 17 de la ley 27304 (B.O. 2/11/2016), la incluimos aquí para su consulta como antecedente parlamentario útil para interpretar la naturaleza y alcances de la institución, y sus límites.

manifiesta utilidad para acreditar la intervención de otras personas, siempre que el delito en que se encuentre involucrado el beneficiario sea más leve que aquél respecto del cual hubiere brindado o aportado su colaboración.

ARTICULO 3º - En los mismos supuestos podrá aplicarse el mínimo legal de la especie de pena, cuando la información brindada hubiere permitido acreditar la existencia de la asociación ilícita, desbaratar sus actividades o acreditar la intervención de alguno de sus miembros en el hecho delictivo, determinando así el respectivo sometimiento a proceso de quienes no hubieran sido imputados hasta entonces.

ARTICULO 4º - La reducción de pena prevista precedentemente deberá ser decidida por el tribunal del juicio al dictar la sentencia definitiva.

Sin embargo tan pronto como la reducción de la escala penal prevista por los artículos 2º y 3º aparezca como probable, podrá ser considerada a los fines de la excarcelación de acuerdo a las normas procesales comunes.

ARTICULO 5º - Las declaraciones de las personas mencionadas en las disposiciones anteriores, carecerán de valor si no se producen con el contralor del fiscal, la querrela y la defensa, del modo establecido en las leyes procesales.

Los elementos probatorios obtenidos mediante la colaboración prevista en esta ley podrán exclusivamente ser utilizados en el mismo proceso o en otros por hechos relacionados o conexos con el que motivó aquél.

ARTICULO 6º - Será reprimida con prisión de uno (1) a tres (3) años cualquiera de las personas que se acojan a esta ley y formulen señalamientos falsos o proporcionen datos inexactos sobre terceras personas.

ARTICULO 7º - Si fuere presumible que el imputado que hubiera colaborado, corriere riesgos en razón de ello respecto de su integridad personal o de su familia, se adoptarán las medidas de protección necesarias, incluidas la provisión de los recursos indispensables para cambiar de actividades laborales y la sustitución de su identidad.

ARTICULO 8º - Comuníquese.

LA DELACIÓN PREMIADA

Por Maximiliano Hairabedián

No puedes atrapar todos los malos a la vez”. Diálogo entre dos mujeres policías en la serie Unbelievable, E8, Temporada 1.

1. Taxatividad

-La ley 27.304 (B.O. 2/11/2016) sobre el “arrepentido” vino a regular este medio extraordinario de investigación de forma más sistemática, ya que antes lo estaba de manera suelta en distintas leyes. En la actualidad se especifican las figuras penales en las que puede usarse esta herramienta.

El diseño legislativo adopta el sistema de la taxatividad, por lo tanto no puede ser de recibo en procesos seguidos a imputados por delitos ajenos a los enunciados en la ley. Es que al tratarse de un medio extraordinario de investigación cuya utilización presenta riesgos, el legislador ha decidido regularlo para aquellos ilícitos graves cuyas características suelen tornar ineficaces las medidas comunes con un fuerte resultado de impunidad. De lo contrario (si se admitiera para cualquier delito), carecería de sentido que la normativa enumere las figuras concretas y se desvirtuaría su carácter excepcional.

2. Alcances

La ley establece que “la información que se aporte deberá referirse únicamente a los hechos ilícitos de los que haya sido partícipe y a sujetos cuya responsabilidad penal sea igual o mayor a la del imputado arrepentido” (art. 3º, 2º párrafo ley 27.304 y art. 197 segundo párrafo del CPPF).

La posibilidad de colaboración compensada no se limita solamente al hecho por el que se encuentra imputada la persona que busca declarar a cambio de un rédito, sino que también puede extenderse a hechos conexos (artículo 41 ter del CP). La conexidad está expresada en sentido amplio, pudiendo extenderse tanto a la de carácter procesal que habilita la acumulación de causas, como así también a la vinculación dada por las características del fenómeno delictivo y sus circunstancias.

Una interpretación armónica que concilie ese alcance de la conexidad, con la exigencia de que “la información objeto del acuerdo deberá referirse únicamente a los hechos ilícitos de los que haya sido partícipe” es concluyendo que puede declarar tanto respecto del hecho por el que se encuentra imputado en la causa en la que quiere hacer el acuerdo de colaboración, como así también en relación a cualquier otro ilícito previsto por ley en el que *haya participado*, siempre que tenga vinculación amplia (objetiva o temática) con el delito que se le atribuye.

La previsión abarca todas los grados de participación en el ilícito penal, sea como coautor, cómplice primario o secundario, o instigador; lo importante es que los sindicados por el arrepentidos no tengan una responsabilidad inferior o menor a la de él; como mínimo puede haber una paridad; pero mientras sindique a personas en estas condiciones, podrá incluir en su declaración a otros de menor responsabilidad.

3. Utilización en otros procesos

Las declaraciones y demás pruebas que se obtengan bajo este régimen pueden ser luego trasladadas o utilizadas en otros procesos en las que aparezcan útiles y pertinentes, porque se trata de documentos públicos válidamente obtenidos y, a diferencia de legislaciones anteriores (el artículo 5º ley 25.241 sobre terrorismo -derogado por el art. 17 de la ley 27.304- lo limitaba exclusivamente al mismo proceso o a otros por hechos relacionados o conexos), en la actual no existe una prohibición al respecto.

4. Reducción de pena

La reducción de la escala penal en el grado de la tentativa genera disparidades en distintas jurisdicciones por las diferencias interpretativas al respecto. En Córdoba se reduce un tercio el mínimo y la mitad el máximo (TSJCba., S. N° 112, 20/12/2002, “Herrera”; S. N° 42, 26/5/2004 en “Toledo”, entre otras); y en el orden nacional/federal al revés (CNCP., Plenario N° 2, 21/4/1995, “Villarino”). Teniendo en cuenta esta realidad, hubiese sido mejor que el legislador especificara concretamente la reducción.

5. Constitucionalidad

No hay afectación al derecho a no ser obligado a declarar involuntariamente en contra, puesto que quien decide sumarse a esta opción lo hace para beneficiarse, y por ende no se puede invocar un derecho establecido a su favor para perjudicarlo.

No hay vulneración del derecho a la igualdad ante la ley o los tribunales, porque no se encuentra en la misma situación el que aporta información valiosa para descubrir delitos graves y complejos.

6. Aspectos positivos y negativos de la reforma

La ley 27.304, de manera positiva, amplió la figura del imputado arrepentido en orden a los delitos en que puede acogerse a este beneficio de reducción de pena a cambio de colaboración eficaz.

Negativamente la reforma ha limitado o restringido la aplicación práctica de este medio extraordinario de investigación, haciendo que se reduzca su uso en casos más comunes en que antes se lo hacía con mayor fluidez o frecuencia (p. ej., narcotráfico). El acotamiento temporal para pedir declarar como imputado arrepentido, el procedimiento burocrático de acuerdo y homologación, la intervención de un fiscal y un juez que no serán los que decidan al momento de fijar la pena, la limitación a los hechos en que participó el imputado y la eliminación del beneficio de eximición de pena, han influido para este descenso, cuando, paradójicamente, se quiso lograr una mayor utilización.

7. Forma de las declaraciones

Respecto a la exigencia de registrar las declaraciones “a través de cualquier medio técnico idóneo que garantice su evaluación” posterior, puede ser grabado, filmado, escrito en computadora e impreso, etc. La falta de un medio técnico (p. ej., manifestaciones de puño y letra), no es causal de nulidad por no estar prevista esa formalidad bajo esa sanción. Su valor dependerá, en definitiva, de que pueda garantizarse su espontaneidad, originalidad y fidelidad para el análisis posterior con sus efectos.

La declaración con la información concreta puede ir integrando el convenio, o por separado.

La declaración que se hará en consecuencia del acuerdo no tiene la forma de la llamada comúnmente “indagatoria” ni mucho menos de la testimonial, porque no puede ir con juramento.

Respecto a la obligatoriedad de la asistencia del defensor del imputado, no es necesario que se trate del que está formalmente designado en la causa. A propuesta del imputado puede ser otro que lo asista especialmente como arrepentido (p. ej., el defensor oficial).

Esto tiene que ver con los casos que se presentan en la realidad donde al “perejil le pone el abogado su patrón” en el delito, práctica que puede ocurrir por el simple móvil de “no dejarlo regalado” o para tener el dominio de la estrategia y el control de lo que diga.

8. Oportunidad

La ley vigente especifica que el acuerdo con el imputado arrepentido “deberá realizarse antes del auto de elevación a juicio, cierre de la investigación preparatoria o acto procesal equivalente” (art. 3).

La limitación es problemática. Primero porque conspira contra el mejor aprovechamiento de la figura, ya que frecuentemente los acusados piden acogerse al régimen de reducción de pena en las postrimerías del juicio, sea que estén próximos el inicio del debate o la sentencia, e inclusive después. En segundo término, el acotamiento es conflictivo también porque la elevación a juicio no significa necesariamente la clausura total de la instrucción. Sustancialmente una investigación no se encuentra definitivamente agotada y cerrada hasta que sean individualizados todos los partícipes y se vean cumplidos todos sus fines. Por lo tanto, el auto de elevación a juicio del artículo 351 del CPPN y la clausura prevista en el artículo 353, sólo tienen efectos formales a los fines de habilitar el pase a la siguiente etapa de lo instruido y establecido hasta el momento. Si quedaran responsables a identificar o imputar, prófugos a encontrar, bienes a recuperar, consecuencias ulteriores a evitar, la etapa de instrucción, en sentido estricto, técnicamente todavía está abierta, aun cuando una parte del proceso se haya elevado a juicio. Apoya esta idea el texto del reformado artículo 41 ter del Código Penal que como marco temporal general prevé la reducción punitiva por colaboración del imputado “cuando durante la sustanciación del proceso” brinde la información. De esta manera, si en la etapa del juicio el Fiscal General o de Cámara toman conocimiento de la voluntad de un acusado de colaborar con un avance en alguno de esos aspectos inconclusos, más aún cuando quiso hacerlo anteriormente y no se lo permitieron, ameritaría la continuación y profundización de la investigación, porque la limitación prevista en el artículo 3 de la ley 27.304 (hasta la elevación a juicio o cierre) sólo se ha verificado parcialmente.

El nuevo Código Procesal Penal Federal ley 27.482 establece que los acuerdos de colaboración puedan hacerse antes de la audiencia de control de la acusación (art. 197), pero tampoco despeja el problema del alcance temporal, porque en el artículo 195 remite a los “términos establecidos en el artículo 41 ter del Código Penal”, y ya vimos que

esta norma contextualiza el arrepentimiento durante “el proceso”, sin limitarlo a la investigación preparatoria.

9. El control jurisdiccional

El acuerdo debe ser presentado al juez de la causa a los fines de la homologación, pudiendo aprobarlo o rechazarlo en “audiencia convocada al efecto con la presencia del imputado arrepentido, su defensor y el fiscal”, en la cual “escuchará a las partes y se asegurará que el imputado arrepentido tenga debido conocimiento de los alcances y las consecuencias del acuerdo suscripto” (arts. 9 y 10). La norma se refiere a una audiencia oral con inmediación.

El juez lo aprobará “si el imputado arrepentido hubiera actuado voluntariamente y se hubieran cumplido los demás requisitos previstos en los términos del artículo 41 ter del Código Penal y de la presente ley” (27.304). Esto significa que el rechazo no es discrecional, sino que debe estar fundado en la ausencia de tales requisitos.

En un sistema acusatorio, el control del juez debería relacionarse sólo con asegurar que el imputado lo haya suscripto voluntariamente y conociendo sus derechos, como así también que se hayan cumplido los requisitos legales externos (delito permitido por ley, tipo de información a aportar, reducción punitiva ajustada a lo establecido normativamente, etc.).

Si se produce el rechazo, “las actuaciones deberán quedar reservadas y las manifestaciones efectuadas por el imputado arrepentido no podrán valorarse en su contra ni en perjuicio de terceros” (art. 10 última parte). Esto constituye una prohibición específica de valoración que se vuelve una suerte de excepción al principio de legalidad de la acción penal, ya que ante el anoticiamiento de los delitos que se hayan producido en el marco del acuerdo rechazado, no se puede proceder.

10. Impugnación del rechazo

Una situación no prevista en la legislación es cuando el imputado quiere y pide declarar como arrepentido, y el fiscal se niega a celebrar el acuerdo. Si el fiscal se niega a celebrar el acuerdo dando razones válidas (p. ej., no se dan los requisitos legales, la información que se le ofrece ya está en su conocimiento, el imputado sólo cuenta con información insuficiente, vaga o genérica, las personas que sindicá aparecen de menor responsabilidad, los datos no permitirán el descubrimiento de hechos que justifiquen la reducción punitiva, etc.), la defensa carece de un remedio para cuestionarlo, porque la

decisión de celebrar el acuerdo es discrecional del titular de la acción de la acción pública, según convenga o no a la actividad persecutoria de acuerdo a su criterio, y no se trata de un derecho exclusivo del imputado.

Si la negativa o renuencia son evidentemente infundadas o arbitrarias, ya sea porque no se da ninguna explicación, los motivos invocados son falsos, o directamente hay falta de predisposición para ampliar la investigación, en estos casos se puede provocar un análisis interno por parte del Ministerio Público. En el difícil caso de que el abogado logre poner en evidencia que con la negativa inexplicada se le está violando el derecho de defensa y causándole un agravio, el juez podría invalidar el acto infundado, pero no más. Hasta ahí llega la posibilidad jurisdiccional: provocar que el fiscal se expida dando razones. El tribunal no podrá obligar al Ministerio Público a celebrar el acuerdo, porque se trataría ya de una extralimitación invasiva sobre facultades de un órgano independiente (CN., 120) que las ejerce “con autonomía funcional, sin sujeción a instrucción o directivas emanadas de órganos ajenos a su estructura” (art. 4 de la LOMP 27.148). Si la falta de fundamentación persiste, el juez podrá hacer la comunicación pertinente a los fines disciplinarios (art. 66 segundo párrafo LOMP).

11. Plazo para corroborar la información

El instructor tiene el plazo máximo de un año para “corroborar el cumplimiento de las obligaciones que el imputado arrepentido hubiera contraído en el marco del acuerdo, especialmente la verosimilitud y utilidad, total o parcial, de la información que hubiera proporcionado”. El plazo es ordenatorio, por lo que su vencimiento no acarrea la caducidad. Supongamos que por la complejidad de la información aportada, o por lentitud judicial, al cumplirse el año todavía estén pendientes resultados probatorios, no parece la mejor solución cargarle esa situación al arrepentido e impedir que continúe la actividad investigativa con el perjuicio que ello le deparará para la reducción punitiva. Tampoco dar por ciertos o confirmados los datos por el fenecimiento del plazo. Por lo tanto, el principal efecto de ese término es que una vez vencido, se podría interponer el “pronto despacho” para exigir su cumplimiento (CPPN., 127).

Cuando la información proporcionada por el arrepentido fue idónea (de calidad) para lograr su efecto, pero no pudo ser corroborada por ineficacia, impericia, desidia o inactividad de los órganos encargados, es razonable la jurisprudencia que excepcionalmente ha aceptado que pueda haber reducción en estos casos e inclusive en el debate parlamentario la posibilidad fue expresamente admitida.

12. Aplicación en el tiempo

La ley 27.304 que introdujo la nueva regulación sobre los arrepentidos es esencialmente sustantiva, no sólo porque se incorporó al código penal modificando el artículo 41 ter, sino también en cuanto modifica las escalas penales. Y como las reduce, se trata de una ley más benigna (CP., 2), a punto tal que muchos imputados desean acogerse a sus beneficios. No cambia esta conclusión el hecho que de la aplicación puedan resultar consecuencias perjudiciales para las personas inculcadas por el arrepentido, porque respecto a aquellas se trata del efecto procesal de la figura derivado de su uso como medio de investigación y adquisición de pruebas. Entonces, desde lo sustancial es más favorable para el que se acoge a sus beneficios. Tampoco le quita el carácter de ley más benigna la creación del tipo penal del suministro de información falsa o inexacta (CP., 276 bis), desde que el hecho generador de responsabilidad (mentir) será siempre posterior a la nueva ley, siendo imposible su aplicación retroactiva. Si la ley actual fuera perjudicial, no habría imputados de hechos anteriores que quieran someterse a sus efectos. En consecuencia, por el principio de ley más benigna (CP., 2), se la puede aplicar a hechos anteriores por delitos previstos ahora en la reforma y que antes no lo estaban (p. ej., delitos contra la administración pública). Por el mismo principio la nueva ley, en sus aspectos más restrictivos, no es oponible a los casos anteriores en que sí se podía declarar como arrepentido. Por ejemplo, en orden a la oportunidad para acogerse al beneficio, antes podía ser durante todo el proceso, por ende la restricción temporal actual no se debe aplicar a los hechos anteriores, y se podría aceptar la colaboración después de clausurada la investigación. En cuanto a la reducción de la pena, antes se podía llegar a eximir de pena al arrepentido (art. 29 ter ley 23.737), y además se le permitía que diera información sobre cualquier delito previsto en esa ley (art. 29 ter inc. b), entonces esas posibilidades siguen teniendo los imputados por hechos cometidos durante su vigencia.

13. Aplicación en jurisdicción ordinaria

Si bien buena parte de las figuras en que se prevé la actuación del imputado arrepentido son de competencia federal, también hay delitos ordinarios (p. ej., contra la administración pública local o la integridad sexual, narcomenudeo en las provincias que lo desfederalizaron). Siendo ley de naturaleza penal en lo que atañe a la reducción de penas, rige para todas las provincias y éstas no pueden modificar la reducción punitiva prevista en el artículo 41 ter del CP. Lo que no será aplicable en su órbita es la parte

procesal (o sea, el procedimiento), porque es materia que constitucionalmente aquellas se reservaron para su legislación (CN., 5 y 121). Por lo tanto, mientras las leyes provinciales no reglamenten un procedimiento, existe libertad de formas y trámite para su aplicación en causas ordinarias (p. ej., admitiéndolo en la etapa del juicio). Esto no es un impedimento para hacerlo, porque no hace falta establecer legalmente el mecanismo de realización para que se vuelva operativa. Así ocurría antes de esta ley, cuando la figura del arrepentido regía para algunos delitos (p. ej., narcotráfico), pero no estaba estipulado un mecanismo de incorporación, entonces era la práctica o costumbre judicial la que moldeaba las formas. Inclusive funcionaba mejor así que ahora con su procedimiento burocrático.

14. Legislación de la Provincia de Córdoba

La invitación a las provincias a adherir al procedimiento que hace la ley nacional del arrepentido 27.304 en su artículo 18, no tuvo mayor efecto en los primeros tiempos de vigencia. El 19 de diciembre de 2018 la legislatura de Córdoba aprobó una normativa en tal sentido (N° 10.602), modificando el Código Procesal local. En líneas generales sigue el diseño previsto en la ley nacional (acuerdo, requisitos, formalidades, alcances, fines, homologación, impugnación, valoración), pero con varias particularidades, entre las que cabe destacar:

a) Introduce como causal de prisión preventiva el caso del arrepentido cuya información no fue admitida como “provisionalmente corroborada” en la audiencia a tal fin establecida en el artículo 360 septies. Lo toma como una “eventual existencia de peligro” de entorpecimiento que “podrá inferirse” de aquella circunstancia (arts. 281 ter inc. 1° y 360 septies in fine del CPPC). Es complicada la disposición, porque en la práctica la “no corroboración” a veces se da por dificultades probatorias ajenas al imputado y no necesariamente implican que haya dado información falsa, a punto tal que jurisprudencialmente a veces hasta se ha aplicado igualmente la reducción punitiva (según lo tratado en este capítulo, en el punto sobre la “incorporación y cumplimiento del acuerdo”). De todas formas, como no es de aplicación automática u obligatoria, su aplicación debería limitarse a los casos en que se haya verificado mendacidad en los datos aportados por el delator. b) En cuanto al contenido del acuerdo, exige la obligación del imputado “de pedir perdón público en la forma y oportunidad que el Tribunal de Sentencia lo disponga”; y “una propuesta concreta de reparación o restitución de los fondos, bienes, efectos, productos o ganancias del delito por el cual se brindare

colaboración, con las que se hubiere beneficiado el imputado arrepentido” (art. 360 quater del CPPC). La curiosa disposición fue introducida siguiendo la concepción de la tradición judeocristiana del arrepentimiento moral o genuino, que no es precisamente la regla en los que deciden colaborar a cambio de menos pena. Este pedido, además de constituir una formalidad no necesariamente sincera, puede ir en contra de la exigencia de confidencialidad del acuerdo, porque expone de manera evidente al que declaró como tal, quedando carentes de sentido los recaudos que se suelen tomar para evitar que se conozca tal extremo (v.gr. anonimato, reducción de pena por resolución separada, etc.).

c) Hasta tanto la información o los datos que proporcione el imputado arrepentido no se corroboren con el grado de probabilidad que se requiere para dictar la prisión preventiva o acusar en el requerimiento de citación a juicio, no podrá evaluarse la adopción o sustitución de medidas de coerción (art. 360 sexies). Constituye otro obstáculo al uso del medio extraordinario de investigación, porque es frecuente que el primer interés para declarar como arrepentido sea la mira de la pronta liberación.

d) A la audiencia de homologación ante el Juez de Control (CPPC., 360 quinquies) similar a la prevista en el procedimiento nacional establecido en la ley 27.304, le suma otra de corroboración a realizarse en el plazo perentorio máximo de un año a contar desde la homologación, a fin de establecer si “se ha logrado razonablemente corroborar la veracidad, pertinencia y grado de relevancia conviccional de la información proporcionada por el imputado arrepentido” con grado de probabilidad, “y si se han cumplido las demás obligaciones que aquél hubiera contraído” (art. 360 septies del CPPC). El artículo presenta varios problemas para la práctica, derivados principalmente de que ha sido diseñado pensando en una causa única en la que un imputado declara como arrepentido, se investiga la información aportada y se juzga todo al mismo tiempo. Pero la realidad indica que esto no siempre es así, sobre todo considerando que se permite el instituto para esclarecer, no sólo el hecho atribuido al arrepentido, sino también otros conexos (art. 1 ley 27.304). La complejidad de las maniobras y del fenómeno delictivo, a partir de los dichos del delator, suelen imponer separaciones, desgloses de las pesquisas, inclusive en varias líneas o en distintos lugares. Si pensamos en el miembro de una asociación ilícita que decide colaborar a cambio de una reducción de pena y “prende el ventilador” anoticiando un elenco nutrido de delitos cometidos por la banda, se puede producir un racimo de investigaciones que no siempre podrán ser

abarcadas en un solitario proceso. En base al citado diseño de causa única, la nueva ley local dispone que la audiencia de corroboración sea realizada por el Juez de Control, sin tener en cuenta que muchas veces, al momento de analizarse la verificación, la causa en la que hay que aplicar la reducción ya está elevada a juicio. Además, se establece que en caso afirmativo (de corroborarse la información con grado de probabilidad) la “ejecución del beneficio se diferirá al momento del dictado de la sentencia de condena por el Tribunal de Juicio”, sin contemplar la hipótesis de la praxis, cuando el momento de dictar sentencia llega antes del de la corroboración de la información (aquí la reducción de pena se podría hacer después de la sentencia). Por otra parte, al establecerse que esa audiencia debe hacerse a pedido de la fiscalía o la defensa en el plazo perentorio máximo de un año desde la homologación, deja una laguna para las consecuencias del vencimiento de ese plazo cuando hubo corroboración: ¿caduca la posibilidad de la audiencia y no se puede reducir la pena?; ¿caduca pero igualmente puede haber aplicación del beneficio?; y en ese caso, ¿quién lo analiza?

e) En cuanto a la oportunidad para celebrar el acuerdo de colaboración, el artículo 360 ter dice que es desde el inicio de la investigación y hasta que el Ministerio Público Fiscal la estime cumplida. En este punto la disposición es más flexible que la normativa nacional (que la limita hasta la elevación a juicio), por cuanto da más pié para la interpretación que allí propiciamos, favorable a reabrir o ampliar la instrucción, inclusive después de la clausura, cuando de las declaraciones de un arrepentido surja que no está agotada. En similar sentido lo ha interpretado también con buen criterio la jurisprudencia local analizando meticulosamente la cuestión y sus implicancias (CAcus.Cba., A.I. N° 580, Tomo 8, F°2285, 27/11/2019, “Actuaciones labradas...”, voto del Dr. Davies, al que adhieren los vocales Salazar y Farías).

La normativa que comentamos regulada en Córdoba fue pensada para hacer más eficientes las investigaciones. El autor del proyecto en la discusión parlamentaria habló de herramientas que permitan generar mayor eficacia en la Justicia, que los jueces y fiscales puedan tener elementos concretos y claros para llevar investigaciones con mayor celeridad (discurso del legislador Bee Sellares). Sin embargo, la ley local optó por seguir el procedimiento nacional (teniendo autonomía para hacerlo de otra manera), replicando así los aspectos negativos de aquel (explicados anteriormente), e inclusive en algunos casos profundizándolos, como sucede con la mayor burocratización -p. ej., audiencia de corroboración-; o agregado de limitaciones -p. ej., para la sustitución de medidas de coerción-.

15. Valoración

En el sistema de la ley 27.304 la declaración como imputado arrepentido, no sólo constituye una delación, también implica una confesión, porque la información que aporte deberá referirse “a los *hechos ilícitos de los que haya sido partícipe* y a sujetos cuya responsabilidad penal sea igual o mayor a la del imputado arrepentido” (art. 3 segundo párrafo). En consecuencia, si el arrepentido declara con conocimiento y lujo de detalles sobre un delito del que participó respecto a otros que tuvieron igual o más involucramiento que él, aun cuando no profundice sobre su rol ni lo reconozca expresamente, implícitamente está aceptando también su participación. El nuevo Código Procesal Penal Federal de la Nación blanquea esta realidad, y directamente prevé que el acuerdo de colaboración contenga “el grado de participación que acepta el imputado” (art. 199 inc. a).

En el juicio no podrá recaer sentencia condenatoria fundada únicamente en las manifestaciones del arrepentido, y “para la asignación de responsabilidad penal sobre la base de estos elementos, el órgano judicial deberá indicar de manera precisa y fundada la correlación existente entre esas manifestaciones y las restantes pruebas en que se sustenta la condena” (art. 15). Agrega la norma que “la materialidad de un hecho delictivo no podrá probarse únicamente sobre la base de esas manifestaciones”.

Este es un punto especialmente importante. Lamentablemente la historia demuestra que existen declaraciones mendaces de “arrepentidos” que sólo persiguen obtener beneficios procesales o penales a cualquier costa valiéndose de funcionarios engañados, ingenuos, indiferentes o de mala fe que terminan comprando o vendiendo un buzón a costa de terceros. Por la fragilidad y desconfianza histórica hacia los delatores, la regla debe ser la no credibilidad de lo que no sea confirmado por pruebas externas. La declaración de un arrepentido no deja de ser la declaración de un imputado que tiene un interés específico. Por eso su valor autónomo es muy bajo. Se trata más de una medida de investigación que de un medio de prueba, porque sirve principalmente como instrumento para conseguir evidencias, generar hipótesis de investigación u orientar la pesquisa, pero por sí misma y huérfana de apoyo externo no genera un conocimiento cierto o probable de calidad. Sin corroboración probatoria de lo que dice, son meras palabras sujetas a comprobación. Ni siquiera el recurso de probar algunos tramos de la versión puede dar lugar a inferir la veracidad del todo, porque la experiencia indica el viejo recurso de dar versiones

parcialmente verdaderas, que mezclan verdades y mentiras en distintas proporciones. Y saber en qué porcentaje esto ocurre, sólo puede establecerse en base a evidencias.

**CUESTIONES ATINENTES A LA NUEVA LEY DEL
ARREPENTIDO.
LEY 27.304 (B.O. 02/11/2016)**

Por Valeria Paula Rissi

Capítulo I

Introducción

El presente trabajo tiene por objeto abordar algunos de los interrogantes que plantea la nueva ley Nacional 27.304 (B.O. 02/11/2016) que incorpora la figura del imputado arrepentido a partir de las modificaciones que introduce a los arts. 41 ter y 276 bis del Código Penal y que atañen a la declaración misma de aquél, a las consecuencias de sus manifestaciones -beneficio por un lado o nuevo ilícito si miente-, oportunidad y forma en que deben enmarcarse cada uno de los momentos y actos regulados por la normativa, aplicación exclusiva para los tipos penales contemplados por el art. 41 ter o posibilidad de extensión a otros hechos que se atribuyan al imputado en la misma causa, entre otros. No obstante, a fin de introducir el estudio sobre el tema, hemos seleccionado ciertas cuestiones que, por sus implicancias, entendemos actualmente de mayor utilidad, sin pretender con ello agotar todas las particularidades que presenta este instituto.

- 1) El art. 18 establece: “Invítase a las provincias a adoptar las normas procesales correspondientes a los efectos de concordarlas con las disposiciones contenidas en la presente ley”. ¿Cuál es el alcance de tal invitación? Hasta tanto no se regule en el código procesal provincial ¿no es aplicable esta figura? ¿Las provincias pueden optar por no contemplarla o es obligatoria su implementación?

Con relación al primer aspecto planteado, esto es, el relativo al alcance de la invitación formulada a las provincias con respecto a la adecuación de su normativa procesal al nuevo instituto, coincido con el Dr. Cafferata Nores cuando sostiene tanto que no es aplicable *per se* a las Provincias por cuanto ha sido dictada solamente para el orden federal y nacional, como que tal conclusión resulta acorde con la decisión de política legislativa en que se enmarcó la reforma al art 59 del CP.

En primer término, corresponde aclarar que de la exposición de motivos de la ley en cuestión no surge claramente el sentido de la invitación.

Así, el Diputado por Salta David sostuvo: “También se ha receptado nuestra sugerencia de que la figura del arrepentido sea incluida en el Código Penal de la Nación. Esto es muy importante, porque **una vez sancionada la ley los jueces de las provincias podrán utilizar inmediatamente esta figura**. Convengamos que los delitos de los que estamos hablando son interjurisdiccionales; por ende, de muy poco hubiese servido todo esto si no se lo incluía en la legislación de fondo”.

Por el contrario, la Diputada por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires LOPARDO dijo: “De modo que tanto la figura del arrepentido para los delitos de corrupción como los relativos al proxenetismo, trata de menores, prostitución y pornografía infantil vienen a sumarse a dicha figura que ya estaba reconocida para otros delitos. **Las provincias pueden sumarse dictando medidas similares**. Con la figura del arrepentido se está ofreciendo un beneficio que permite remontar la cadena de responsables para esclarecer los hechos, identificar a los culpables, llegar a la fuente de financiamiento e identificar el paradero de la persona y no solamente la identidad de quienes son los autores y partícipes de estos delitos de tanta gravedad.

En conclusión, por más que la política legislativa haya optado por la reforma al código penal como pretensa solución de fondo, si las distintas provincias no tienen regulaciones procesales que recepten esa normativa o que, al menos, se compatible con aquélla, deviene inaplicable. De lo contrario, y al igual que lo sostuve con relación a la reforma del art. 59, se tornaría en una cuestión discrecional, aplicable arbitrariamente, con la afectación que ello puede importar no sólo respecto del principio de igualdad, sino fundamentalmente de la seguridad jurídica.

No obstante estimo que, al haber sido incluidos en el catálogo contemplado por el art. 41 *ter* del Código Penal diversos tipos delictivos que resultan de competencia provincial, deviene necesaria la reforma del código de forma a fin de regular los aspectos atinentes a la nueva figura y adaptar la normativa de modo que no resulte incompatible con aquélla.

En este sentido, la Provincia de Buenos Aires recientemente ha presentado su proyecto de reforma al Código Procesal Penal, con el fin de “reglamentar la ley nacional del arrepentido”, y, al decir de varios, con el objeto de ser la primer provincia en aplicar

este instituto. Específicamente, dentro de los fundamentos del mencionado proyecto se consigna “En cuanto concierne al nuevo artículo 233 quinqués, la fuente directa es la propia ley 27.304, en tanto la regulación propuesta en esta nueva norma es consecuencia directa de la invitación contenida en el artículo 18 de dicha ley nacional. Ello, por cierto, con las naturales adaptaciones que son consecuencia de las características propias del ordenamiento procesal provincial”.

El tipo delictivo previsto en el art. 276 bis del CP ¿es compatible con el art. 259 del CPPCba?

2) Si consideramos que resulta aplicable en el ámbito de nuestra provincia de Córdoba pese a la falta de regulación por el código procesal local ¿cómo se compatibilizaría el nuevo tipo delictivo previsto por el art. 276 bis C.P. con lo establecido por el art. 259 CPPCba. ¿en el sentido que “en ningún caso se le requerirá juramento o promesa de decir verdad, ni se ejercerá contra él coacción o amenaza, ni se usará medio alguno para obligarlo, inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad, ni se le harán cargos o reconvenciones tendientes a obtener su confesión. La inobservancia de este precepto hará nulo el acto, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria o penal que corresponda”.

De acuerdo a lo sostenido en el punto anterior, estimo que la recepción de la declaración del imputado en el marco de la ley del arrepentido y a la luz del nuevo tipo previsto por el art. 276 bis del Código Penal resulta incompatible con lo estipulado en la primera parte del art. 259 del Código Procesal Penal de nuestra Provincia. Es por ello que debería reformarse el mencionado código estableciendo una suerte de excepción en caso de que la declaración que brinde el imputado sea en el marco de la ley del arrepentido.

Esto no debe confundirse con la segunda parte de la norma relativa a la prohibición de inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad o a obtener su confesión, porque más allá de la válida opinión en contrario de especialistas en la materia (ver al respecto, la opinión de Marcelo Sancinetti en el recinto de la Cámara de Senadores al ser convocado en el marco del tratamiento de este proyecto), aquí el imputado accede voluntariamente a prestar su declaración, para ello la nueva ley le exige el reconocimiento del hecho que se le atribuye y su grado de participación, lo cual no es

objetable ya que similar aplicación se contempla en el juicio abreviado, cuyo fundamento utilitario resulta común al instituto aquí se analiza: la reducción de pena como recompensa por su colaboración, solo que en un caso para acortar el proceso y en el otro para obtener datos que permitan avanzar en la investigación. Así, con relación al primero se ha sostenido: “La realización de un debate oral y público, con intermediación y contradicción, cuyos resultados probatorios sean la base exclusiva de una sentencia, constituye un derecho del acusado, que puede no usar si esto fuera lo que más le conviene, **siempre que la ley procesal prevea otra alternativa**, y no se comprometan sus derechos ni los principios fundamentales del proceso” –el destacado me pertenece– (CAFFERATA NORES, José I., *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Del Puerto, Buenos Aires, 2000, pag. 178). En este sentido, el art. 259 del CPP Cba. es categórico al receptor que “**en ningún caso se le requerirá juramento o promesa de decir verdad, ni se ejercerá contra él coacción o amenaza**”. Y si bien podría argumentarse que en la causa en que se brinda esa declaración, con la advertencia de que si miente o brinda información falsa su conducta encuadrará en el delito previsto por el art. 276 bis del Código Penal, no se verifica perjuicio que amerite la sanción de nulidad que prevé la última parte de la norma, sí podría ser invocado en caso de que se concluya que el imputado “arrepentido” brindó datos o información falsa y que, en base a ello, se inicie otra causa en su contra, ya que la génesis de ésta será precisamente la declaración que brindó el imputado en los términos indicados, y en la que, conforme la garantía de la defensa en juicio, él podría haber optado por mentir.

Es por ello que, si bien estoy de acuerdo con la necesidad de que exista un mecanismo por el cual quien “colabora” como “arrepentido” no termine perjudicando aún más la investigación, por ejemplo desviándola o distrayendo recursos, o bien la utilice para perjudicar a terceros, considero que debe establecerse una específica regulación legal que contemple una excepción al art. 259 mencionado.

Otra forma podría ser el incluir, dentro de la reforma al Código Procesal Penal que se encuentra pendiente respecto del principio de oportunidad, algún supuesto que le permita al Fiscal de Instrucción prescindir de la acción iniciada en contra de un imputado que colabore con la investigación en los términos de la ley Nacional, y habilitar de esta manera su testimonio, el cual deberá ser bajo juramento de decir verdad y con las previsiones del art. 275, y no ya con las del 276 bis del Código Penal.

En este sentido, el Proyecto de ley enviado al Congreso para la reforma al Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires con motivo de la sanción de la ley del arrepentido, prevé la posibilidad de que el fiscal archive la causa seguida en contra de quien colabora con la investigación, quien luego deberá declarar como testigo. Al respecto, el subsecretario de Justicia bonaerense Adrián Grassi sostuvo que “El imputado, en una indagatoria, puede mentir, pero el testigo no. Si este último lo hace, tiene una expectativa de pena de prisión con un máximo de 10 años en el CPP, y por eso el valor de una persona como testigo es mucho mayor al de aquel que está imputado” y agregó que “En el marco de una estructura criminal, y teniendo en cuenta que los imputados pueden negarse a declarar o pueden mentir -y que eso no les implica ninguna consecuencia porque es un derecho constitucional-, para que colaboren con la investigación y aporten datos relevantes vamos a darles algún tipo de premio, como dice la ley nacional: vamos a reducirles la pena o, lo que pensamos a nivel provincial, hacer que el fiscal pueda archivarles la causa si el delito es muy leve” (<http://diariohoy.net/politica/como-sera-la-ley-del-arrepentido-en-la-provincia-90898>).

Sea cual fuere el mecanismo que se prevea a nivel provincial con el fin de incorporar herramientas que permitan asegurar que la información brindada por quien se acoge a la ley del arrepentido sea veraz, la cual necesariamente debe prever alguna consecuencia para quien aporte maliciosamente datos falsos, lo cierto es que no puede prescindirse de tal reglamentación.

El Acuerdo de Colaboración

3) Acuerdo de colaboración: Teniendo en cuenta que el art. 7 de la ley establece, entre los requisitos formales del acuerdo, que debe constar el beneficio que se otorgará por la colaboración prestada por el imputado arrepentido, y el art. 5, entre los criterios para aplicar los beneficios, contempla el tipo y alcance de la información brindada, la utilidad de la información aportada para alcanzar las finalidades previstas, la gravedad de los delitos que el imputado ha contribuido a esclarecer o impedir, información de la cual obviamente se carece al momento de celebrar el acuerdo. ¿Cómo implementaría dicho acuerdo?

Tal como está redactado el art. 7 de la ley 27.304, estimo que resultaría imposible acordar, en el mismo momento, cuál es la información que va a aportar el imputado que declare como “arrepentido” y cuál será el alcance del beneficio que se le ofrece. Ello, por

cuanto conforme el art. 5 de la misma ley, los criterios para determinar la extensión y el alcance de dicho beneficio se valorarían en un momento posterior, luego de la investigación de la información aportada, de su comprobación y de la fijación de su utilidad.

Solo a modo de opinión personal, porque no contamos con reglamentación sobre el punto, imagino una primera declaración en la que el imputado brinde la información, su correspondiente corroboración y, finalmente, la formalización del acuerdo. Ahora bien ¿qué pasaría si el imputado no se conforma con el beneficio ofrecido? Si bien es claro que la información aportada no podría valorarse de ninguna manera, lo cierto es que ya habrá ingresado a la esfera de conocimiento del operador judicial, con lo que ello implica en términos de investigación. Lo mismo sucedería si, una vez formalizado el acuerdo, éste no es homologado por el Juez.

Pero además, considero que la literalidad del art. 41 *ter* del Código Penal también plantea un interrogante con relación a la extensión del beneficio al que se hizo referencia, en tanto parecería ser que el único beneficio estaría determinado por la “reducción de las escalas penales a las de la tentativa”, lo cual no ofrecería un margen de valoración sino la aplicación lisa y llana de esa reducción. Distinto hubiese sido si la ley establecía que “podrán reducirse **hasta** las de la tentativa”, conformándose así una nueva escala penal que tenga como piso la correspondiente a la tentativa del delito y como techo la del delito consumado, cuya fijación dependa de la utilidad de la información aportada, momento en que se efectúa el aporte, y demás pautas del art. 5 de la ley, y dentro de esa nueva escala luego se individualice, por parte del tribunal de juicio, la eventual pena que le corresponda conforme los arts. 40 y 41 del Código Penal.

Repárese que el proyecto original establecía que “el Tribunal podrá **reducir** la escala penal de prisión aplicando la de la tentativa o limitándola **hasta** la mitad del mínimo y del máximo o **eximirla** de ella al imputado...”.

Y así es como también se regula en las leyes especiales que ya contemplaban este instituto, tal como la ley 23.737, con las modificaciones introducidas por la ley 24.424, cuyo art. 29 *ter* que establece que “el tribunal podrá reducirle las penas **hasta** la mitad del mínimo y del máximo o **eximirla** de ellas”. Por su parte, la Ley 25.241 que dispone la reducción de penas a quienes colaboren contra hechos de terrorismo, prevé en su artículo segundo que: "En los supuestos establecidos en el artículo anterior, podrá

excepcionalmente reducirse la escala penal aplicando la de la Tentativa o limitándola a la mitad”.

Finalmente, y pese a que no integra los puntos objeto de planteo, considero pertinente resaltar que, desde mi punto de vista, resulta imprescindible que se adopten todas las medidas conducentes al esclarecimiento de los hechos delictivos, más aún si se tiene en cuenta no sólo el crecimiento que se ha verificado en los últimos años, sino fundamentalmente la variación en las modalidades delictivas, el avance en el uso de tecnologías, etc., que exigen un máximo esfuerzo por parte del Estado, aunque para ello deba sacrificar una porción de la acción penal; en este sentido, repárese que la presente ley no contempla la eximición de pena para el arrepentido, como sí lo hacían algunas otras leyes que regulaban el instituto, sino sólo una reducción de la escala penal, la que sólo va a verificarse cuando se hayan alcanzado los fines en virtud de los cuales fue otorgada, y con ello, pese a aquella reducción, la investigación penal preparatoria habrá resultado más eficaz, en cuanto a su finalidad y objeto, conforme lo previsto por los arts. 302 y 303 del CPP Cba., más aún si se tiene en cuenta que sólo podrá acogerse a este instituto quien brinde información relativa a sujetos cuya responsabilidad penal sea igual o mayor a la suya, y que se excluye a quienes hayan ejercido o estén ejerciendo los máximos cargos públicos (susceptibles del proceso de juicio político).

Sin perjuicio de ello, también cabe resaltar que en la discusión parlamentaria de la presente ley se puso de resalto, a través del informe de la minoría en diputados, la inutilidad que para algunos tuvo este instituto en el esclarecimiento de los hechos que motivaron las oportunas reformas legislativas que ampliaron los supuestos aplicables.

En este sentido se indicó que, con la modificación introducida a la ley 23737, lejos estuvo el narcotráfico de ser desmantelado por figuras procesales como éstas. Asimismo se señaló que el 17 de marzo del año 2000 se dictó la ley 25.241, sobre hechos de terrorismo, que tenía en miras el atentado de la AMIA y sin embargo, la impunidad reinante en esta causa muestra la inutilidad de esta incorporación del arrepentido.

Lo propio cabe decir con relación a lo que se consideró como “una de las reformas más reaccionarias al Código Penal”, en tanto al calor del trágico secuestro y asesinato de Axel Blumberg se dictó la ley 25.742 (20/06/2003), conocida como “ley antisequestro”, al igual que con la ley 26.364 sobre Trata de personas, publicada en el Boletín Oficial con fecha 30 de abril del año 2008. Y, según sostuvieron, lo mismo

sucedió con relación a la ley de lavado de activos de origen delictivo, por lo que concluyeron que es notoria la inutilidad de la figura del arrepentido para perseguir estos hechos y es así que, a pesar de estar legislada en varias leyes, nadie ha podido aportar las estadísticas que demuestran que es necesario ampliarla a partir de comprobar su efectividad.

También se han efectuado otras críticas relativas al instituto, principalmente por especialistas en la materia que concurrieron a brindar su opinión por ante el Senado, oportunidad en la que fueron coincidentes en cuestionar la aplicación de la ley del arrepentido sólo para ciertos delitos incluidos arbitrariamente y no para todo el elenco previsto por el Código Penal (como sí lo regula por ejemplo el Código Alemán). En este sentido, se pronunciaron Marcelo Sancinetti, Francisco Castex, entre otros.

Otro aspecto que ha sido omitido en la regulación legal, y también en su tratamiento, es el relativo al rol que con relación a este instituto puede tener el querellante particular, respecto de quien ni siquiera se establece la posibilidad de que emita su opinión, al menos formal, lo cual resulta criticable al igual que sucede con relación al juicio abreviado; no obstante, no profundizaré sobre el tema ya que no fue objeto del planteo inicial, pero no quería dejar de mencionarlo para reforzar la conclusión esbozada a lo largo de este trabajo con relación a la necesidad de que nuestra provincia reglamente la flamante figura del arrepentido. Porque me pregunto: ¿puede el compromiso asumido por el Fiscal al momento de celebrar el acuerdo con el imputado ser impuesto al querellante particular? Si al momento de celebrarse el juicio el Fiscal cumple su “promesa” y solicita respecto del imputado una pena enmarcada en la nueva escala penal (tentativa) pero el querellante particular pide una pena superior, ¿el acuerdo celebrado por el Fiscal obliga al tribunal de juicio? No se advierte respecto del instituto del arrepentido una norma similar a la prevista por el art. 415 del CPP. Sólo a modo de ejemplo voy a mencionar que el Proyecto de reforma al Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires al que hice referencia establece, al prever la posibilidad de que el Fiscal pueda archivar la causa seguida en contra del imputado “arrepentido”, que “El archivo se notificará al particular damnificado y al fiscal general. El primero podrá instar su revisión por ante el fiscal general en los términos del artículo 83 inciso 8, quien además, estará facultado a revisar su razonabilidad de oficio, y con carácter previo a la declaración prevista en el párrafo anterior. Todo ello, dentro del plazo de cuarenta y ocho (48) horas.

En casos de urgencia, podrá prescindirse de la notificación al particular damnificado, y el aviso al fiscal general deberá ser cursado en forma inmediata”.

Reflexión aparte merece un interrogante que puede plantearse en el ámbito de nuestra provincia, y es el relativo a ¿qué pasaría si el imputado “arrepentido” optara también por un juicio abreviado?, ¿podría tener un doble beneficio? Porque si la respuesta es negativa, qué sentido tendría delatar a sus “superiores” y brindar información para esclarecer la investigación, si con reconocer el hecho que se le atribuye y su participación (que también integra el acuerdo celebrado con el fiscal en el marco de la ley analizada) puede ya obtener algún beneficio.

Conclusión

Conforme todo el desarrollo precedente considero que resulta imperiosa la modificación al Código Procesal Penal de nuestra Provincia, no solo para “adoptar las normas procesales correspondientes a los efectos de concordarlas con las disposiciones contenidas” en la ley 27.304, conforme su art. 18, sino también para finalmente regular los supuestos, alcances, etc. de la reforma al art. 59 del Código Penal operada por la ley 27147 del año 2015, que tiene patrones comunes con aquella, como así también que dicha reforma no debe ser parcial y aislada sino que exige un análisis integral de su normativa que permita también la revisión de aspectos en los que nuestra provincia ha sido pionera (juicio abreviado, querellante particular, entre otros) de modo tal que cualquier modificación que se efectúe en el código guarde armonía con el resto de sus previsiones.

ALGUNOS INTERROGANTES SOBRE LA LEY DEL ARREPENTIDO. LEY N° 27.304.

Por Patricia Soria
Ivana Rossi

Introducción

El presente análisis responde a una interpretación dogmática conforme a los interrogantes propuestos. Las opiniones personales de las suscriptas es que la figura del arrepentido no se corresponde con la sistemática de todo nuestro ordenamiento jurídico penal, además de considerar que su implementación deja a descubierto el fracaso de los sistemas de persecución penal. Estas razones impactan en la escasa y casi nula aplicación práctica del instituto en nuestro país. Conforme al relevamiento empírico del Ministerio de Justicia de la Nación en los Tribunales Orales Federales en el año 2016 se aplicó en sólo 7 casos.¹⁵³

En relación a lo que establece el art. 18 de la Ley 27.304, esto es la *“invitación a las provincias a adoptar las normas procesales correspondientes a los efectos de concordarlas con las disposiciones contenidas en la presente ley”*, cabe preguntarnos si se trata de una disposición que “respeto formalmente” la autonomía provincial, respecto a la potestad de las provincias de dictar sus propios códigos de procedimiento, lo que conllevaría a la reforma del código procesal penal; o si el alcance de la invitación a adoptar normas procesales se refiere a la implementación de la Ley de aplicación nacional.

Estimamos que desde el momento en que está reformado el Código Penal y que rige en toda la Nación, esta norma es operativa.¹⁵⁴

¹⁵³ Según informe del Ministerio de Justicia de la Nación (año 2017) de todos los Tribunales Orales del país en el año 2016 se aplicó la figura del arrepentido en 7 casos (Ciudades de Paraná, Entre Ríos: 2 casos; Ciudad de Rosario, Santa Fe: 3 casos y San Martín, Provincia de Buenos Aires: 2 casos)

¹⁵⁴ Sobre este punto piensa diferente Valeria Rissi en su artículo en este libro intitulado *“Cuestiones atinentes a la nueva ley del arrepentido -ley 27.304 (b.o. 02/11/2016)-”*

Consiguientemente, a nuestro criterio la invitación es “a poner en práctica”. Ahora bien siguiendo esta interpretación, nos preguntamos si “poner en práctica” requiere necesariamente la reforma de los Códigos Procesales Penales.

La Constitución de la Provincia de Córdoba -art. 171- y la Ley Orgánica del MPF otorgan al Ministerio Público Fiscal las herramientas legales y constitucionales para la implementación de políticas de persecución penal.

El MPF a través del dictado de instrucciones, directivas, normas prácticas está en condiciones legales de implementar esta herramienta, la figura del arrepentido, sin violentar la autonomía de las Provincias en el dictado de leyes procesales.

Haciendo un análisis de la realidad del Ministerio Público Fiscal de Córdoba, desde el punto de vista institucional el mismo se encuentra dentro del Poder Judicial y esa realidad impacta en su falta de liderazgo, no asumiendo su verdadera función, esto es dictar normas prácticas -directivas- de implementación de las leyes; por lo que en este punto estamos frente a un verdadero problema.

Desde otro costado, tampoco se puede adherir a un sistema en el que se incluya toda norma práctica en el Código Procesal Penal (CPP), ya que de ser así todo debería reglamentarse en el Código de rito. No hay que perder de vista lo que significa enfrentar una reforma del código procesal penal, a nivel legislativo, político y judicial; los esfuerzos que supone una reforma y la puja de intereses no ameritan tamaño desgaste; sobre todo cuando existen órganos predispuestos para delinear la forma y modalidad de implementar normas de fondo.

Asimismo, si esperamos contar con una ley provincial que reforme el Código Procesal Penal, para aplicar una norma del Código Penal, nos enfrentaremos a una situación de incumplimiento de la garantía de igualdad ante la ley, en relación a ciudadanos de otras provincias donde sí se aplique. Ejemplo de esta situación en nuestra Provincia es la realidad que se presentó a raíz de la reforma del art. 59 del Código Penal.

II.Coexistencia del art. 259 Código Procesal Penal de Córdoba y el 276 bis Código Penal.

Respecto a la coexistencia del art. 259 Código Procesal Penal de Córdoba y el 276 bis Código Penal consideramos que los mismos no son incompatibles. El 259

del CPPC protege el **modo** en el que declara el imputado, el “**como**”, que declare libremente sin ningún tipo de coacción o amenaza, y con la asistencia técnica de su abogado defensor. Si quiere confesar lo hace, ejemplo de esto es el juicio abreviado -art. 415 CPPC-. Lo que se reprocha en el 276 bis CP es que el arrepentido proporcione maliciosamente información falsa o datos inexactos, a diferencia del juicio abreviado.

Desde la óptica del art. 259 CPPC si el imputado decide declarar y miente, ello también tiene un costo; desde las interpretaciones jurisprudenciales se construye el llamado “indicio de mala justificación”, entendiendo los tribunales que si bien la declaración del imputado es un medio de defensa y no un medio de prueba, eventualmente pueda resultar fuente de ella. (*TSJ, Sala Penal Sentencia N° 6, 18/2/2009, “YORDAN, Javier Osvaldo p.s.a homicidio calificado”; sentencia N° 259, 02/10/2009 “DRUETTA, Hilda Haydée p.ss.aa falsedad material de instrumento público, etc.”*)

Así también lo entiende autorizada doctrina: “*si las manifestaciones del imputado estuvieran ajenas a todo tipo de valoración, no pasarían de ser meras expresiones formales, ineficaces desde el punto de vista de la defensa material*” (Cafferata Nores - Tarditti, Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba. Comentado, Ed. Mediterránea, Tomo I, p. 608, nota 1286). En el mismo sentido el jurista Jauchen, entiende que el discurso del imputado, cualquiera que sea, servirá para integrar la interpretación del resto de las pruebas (Jauchen, Eduardo M., Tratado de la prueba en materia penal, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 605).

Claramente lo que protege el art. 259 CPPC, como ya lo dijéramos, es el “**cómo**” se produce la declaración querida por el imputado, pero hay que diferenciarla en relación al **contenido** de dicha declaración. Dicho de otro modo, el imputado tiene derecho a guardar silencio, no está obligado a declarar contra sí mismo, pero si decide estratégicamente y con la asistencia de su abogado defensor ejercer su defensa material, esto es prestar declaración, su relato es un medio de defensa pero si no se compadece con el resto del caudal probatorio y aparece falaz, tiene consecuencias negativas para el imputado, como ya lo interpretaron la doctrina y la jurisprudencia señalada.

En este sentido consideramos que si el imputado libremente decidió acogerse al beneficio previsto por el art. 41 ter CP, y consiguientemente declarar, deberá receptarse esa declaración conforme los arts. 258 y 259 del CPPC, esto es con la presencia del abogado defensor, de forma libre, sin amenazas ni coacción.

Respecto al **contenido** de esa declaración, se podría vislumbrar un problema con lo regulado por el art. 259 CPPC en cuanto a que en ningún caso se le requerirá juramento o promesa de decir verdad al imputado, dicho de otro modo, si miente no existe una sanción especificada en la norma. No obstante ello, en la realidad esto no es así; ya que al momento de manifestar su voluntad de declarar y hacerlo, genera la operatividad de otra norma del CPPC que es la “evacuación de citas”, lo que en la práctica significa corroborar si lo que dice el imputado es cierto, porque si así no lo fuera comienzan las valoraciones negativas, como indicios de mala justificación.

Si centramos nuestro análisis en el modo de recepción de la declaración, no hay incompatibilidad entre ambos artículos. Existen diferencias en relación a la sanción específica (pena) que conlleva el relato del imputado cuando pretendiendo acogerse al beneficio del arrepentido, lo hace falazmente. No hay que perder de vista que cuando el imputado se acoge al beneficio del art. 41 ter CP lo hace condicionado a brindar *“información o datos precisos, comprobables y verosímiles”*.

Si tomamos textualmente lo que dice el art. 259 del CPPC en cuanto *“en ningún caso se le requerirá juramento o promesa de decir verdad”*, analizados comparativamente con el art. 41 ter CP, son requerimientos diferentes, porque en este último le exigen al imputado verosimilitud en su relato. Si nos centramos en la *valoración del relato del imputado* conforme al art. 259 CPPC, la no verosimilitud tiene consecuencias negativas y sanciones expresas.

Haciendo siempre un análisis dogmático, el art. 41 ter CP y su sanción negativa en el art. 276 bis CP aparece como más transparente y coherente que la valoración negativa derivada implícitamente en una sanción, cuando se declara mendazmente en términos del art. 259 CPPC.

III. Calidad de la información

El MPF al momento de celebrar un acuerdo de colaboración con el imputado, ya lo intimó por los hechos que le enrostra, el grado de participación en los mismos y las pruebas, tal como expresa el inc. “a” del art. 7 de la ley. Con esa información el fiscal está en condiciones de al menos representarse qué tipo y calidad de información puede brindar el “imputado arrepentido”. Lo único que quedará supeditado a verificación es la verosimilitud de los datos aportados.

LEY DEL ARREPENTIDO -27.304-

Por: Daniela Bianciotti - Maximiliano Davies

Introducción

Con fecha 2/11/16 se publicó en el Boletín Oficial la ley n° 27.304 que contempla la figura del arrepentido (delación compensada bajo condición suspensiva) e introduce modificaciones al Código Penal, por un lado, ampliando los delitos a los que cabe aplicarla (art. 41 ter CP) y, por otro, creando un nuevo tipo delictivo para captar la conducta de quien, acogiéndose a esta figura, proporcionare maliciosamente información falsa o datos inexactos (art. 276 bis CP).

Preliminarmente recordemos quién es el “arrepentido” en el marco legal que abordaremos. Apelamos a un concepto simple que nos brinda la doctrina al especificar: “... es aquel sujeto que se encuentra imputado, generalmente detenido o en prisión preventiva en el marco de un proceso penal seguido respecto de delitos de considerable gravedad, que “decide” brindar información y datos relativos al desarrollo de los hechos investigados y de sus copartícipes a cambio de beneficios tales como la obtención de la libertad, o bien la reducción o, en su caso, eximición de pena para sí mismo...” (BORZI CIRILLI, FEDERICO A., “*La figura del Arrepentido frente a casos de corrupción*”, http://penalismocritico.blogspot.com.ar/2016_11_01_archive.html).

El autor citado nos recuerda además que el “... instituto se encontraba ya previsto en la ley de drogas, en las figuras vinculadas con el terrorismo, en los casos de privación ilegal de la libertad calificada y trata de personas, así como para investigaciones relacionadas al lavado de activos de origen ilícito; por lo que lo efectivamente innovadora es su incorporación para delitos cometidos en la órbita de la Administración Pública.... Para casos de cohecho y tráfico de influencias, malversación de caudales públicos, negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, exacciones ilegales, enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados, prevaricato, fraude en perjuicio de la administración pública y todos los delitos contra el orden económico y financiero del título XIII, del libro segundo, del Código Penal...”. Cabe destacar que el autor aclara “... que se excluye la aplicación de esta figura en procesos en

los que se investiguen delitos de lesa humanidad y aquellos en los que estén involucrados funcionarios que hayan ejercido o estén ejerciendo cargos susceptibles de juicio político de acuerdo a lo establecido por la Constitución Nacional...”.

II. Interrogantes que plantea su implementación:

II.1. El art. 18 establece: “Invitase a las provincias a adoptar las normas procesales correspondientes a los efectos de concordarlas con las disposiciones contenidas en la presente ley”. La disposición genera distintos interrogantes, algunos de ellos podrían ser los siguientes: ¿Cuál es el alcance de la invitación? Hasta tanto no sea regulada en el código procesal provincial ¿es aplicable esta figura?, ¿las provincias pueden optar por no contemplarla en su regulación procesal o es obligatoria su implementación?

Aporte:

Consideramos esta “*invitación*” una buena práctica legislativa, teniendo en cuenta que en el ámbito federal la figura del arrepentido existe desde tiempo atrás y nunca se creó reglamentación, procedimiento o mecanismo procesal que permitiese una práctica uniforme. La invitación tiende, sin dudas, a provocar que las provincias reglamenten de la mejor manera posible la implementación de la figura, adaptando los códigos procesales a esta nueva situación. En este sentido, entendemos que lo opcional, en cuanto a la invitación, refiere exclusivamente a la reglamentación, no así a la aplicación de la figura (arrepentido colaborador), cuya vigencia resulta inmediata.

No debe soslayarse que el mecanismo “arrepentido colaborador” forma parte de los denominados criterios de oportunidad. La razón de su aplicación -destaca la doctrina- se vincula con la formulación de *estrategias de investigación que permitan aumentar los niveles de eficiencia en la investigación de casos complejos* (Ver: “*La regulación provincial del principio de oportunidad*” -Sistematización comparativa de las legislaciones provinciales que receptan institutos de oportunidad-, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Instituto de Derecho Penal, Autoras: AGUAD-BAZÁN-BIANCIOTTI-GORGAS-OLMEDO). Por ello, su aplicación quedará subsumida en el artículo 59, inc. 5º, del CP, que contempla un amplio margen para la incorporación de reglas de oportunidad -Ley nº 27.147-.

Las autoras citadas, al sistematizar los diferentes criterios regulados por las Provincias argentinas, ponen de relieve que la legislación procesal de la Ciudad de Buenos Aires contempla un arrepentido colaborador como causal de archivo

fiscal, que procede respecto de algún imputado que hubiera dado datos o indicaciones conducentes al esclarecimiento del hecho, siempre que exista conformidad del fiscal de cámara y fuera indispensable respecto de algún imputado coautor y/o partícipe necesario que se considere más relevante. El imputado beneficiado *quedará obligado a prestar declaración como testigo* en caso de ser convocado, por lo que deberá ser informado fehacientemente de esta obligación antes de disponerse el archivo (ver art. 199).

Paralelamente, la Provincia de Mendoza prevé en su Código Procesal Penal la figura del informante, al establecer que el Fiscal puede solicitar la suspensión de la persecución penal cuando una persona que se encuentre imputada o estime que pueda serlo, durante el proceso o antes de su iniciación revelare la identidad de coautores, partícipes o encubridores de hechos investigados o conexos, proporcionando datos que permitan el enjuiciamiento de los sindicados o un significativo progreso de la investigación; o aporte información que permita secuestrar instrumentos o los efectos del delito, valores, bienes, dinero o cualquier otro activo de importancia (quedan fuera los casos de afectación del interés públicos, como también los funcionarios públicos en ejercicio del cargo u ocasión de él). Se valora especialmente la información que permita desbaratar una organización delictiva, evitar el daño o su reparación. La solicitud debe formularse por escrito ante un tribunal (ver. arts. 40 y 41). En este punto, no está de más mencionar que en el trabajo previamente citado se comenta que en la Provincia de Mendoza, la ley de rito nada dispone acerca de los efectos de la aplicación de un principio de oportunidad, y, por vía jurisprudencial, se había entendido (en algunos casos) que recién al vencer el plazo previsto para la prescripción de la acción penal el fiscal podía solicitar el sobreseimiento al juez. A partir de la aludida reforma del CP (art. 59) entendemos que la extinción de la acción penal operará inmediatamente, por la aplicación del criterio de oportunidad.

II.2. Si consideramos que resulta aplicable en el ámbito de nuestra provincia pese a su falta de regulación en el código procesal local ¿Cómo se compatibilizaría el nuevo tipo delictivo previsto por el art. 276 bis CP con lo establecido por el art. 259 CPP de Córdoba? El interrogante se justifica ya que el referido artículo señala que “en ningún caso se le requerirá juramento o promesa de decir verdad, ni se ejercerá contra él coacción o amenaza, ni se usará medio alguno para obligarlo, inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad, ni se le harán cargos o reconvenciones tendientes a obtener su confesión. La inobservancia de este precepto hará nulo el acto, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria o penal que corresponda”.

Previamente corresponde señalar que en nuestra provincia sigue vigente la discusión sobre la operatividad del artículo 59 del CP. Sin perjuicio de que, recientemente, el TSJCba. (S. n° 515 del 24/11/16, “Reynoso”) se pronunció favorablemente –por su operatividad–, no obstante, condicionó su aplicación a la existencia de una reglamentación, sea vía legislativa o, provisoriamente y hasta tanto se dicten las normas, por intermedio del Fiscal General – mediante el dictado de instrucciones generales con el objeto de fijar políticas de persecución penal, en el marco de las atribuciones dispuestas por el art. 171 de la Constitución Provincial–. Por lo que, a la fecha, los tribunales que siguen el precedente citado no aplican el artículo 59 del CP. En tal sentido la Cámara de Acusación se ha pronunciado por la imposibilidad de analizar actualmente la procedencia de los aludidos criterios de oportunidad, toda vez que “continúa sin dictarse la normativa provincial de adecuación por parte del Poder Legislativo local, y no existen directivas generales del titular del Ministerio Público Fiscal...” (A. n° 145, 22/3/17, “Muñoz”).

A ello debemos sumar, que el proyecto presentado por la legislatura provincial para introducir algunos institutos a la legislación procesal local, que incluye los criterios de oportunidad, omite el tratamiento de la figura del arrepentido colaborador. Teniendo en cuenta la reforma operada por la ley que venimos tratando (27.304), sería conveniente incluir en el debate el procedimiento para su implementación, en tanto es idéntica la situación a la reforma del CP operada por la Ley n° 27.147. Como bien se expone en el proyecto de reforma del Código Procesal Penal presentado por el Poder Ejecutivo de Córdoba a la Legislatura Provincial, la reforma del CP –Ley n° 27.147– incorporó los criterios de oportunidad de manera amplia, pero dejó a las legislaturas provinciales su “reglamentación”. Nosotros agregamos que también ha dejado en manos de las provincias la reglamentación del “arrepentido” –incorporado por Ley n° 27.304–.

Por otro lado, con relación a los interrogantes planteados a partir de la disposición contenida en el artículo 259 del CPP, consideramos que no existe incompatibilidad normativa.

Razones: **A-** El imputado **no está obligado a declarar** bajo ningún concepto en los términos de ley n° 27.304. Es decir, como imputado, puede abstenerse, inclusive, declarar falsamente –situación severamente cuestionada en este último tiempo–, etc. Aquí no existe obligación, es una facultad u opción distinta que brinda la ley al imputado que reúna ciertas características especiales. **B-** En el caso de que

formule una declaración en estos términos, **tampoco está obligado a decir verdad**. Podría mentir, podría parcializar su conocimiento, etc. No obstante, si declara, al ser un acto voluntario, ante la expectativa de un eventual beneficio propio, debe asumir las consecuencias que acarree una conducta que –también eventualmente– podría encuadrar en los términos del art. 276 bis del CP. **C-** El tipo penal del art. 276 no puede ser entendido como una “coacción o amenaza” hacia el imputado destinada a obtener su declaración. El aporte que él formula –ejecutado libremente–, con asesoramiento técnico (defensa profesional), homologado por un tercero imparcial (es decir, al menos en el ámbito provincial, controlado por un juez de garantías que no posee facultades persecutorias¹⁵⁵) no posee carácter obligatorio o compulsivo, y no conlleva ninguno de los elementos de las estructuras típicas de dichas figuras. **D-** “...ni se usará medio alguno para obligarlo, inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad...ni se le harán cargos o reconveniciones tendientes a obtener su confesión...”. En orden a ello, el art. 3ero de la referida ley indica “...La información que se aporte deberá referirse únicamente a los hechos ilícitos de los que haya sido partícipe y a sujetos cuya responsabilidad penal sea igual o mayor a la del imputado arrepentido...”. Luego en el art. 7mo. se indica “...Acuerdo de colaboración. Requisitos formales. El acuerdo de colaboración se celebrará por escrito, y deberá consignar con claridad y precisión lo siguiente: a) La determinación de los hechos atribuidos, el grado de participación que se le atribuyere al imputado arrepentido y las pruebas en las que se funde la imputación¹⁵⁶; b) El tipo de información a proporcionar por el imputado arrepentido: nombre de otros coautores o partícipes; precisiones de tiempo, modo y lugar de los hechos por los cuales se brindare colaboración; teléfonos u otros datos de comunicación con coautores o partícipes...”. Si bien la redacción puede resultar confusa en algún aspecto, nada de lo que señala implica que deba confesar su participación en los hechos por los que viene imputado, así como tampoco, necesariamente, confesar su participación en otros que puedan estar incluidos en su declaración/delación. Una circunstancia que podrá constatarse materialmente más adelante, es que la categoría conformada por los destinatarios de esta invitación (los eventuales arrepentidos/delatores) estará integrada por imputados acusados de hechos graves –de acuerdo a lo que la propia ley establece– y comprometidos –es de esperarse–

¹⁵⁵ Distinto es el supuesto en donde el juez realiza la tarea de instrucción, como los procesos federales que actualmente aún se rigen hoy por el viejo código procesal penal de la Nación (Ley 23.984).

¹⁵⁶ Se refiere, obviamente, a los hechos que ya le fueron imputados al delator, así como su calificación legal. Esto resulta de utilidad para darle completitud al acta y para poder controlar en ese mismo momento el cumplimiento de los demás requisitos.

en base a un considerable caudal probatorio. Es por esto que quizás, no se requiera en ningún momento la confesión del imputado sobre su participación en el hecho, como sí lo requiere el CPPN en el art. 431 bis (juicio abreviado). Por otra parte, de conformidad con lo dispuesto en el art. 3ero. “...La información que se aporte deberá referirse únicamente a los hechos ilícitos de los que haya sido partícipe y a sujetos cuya responsabilidad penal sea igual o mayor a la del imputado arrepentido...”, lo declarado por el imputado deberá necesariamente referirse a la participación de otros que representen su misma jerarquía -responsabilidad- o una mayor. Esto implicará necesariamente, en la gran mayoría de los casos, que se refiera a hechos de otros, más allá de que implícitamente -por requerimiento de la misma norma- él hubiese participado de alguna forma en los mismos, aunque aquí la redacción es confusa y algo contradictoria, ya que, por ejemplo en el artículo 1ero. se señala que “...será necesario que los datos o información aportada contribuyan a evitar o impedir el comienzo, la permanencia o consumación de un delito; esclarecer el hecho objeto de investigación u otros conexos; revelar la identidad o el paradero de autores, coautores, instigadores o partícipes de estos hechos investigados o de otros conexos; proporcionar datos suficientes que permitan un significativo avance de la investigación o el paradero de víctimas privadas de su libertad, averiguar el destino de los instrumentos, bienes, efectos, productos o ganancias del delito; o indicar las fuentes de financiamiento de organizaciones criminales involucradas en la comisión de los delitos previstos en el presente artículo...”. Es decir, si el dato puede impedir un hecho, sería imposible que asuma participación en el mismo, salvo que la intención del legislador haya sido que declare sobre hechos en los que él participó, refiriéndose a los hechos por los que ya viene imputado. Si fuese así el requisito resulta quizás innecesario ya que nadie colaboraría (a través de una delación) si su participación en el hecho por el que se encuentra detenido no estuviese lo suficientemente probado.

Declaración informativa del imputado delator

En la *declaración donde se plasma la delación* el imputado no presta testimonio con el objetivo de defenderse de un cargo formulado por un órgano requirente o acusador del Estado, todo lo contrario¹⁵⁷, declara con un único interés, que no está vinculado con el ejercicio de un derecho constitucional¹⁵⁸. Mediante este acto

¹⁵⁷ A esos fines se encuentra regulada la mal denominada declaración indagatoria.

¹⁵⁸ Probablemente si posea alguna vinculación con uno de los fines del proceso (el descubrimiento de la verdad, al menos una versión más completa que la reflejada en la causa de trámite).

procesal, realizado voluntariamente, el imputado sólo se trata de mitigar lo más eficazmente posible –para su exclusivo beneficio claro está– los eventuales y futuros efectos que le acarrearán el proceso por el que viene transitando, previendo una probable atribución de responsabilidad penal (condena). Por su parte, el Estado obtiene información, requiriendo que ésta sea relevante y pueda ser corroborada materialmente en un ámbito judicial. Esta información puede permitirle –eventualmente– ampliar los horizontes de esa investigación o de otra a iniciarse o tramitada paralelamente. Es una negociación, que puede traer beneficios para ambas partes. En ese sentido lo entiende el procedimiento previsto en el Código Procesal Penal de la Ciudad de Buenos Aires, al dejar obligado al imputado a prestar declaración como testigo en caso de ser convocado (y deberá ser informado fehacientemente de esta obligación *antes* de disponerse el archivo).

En definitiva, parece conveniente conceptualizar a la declaración del delator como un acto procesal *sui generis*, pues no constituye una declaración indagatoria ni una declaración testimonial. Esta información, que tiene la potencialidad, según la utilidad que brinde a la investigación penal, de *mutar* la situación o calidad procesal del imputado a la de testigo del proceso, en procura de una investigación *eficaz*. Repárese que en la designación del acto procesal hemos usado la denominación *delator* en vez de “arrepentido”, pues resulta más precisa o ajustada a la realidad de un instituto cuya fuente no es el sentimiento de remordimiento o de colaboración con la justicia del imputado (y por tal motivo se lo “premia” o beneficia)¹⁵⁹. Se procura, en cambio, una investigación eficaz frente a cierto tipo de delitos de alto poder corruptivo, cuyos medios económicos y modalidades operativas hacen difícil su persecución mediante los métodos de investigación tradicionales” (CAFFERATA NORES, JOSÉ I., *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, 3ª edición, Editores Del Puerto SRL, Bs. As., 2005, p. 42). Por tal motivo, la aplicación del beneficio depende de la utilidad o relevancia de los datos aportados por el delator. Como bien se ha señalado, “... con esta figura no se persigue el verdadero arrepentimiento del imputado a través del

¹⁵⁹ Altamente esclarecedor en este aspecto la exposición del Dr. MARCELO SANCINETTI ante el plenario de comisiones del Senado, en el debate de la ley del arrepentido y la extinción del dominio. El destacado jurista señaló que la expresión arrepentido “...es incorrecta porque pretende reivindicar la bondad de la moral católica para una cosa que es completamente diferente a un arrepentimiento, es el premio a una delación, podrá estar bien o mal, se discutirá aparte, pero no tiene nada que ver con un arrepentimiento, que por otra parte un estado laico no tiene derecho a reclamar al imputado, un acto de contrición interior como sí el sacerdote en un confesionario por ejemplo en la moral católica y en otras religiones de otra forma...”. Publicado el 28/2/17 <https://www.youtube.com/watch?v=UL4VDsILTIM>

reconocimiento y búsqueda de expiación de su culpa sino que se apunta a promover la colaboración del mismo...” (BORZI CIRILLI, FEDERICO A., “*La figura del Arrepentido frente a casos de corrupción*” http://penalismocritico.blogspot.com.ar/2016_11_01_archive.html).

Al mismo tiempo, esa negociación podría no brindar resultados positivos para el Estado, lo que implicaría necesariamente la pérdida de lo que él invirtió: tiempo y recursos. Esta es –justamente– una de las razones por las que entendemos justificada la amenaza de sanción establecida en la propia ley para el delator (conforme desarrollaremos en el punto siguiente). Si estos resultados fuesen negativos por su dolo, es lógico y necesario que corra con las consecuencias de ese actuar libre y voluntario (ya mencionamos que el Estado no compele al delator para que brinde información), que no forma parte de su derecho de defensa, que fue realizado con asesoramiento técnico y con aviso previo de las posibles consecuencias de su eventual inconducta.

La figura penal prevista en el art. 276 bis del CP.

Artículo 276 bis: “Será reprimido con prisión de cuatro (4) a diez (10) años y con la pérdida del beneficio concedido el que, acogándose al beneficio del artículo 41 ter, proporcionare maliciosamente información falsa o datos inexactos”.

Consideramos que la norma en cuestión no sólo es atinada, sino que además es respetuosa de las garantías constitucionales que bregan por la protección del sometido a proceso. Coincidimos en este sentido con lo señalado por el Dr. CAFFERATA NORES¹⁶⁰.

Y esto es así no sólo debido a que: la declaración no responde a los mismos fines que la declaración indagatoria (posibilidad de ejercer la defensa material –ver punto II.3–), es opcional, voluntaria, no coactiva; se materializa con las debidas precauciones legales (se le hace saber al imputado las consecuencias posibles de esta inconducta); y la asistencia técnica es requisito de validez del acto. Además, en esencia, no implica una confesión, y en general, el imputado deberá explayarse sobre

¹⁶⁰ JOSE I CAFFERATA NORES - Presente siendo diputado Nacional el Proyecto de ley, Persecución penal eficaz (Expte. Cámara de Diputados 6419-D-96). A En sus partes pertinente reza: -Artículo 8. Falsedad. Será reprimida con prisión de uno a tres años cualquiera de las personas mencionadas en el artículo 5 que formule señalamientos falsos o proporciones datos inexactos sobre terceras personas. B En la fundamentación exprese: ... 2. El proyecto también establece sanciones para los “arrepentidos” que proporcionen datos o formulen imputaciones falsas, respecto de terceros, pues de lo contrario se favorecerá, seguramente, una “industria de la delación”, idónea para cobijar maniobras y persecuciones de toda naturaleza (art 8).

conductas ajenas, con el fin de contribuir a una investigación eficaz. Por tal motivo, y en pos de evitar esta *industria de la delación*, el Estado debe desmotivar –justamente– conductas maliciosas tendientes a preservar o proteger lo que se intenta combatir, v. g. una organización delictiva. Supongamos que en el marco de un proceso nos topamos –en el transcurso de la investigación– con una compleja asociación delictiva. Supongamos que se logra la detención de un presunto integrante de esa misma asociación, y que este sujeto desea acogerse a las previsiones de la Ley n° 27.304. Ahora bien ¿Qué le garantiza al Estado que esta delación no se encuentra preordenada? ¿Cómo se asegura el director del proceso de no encontrarse ante una estructura criminal realmente compleja y previsor, que tenga circunstancias como estas ya programadas? Pensemos en el contrabando de estupefacientes, en los sujetos llamados “mulas” o “camellos”. En estos casos, la negación de la participación en el hecho que se les imputa resultaría –en principio– poco fructífera. Estas personas, que realizan este tipo de actividades (o que *son utilizadas* para), podrían ser propensas a ser tentadas por los eventuales beneficios de regímenes como los que la presente ley promete. En esa línea de pensamiento hipotético, la organización podría haber previsto este extremo, y, la actividad de proporcionar datos maliciosamente falsos que extravíen el curso de una futura investigación derivada de la constatación de un hecho delictivo podría encontrarse incluida en la tarea remunerada encomendada este falso colaborador/delator. Quiero decir, el Estado no puede “*sentarse en la mesa*” –para decirlo de una manera coloquial– con una persona acusada –provisoriamente– de haber cometido un delito y comenzar una negociación con una desventaja tan desproporcionada como es la de permitir la impunidad de quien brinda un dato falso que lo torne inoperante, disminuyendo así –aún más– su capacidad de acción. Después de todo, este instituto tiene sentido en virtud de que el Estado, en ciertos casos y bajo determinadas circunstancias, puede requerir del testimonio de este *arrepentido* para así poder avanzar en la investigación, sin limitaciones, y no debería permitir que este nuevo colaborador, en vez de generar un avance, logre –sin consecuencias jurídicas– que lo coloque en una posición más desventajosa de la que se encontraba al momento de iniciar la negociación.

Así, la amenaza de la sanción penal podrá tener un efecto disuasorio “... de arrepentimientos falsos, producidos por manipulaciones de cualquier tipo...”, del que nos advierte y previene CAFFERATA NORES cuando comenta el instituto dentro de un marco legal de “criterios de oportunidad expresos” en nuestra legislación

penal (CAFFERATA NORES, JOSÉ I., *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, 3° edición, Editores Del Puerto SRL., Bs. As., 2005, págs. 40 y 42).

Más aún, esto debe ser así si tenemos en cuenta que los dichos del colaborador/delator no se encuentran vertidos en el ámbito y con las recaudos constitucionales y procesales de una declaración indagatoria, y, por ende, no podrían ser valorados en su contra en el mismo proceso en el que declarara, o en otro que se inicie o conforme en base a lo por él declarado como arrepentido/delator. Esta “*entrega maliciosa de información falsa o datos inexactos*”, dará lugar, en todo caso, a la formación de otro proceso, en el marco del cual el imputado tendrá, allí sí, las garantías que todo imputado sometido a proceso posee.

Acuerdo de colaboración

Teniendo en cuenta que el art. 7mo. de la ley se establece, entre los requisitos formales del acuerdo, que debe constar el beneficio que se otorgará por la colaboración prestada por el imputado arrepentido, y el art. 5to., entre los criterios para aplicar los beneficios, contempla el tipo y alcance de la información brindada, la utilidad de la información aportada para alcanzar las finalidades previstas, la gravedad de los delitos que el imputado ha contribuido a esclarecer o impedir, información de la cual obviamente se carece al momento de celebrar el acuerdo ¿Cómo implementaría dicho acuerdo?

En atención a que la utilidad de la información aportada para alcanzar las finalidades previstas, la gravedad de los delitos que el imputado ha contribuido a esclarecer o impedir, son elementos que no se poseen al momento de celebrar el acuerdo, éste tiene carácter condicional, pudiendo algunos beneficios lograrse inmediatamente (por ejemplo: suspensión provisional de la privación cautelar de la libertad). En consonancia con ello el CPP de Mendoza establece que el tribunal “podrá suspender provisionalmente el dictado de su prisión preventiva”.

Sin embargo, el beneficio definitivo, en todos los casos, debería quedar sujeto a que los datos o indicaciones resulten *verídicos*, aunque no a la utilidad concreta para los fines propuestos (esclarecer el hecho o lograr la pesquisa de otros imputados, etc.). Esto será desarrollado en el punto siguiente.

Por otro lado, respecto de las alternativas con las cuales puede beneficiarse el arrepentido, dependerá de la regulación provincial en el marco de las reglas de oportunidad, que requerirá -en todos los casos- la reglamentación específica

de este instituto; por ejemplo los casos citados de la Ciudad de Buenos Aires y Mendoza que prevén el archivo, es decir que el beneficio, en esas legislaciones, es la eximición de pena –pero no se descarta que puedan aplicar las variables previstas en la ley nacional–.

En nuestra provincia, según mencionamos en el punto “2”, deberá reglamentarse el instituto en el Código Procesal Penal para su efectiva aplicación.

En tal sentido, el autor que hemos citado al comienzo, cuya lectura sugerimos (BORZI CIRILLI), realiza interrogantes que nos resultaron útiles para acercarnos a los diferentes puntos que debería incluir la regulación procesal, pues nos ayudaron a elaborar una propuesta para la formalización del acuerdo, a saber: a) El momento procesal hasta el cual puede celebrarse el acuerdo; b) Entre quienes se celebrará; c) Sobre qué hechos y a quiénes podrá delatar; d) criterios a considerar.

Propuesta para la reglamentación provincial en el Código Procesal Penal:

Nos parece apropiado seguir una reglamentación similar a la del juicio abreviado inicial, regulado en el artículo 356 del CPP, teniendo en cuenta que “... requiere como condición indispensable que la petición parta del propio imputado y sea formulada en presencia del defensor ante el fiscal que interviene en la investigación penal preparatoria ...” (CAFFERATA - TARDITTI, *Código procesal penal comentado de la Provincia de Córdoba*, Mediterránea, Córdoba, 2003, p. 109 y sgs.).

Requisitos Formales: 1. Partes: A pedido del imputado, en presencia de su defensor, por escrito y con el acuerdo del fiscal de instrucción –quien actúa en representación del Ministerio Público Fiscal en virtud del principio constitucional de Unidad de actuación (Const. Pvcial. art. 171)-; 2. Oportunidad: Desde la prevista en el artículo 80 –el primer momento de la persecución penal- y hasta la clausura de la investigación penal preparatoria¹⁶¹; 3. Contenido: la voluntad clara de colaboración del imputado –evidenciada, a nuestro ver, en el pedido que él formula (similar al juicio abreviado inicial -art. 356 del CPP-: “solicitud del imputado en presencia de su defensor”). Información sobre el o los hechos atribuidos, calificación legal, el grado de participación del arrepentido, y las pruebas; la información a proporcionar (nombre de otros coautores o partícipes; precisiones de tiempo, modo y lugar de los hechos; teléfonos u otros datos de comunicación con coautores o partícipes, el producto o

¹⁶¹ Esta limitación merece un estudio y un tratamiento más profundo, analizando las distintas posibilidades que podrían presentarse en concreto.

provecho del delito, etc.). El beneficio que se otorgará por la colaboración prestada, especificando el momento en que se tendrá por definitivo el acuerdo a los fines de su concesión, y que podría ocurrir con el beneficio -otorgamiento o no- si no se logra el fin propuesto para la investigación, pero la información se verifica¹⁶²; 4. Homologación: Deberá presentarse al Juez de Control a los fines de su homologación, y el juzgador deberá controlar el cumplimiento de los requisitos formales -previstos en la legislación procesal: por ejemplo: petición del imputado, presencia del defensor, acuerdo del fiscal, etc.-, y sustanciales -Ley n° 27.304, por ejemplo: que sea uno de los supuestos que la ley autoriza el instituto, los beneficios permitidos legalmente, etc.-.

Consideraciones Finales: Delación compensada bajo condición suspensiva

Delación compensada bajo condición suspensiva: opinamos que podría ser una denominación más cercana a la realidad que la figura representa.

Damos razones: Claro está que el arrepentimiento, el verdadero, el que proviene de una actitud -si se quiere- espiritual, reflexiva del sujeto que cometió un hecho (a estos fines, un hecho delictivo, pero que obviamente puede darse en cualquier orden de la vida) no tiene una vinculación necesaria con lo previsto por la ley n° 27.304. Para decirlo de otra forma, no es vinculante. Un delator no tiene que estar *verdaderamente arrepentido o contrito* para encuadrar en los supuestos previstos por el legislador (y una persona *arrepentida* por lo hecho y las consecuencias que ello ocasionó, no necesariamente puede querer aprovechar los beneficios de la citada ley). Es por esto que entendemos que la palabra “arrepentirse”¹⁶³, como acción, no guarda vinculación real

¹⁶² Queremos destacar que Julio Báez se ha referido a la información cuya idoneidad se ha verificado, pero no se logró el resultado esperado para la investigación: “... Entendemos que, si la finalidad con que se plasmara el acuerdo se trunca por negligencia de los órganos encargados de la persecución penal, o por el azar, jamás esta circunstancia puede agravar la situación del imputado. Por ello, el órgano que lleva adelante la investigación y anhela el desbaratamiento de las organizaciones mafiosas o los efectos del delito debe efectuar una prudente valoración acerca de la información que se le suministra. Si ésta es rayana con la fabulación, poco crédito debe dársele y, menos aún concederle galardones. Si ella es atinada entonces debe el Estado cumplir con lo pactado -reduciendo la pena al delator- aun cuando no se hubiese logrado el fin propuesto sin perjuicio de las responsabilidades que correspondiere deslindar...” (BÁEZ, Julio C. “Reflexiones acerca del proyecto de Ley del Arrepentido” LL 20/07/2016, 20/07/2016, 1. LL Online: AR/DOC/2165/2016, citado por: (Borzi Cirilli, Federico A). Por lo que, a nuestro ver, este aspecto también debería preverse en el acuerdo.

¹⁶³ Arrepentirse: 1. prnl. Dicho de una persona: Sentir pesar por haber hecho o haber dejado de hacer algo (<http://dle.rae.es/?id=3jV9izh>).

con este instituto y representa un estado anímico, espiritual, o una disposición subjetiva del sujeto que no refleja –necesariamente- su verdadera naturaleza.

En este sentido, creemos necesario realizar una distinción más entre estas supuestas formas de *arrepentimiento*. La persona que expresa en una audiencia oral –por ejemplo- un pedido de disculpas, que expone la asunción de su responsabilidad, que realiza un ofrecimiento de resarcimiento o reparación (todo ello a través de lenguaje verbal o físico, o por medio de expresiones, o por medio de llanto, etc.) evidentemente, realizó un procesamiento de los sucesos que lo llevaron a esa situación, practicó –por así decirlo- un “trabajo” interno. Se encuentra posicionado de manera reflexiva frente al hecho que lo condujo a esa situación. Y este extremo sí tiene vinculación –aunque en sentido amplio- con los esperados fines de la pena o del derecho penal, especialmente en el aspecto preventivo. Si olvidamos tomar en cuenta este extremo, si no lo distinguimos y le otorgamos una mayor relevancia (diferenciándolo del acto del delator o arrepentido), algo se nos habrá perdido en este supuesto avance del derecho penal –dicho en sentido amplio- que se define como el adiconamiento de otras finalidades al acto de imposición de pena, fuera de los retributivos/preventivos (concretamente en este caso, preventivos especiales).

Deberíamos acordar –en todo caso- que este arrepentimiento, el que prevé la ley n° 27.304, constituye –en realidad- una creación –o tiene un carácter- puramente normativa, en razón de que no se origina en un sentimiento de pesar por haber hecho o dejado de hacer algo que debía hacer.

COMENTARIO SOBRE LAS REFORMAS DE DISPONIBILIDAD DE LA ACCIÓN

Por Maximiliano Hairabedián

I. Introducción

En un proceso penal en constante reforma, una modificación resaltó en los últimos años: la disponibilidad de la acción penal pública (art. 59 del CP y ley provincial 10.457).

Después de una larga demora y con varias provincias adelantadas, el Congreso Nacional convirtió en ley sustancial la disponibilidad reglada de la acción penal pública, modificando el artículo 59 del Código Penal (ley 27147 -BO, 18/6/2015-) que ahora prevé como causales de extinción de la acción penal la aplicación de un criterio de oportunidad, conciliación, reparación integral del perjuicio y suspensión del proceso a prueba. Blanqueando la realidad de las provincias que ya lo habían regulado, la reforma nacional dejó librado el diseño a lo previsto en las leyes procesales correspondientes. La norma dejó así un buen margen de maniobra a las provincias para regular la disponibilidad de la acción. Córdoba se sumó en 2017 al establecer reglas de disponibilidad de la acción penal pública en el artículo 13 bis del CPP. Establece que el Fiscal de Instrucción podrá prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal pública o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en el hecho o algunos de los sucesos, en casos de insignificancia, participación menor, pena natural, conciliación, enfermedad terminal, expectativa irrelevante de pena.

En este trabajo intentaré transmitir algunas apreciaciones sobre aspectos puntuales de ambas reformas.

II. Disponibilidad de la acción penal

1. Insignificancia

El principio de la insignificancia puede ser concebido desde un sentido sustancial o procesal. La primera elimina el carácter delictivo de la conducta; la segunda permite al Ministerio Público Fiscal -por razones de conveniencia para dar prioridad a casos mayores- no perseguir hechos delictivos menores. La insignificancia regulada en el artículo 13 bis del Código Procesal Penal de Córdoba abarca ambas clases. Sin embargo, cuando se trate de un hecho tan nimio e intrascendente que no haya afectado ni puesto

en peligro el bien jurídico, se podrá archivar por atipicidad. Esta opción resulta más práctica para el fiscal porque es más fácil que el engorroso trámite que implica pedir el sobreseimiento al juez por criterio de oportunidad; y es más conveniente para el imputado, ya que en el futuro en otra causa podría ser beneficiado por la disponibilidad de la acción, porque esto sólo puede ocurrir una vez (CPPCba., 13 ter).

2. Falta de importancia de la expectativa de pena

Se prevé la disponibilidad “cuando la pena que pueda imponerse por el hecho de cuya persecución se prescinde carezca de importancia en consideración a la pena ya impuesta o a la que puede esperarse por los restantes hechos”.

Una hipótesis es la del condenado que cumpliendo pena comete un nuevo delito. Si el monto que le resta cumplir es considerable en relación con la pena que eventualmente le podría corresponder por el nuevo delito, de forma tal que ensombrece o minimiza la importancia de ésta última, será de aplicación la disponibilidad (p. ej., durante una prisión perpetua entrega 20 gramos de marihuana a otro). La pena ya impuesta no debe estar agotada, porque en ese caso pierde razón de ser el motivo de este criterio de oportunidad (irrelevancia o pérdida de interés en la nueva sanción).

La otra modalidad opera cuando se están investigando varios hechos y se va a dividir objetivamente la acción penal seleccionando aquellos que presenten una expectativa de pena satisfactoria para la fiscalía en caso de lograr una condena. Esta puede ser una importante herramienta estratégica a la hora de lograr el avance de causas complejas por multiplicidad de hechos de difícil investigación (principalmente por complejidad probatoria) que en la práctica –sin son o se vuelven “sin preso”- suelen naufragar en un mar de papeles que forman muchos cuerpos de expedientes y terminan paralizadas en algún armario o cementerio de la burocracia judicial.

3. Conciliación y reparación

La conciliación es un mecanismo por el cual dos o más personas que tienen un conflicto arriban a un acuerdo superando sus diferencias. El consenso puede ser logrado por sí mismas, por medio de sus abogados, con la ayuda de terceros, o bien con la intermediación de un mediador particular o judicial. La conciliación puede ser judicial o extrajudicial, según el acuerdo se haya alcanzado dentro o fuera del proceso, sin perjuicio de su ratificación posterior. Hasta ahora no se han establecido formalidades especiales

para el acuerdo, por lo cual hay libertad de formas para expresar la voluntad en tal sentido (p. ej., por instrumento público o privado, por acta o ratificación ante el fiscal), siempre y cuando den certidumbre sobre la decisión de conciliar.

El presupuesto central de procedencia es la conciliación –restablecimiento de la armonía, regreso a la situación anterior al delito o superación del conflicto- que no necesariamente debe ir acompañada de reparación, salvo que así lo pacten imputado y víctima en los casos en que se haya producido un daño, de cualquier índole, pero susceptible de alguna cuantificación. En este último supuesto, deberá cumplirse íntegramente con lo convenido, para que se pueda extinguir la acción penal.

La “conciliación entre las partes” en plural debe ser entendida en referencia a víctima e imputado (presunto), por lo que puede haber conciliaciones parciales en casos que presenten varios hechos o multiplicidad de partes. Es decir, la acción penal se divide objetivamente o subjetivamente (v.gr. se concilia un hecho de los tres investigados, o bien se lo hace con un imputado sí y con otro no), supuestos en donde obviamente el sobreseimiento será parcial. A favor de esta interpretación se observa que la norma del artículo 13 bis inciso 5° no exige que el acuerdo sea entre “todas” las partes ya que al comienzo dice que “el Fiscal de Instrucción podrá prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal pública o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en el hecho o algunos de los hechos”.

No podrá aprobarse la conciliación cuando haya una situación de desigualdad entre el imputado y la víctima, derivada de la situación de poder o de la capacidad económica de aquel, que favorezca un aprovechamiento de la vulnerabilidad de ésta o de sus deudos, en el supuesto de la conciliación, porque constituye una prohibición (artículo 13 bis inc. 5°). No basta la mera situación objetiva de desigualdad ni la vulnerabilidad de la víctima o sus familiares; es necesario que subjetivamente esta situación intente ser aprovechada en beneficio y por abuso del imputado. Por el contrario, cuando haya desigualdad y vulnerabilidad, pero el acuerdo conciliatorio redunde en beneficio para la víctima, la aplicación del principio de oportunidad es procedente.

4. Imputado con enfermedad terminal

Procede también la disponibilidad en el nuevo sistema “cuando el imputado se encuentre afectado, según dictamen pericial, por una enfermedad terminal”. Como guía interpretativa se puede tomar la especificación del decreto 344/08 reglamentario de la ley de ejecución penal en la provincia (8812 en función de la nacional 24.660), que en su

anexo III reglamenta la prisión domiciliaria por la misma causal. Allí dice que “a los efectos del Artículo 33 de la Ley Nacional N° 24660, se considerará enfermedad incurable en período terminal aquella que, conforme a los conocimientos científicos y los medios terapéuticos disponibles, no pueda interrumpirse o involucionar y de acuerdo a la experiencia clínica lleve al deceso del interno en un lapso aproximado de seis meses” y que “a tal fin, se aplicarán los criterios generales vigentes en las distintas especialidades médicas de la Provincia”.

5. Problemas con algunas prohibiciones

Las limitaciones para aplicar el principio de oportunidad contenida en el artículo 13 ter del CPP son tan amplias que conspiran contra una aplicación extensa o fluida. Veamos algunas.

a) Funcionario público

No procede la disponibilidad “cuando el autor del delito fuera funcionario público y hubiese cometido el hecho con abuso de su cargo”. La expresión que se refiere únicamente al “autor” se puede deber a un error de técnica legislativa, ya que aparece incongruente que se le permita acogerse al beneficio a los funcionarios que han tenido otro tipo de participación en el hecho que no encuadre en la autoría. Por ejemplo, el cómplice necesario cuya conducta está concebida de igual gravedad que la del autor (al tener prevista la misma pena -CP., 45-); o el instigador que puede haber determinado a otro, inclusive de menor jerarquía, a que cometa el hecho. La duda se acentúa más al leer que la misma reforma en relación a la suspensión del proceso a prueba, fue más clara y explícita, cuando establece que no procede dicho beneficio cuando el “funcionario público, en ejercicio o con motivo de sus funciones, hubiese sido el autor o participe en cualquier grado respecto al delito investigado”. Una interpretación armónica conduce a sostener que la prohibición abarca a los funcionarios que hayan participado en cualquier grado en el delito. Quedan afuera de la prohibición los ilícitos que se le reprochen a un funcionario pero que no tengan relación con la función y sus excesos (p. ej., causar un accidente de tránsito en un viaje particular).

No está claro si puede haber disponibilidad en beneficio del particular que participó en un delito junto a un funcionario público que abusó de la función. Según el código (art. 13 ter) no corresponde “en los casos” cometidos por el funcionario, lo que podría dar lugar a interpretar que la referencia al “caso” abarca a todo imputado. Pero por otra parte, el artículo 13 bis dice que el fiscal podrá prescindir total *o parcialmente* del ejercicio de la

acción o *limitarla a alguna de las personas* que intervinieron en el hecho”, por lo tanto resultaría posible que lo haga con el particular y no con el funcionario. Ante la dificultad en deslindar el alcance de la prohibición, debe concluirse en favor de poder extinguir la acción penal en beneficio del particular, por aplicación del artículo 3 del CPP que ordena interpretar restrictivamente toda disposición legal que limite el ejercicio de un poder conferido a los sujetos del proceso.

Un caso particular y de interpretación problemático es el de los escribanos públicos que ejercen la profesión de manera privada y se encuentran imputados por delito en desborde de esa función. El Tribunal Superior de Justicia de Córdoba ha adherido a la tesis que les niega esa calidad, argumentando que por más que cumplan la función de dar fe pública, no son funcionarios porque no están incluidos en la estructura jerárquica de los poderes del Estado (TSJCba, S. N° 243, 30/6/2015, “Almada”).

b) Expectativa de pena

Se da una contradicción entre la habilitación para prescindir de la acción penal “cuando la pena que pueda imponerse...carezca de importancia en consideración a la pena ya impuesta” y la prohibición de hacerlo cuando el imputado tenga antecedentes.

Un criterio para guiar la superación de la antinomia puede ser una interpretación coherente postulando que la prohibición de prescindir de la acción penal para el imputado que tiene antecedentes penales no rige para el caso de expectativa irrelevante de la pena en el mismo proceso en relación a la ya impuesta, y por ende puede aplicarse el principio de oportunidad.

Algo parecido ocurre con la expectativa de pena futura, ya que se prohíbe la disponibilidad cuando haya un pronóstico de pena efectiva. La situación por excelencia que amerita este criterio es en la pluralidad de hechos, abandonando algunos y persiguiendo otros cuando de esta manera el Fiscal considere que aún así la pena a obtener le será satisfactoria. Ocurre que por las reglas del concurso real (CP., 55) la pena hipotética por todos los hechos podría ser de cumplimiento efectivo, lo que obstaría a la aplicación. Sin embargo, con el mismo razonamiento de la expectativa de pena por la existencia de una anterior, para evitar la incoherencia de una prohibición que deja sin efecto la permisión, creemos que debe ceder la primera a favor de la segunda, por tres razones: el artículo 3 del Código que obliga interpretar a favor del poder; la regla que prioriza la disposición especial sobre la general; y por practicidad: conviene tanto al

Ministerio Público (que logrará avanzar más rápido y seguro su acción penal) como al imputado (que será perseguido por menos hechos).

c) Inhabilitación

También se ha querido impedir la disponibilidad en delitos reprimidos con pena de inhabilitación, atrapando así a los culposos con resultado de lesiones gravísimas o muerte, sea por pena natural o conciliación (CPP., 13 ter inc. 5°). En un trabajo anterior publicado en línea en 2018 por el Instituto de Derecho Procesal de la Academia de Derecho de Córdoba (Cuestiones centrales de la reforma del CPP de Córdoba), preveía que esta prohibición iba a ceder porque la reforma no tuvo en cuenta las razones de importantes precedentes jurisprudenciales aplicables a favor del beneficio. Hay casos culposos en los cuales la pena de inhabilitación carece de relevancia, como ocurre en aquellos que no se cometen en el marco de actividades riesgosas regladas o habituales (p.ej., el que deja mal colocada una maceta en su balcón y al caerse lesiona gravemente al peatón). Además, tanto la Corte Suprema como el Tribunal Superior de Justicia han admitido la suspensión del juicio a prueba cuando el imputado acepta u ofrece autoinhabilitarse (“Boudoux” S. N° 36, 7/5/2001; “Pérez” S. 82, 12/9/2003; “Etienne” S. N° 82, 12/9/2003; “Ponso” S. N°40, 13/03/2009, entre otros), aún cuando el artículo 76 bis del CP prohíbe el beneficio para delitos reprimidos con inhabilitación. Se considera que “si lo que justificó la exclusión de los delitos castigados con pena de inhabilitación, del beneficio de la *probation*, fue el interés general en neutralizar el riesgo de la continuidad de la actividad, tal objetivo puede salvaguardarse eficazmente mediante la imposición de una regla de conducta que, justamente, neutralice el peligro que la continuidad en la actividad de que se trate puede significar para la vida en comunidad” (TSJ., S. N° 55, 17/6/2005, “Abrile”). Como esta línea argumental tiene evidentes puntos de contacto en común con la disponibilidad de la acción penal y sus prohibiciones reguladas en los artículos 13 bis y ter del CPP, consideramos probable que la práctica terminara por aceptar la extinción de la pretensión. La guía práctica para la aplicación de los mecanismos de disponibilidad de la acción que dictó la Fiscalía General de la Provincia en octubre de 2019 (Res. N° 20), habilitó la disposición de la acción penal por conciliación, aún en los casos de lesiones graves o resultado de muerte, por las razones jurisprudenciales apuntadas.

d) Hechos incompatibles con tratados de derechos humanos

Otro impedimento legal de la disponibilidad se da cuando se trata de hechos que resulten incompatibles con las previsiones establecidas en los tratados internacionales de derechos humanos suscriptos por la República Argentina, el fiscal no podrá prescindir de la acción penal (CPP., 13 ter).

La restricción es de tal amplitud y generalidad tal que, si se la interpretara rigurosamente, no podría haber principio de oportunidad. Es que al ser tan diversificados los derechos y bienes que protegen los tratados de derechos humanos (DUDH., CADH., PIDCP, etc.), prácticamente no hay delito previsto en el código penal que no recaiga sobre alguna acción incompatible con aquellos. Un resultado así se apartaría del sentido común y sería absurdo, por lo que no cabría admitirlo con semejante alcance. En consecuencia, sólo podrá oponerse un tratado de derecho humano cuando el hecho objeto del proceso haya significado una afectación o menoscabo intenso y significativo a un derecho humano, de forma tal que si se aplicara la disponibilidad de la acción, ese daño continuaría o profundizaría. Al mismo tiempo, no se podrá invocar el tratado para evitar el principio de oportunidad, cuando su aplicación sea beneficiosa para el portador o titular del derecho (p. ej., la víctima que concilia porque le conviene a sus intereses).

e) Violencia doméstica y de género

La reforma también impide la disponibilidad cuando se trata de hechos cometidos dentro de un contexto de violencia doméstica o de género. La prohibición es acorde a la tendencia de política criminal de los últimos años en contra de soluciones alternativas a conflictos de esta índole. El fallo más representativo de esa posición es “Góngora” de la Corte Suprema de 2013, cuando consideró que las salidas alternativas al conflicto van en contra de la Convención de Belem de Pará que impone deberes de prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer. En el fallo se consideró que la suspensión del juicio a prueba frustra la posibilidad de dilucidar la existencia de los hechos, la determinación de la responsabilidad y la imposición de sanción, por lo que “el desarrollo del debate es de trascendencia capital a efectos de posibilitar que la víctima asuma la facultad de comparecer para efectivizar el ‘acceso efectivo’ al proceso”. En líneas generales coincido con las críticas a ese fallo que hizo Binder en el tomo IV de su tratado de 2018. De todas maneras el valor práctico del precedente en Córdoba es innegable teniendo en cuenta que constituye jurisprudencia receptada también por el Tribunal Superior de Justicia. Pero aún así, la casación provincial considera que hay casos de

conflictividad familiar o de pareja que permiten soluciones no punitivas si por sus características no constituyen violencia doméstica o de género (p. ej., una leve lesión del padre a la hija en un episodio aislado sin maltrato previo o posterior, ni dirigido a la víctima por su condición de mujer, ni tendiente a subordinar su voluntad o impedirle el ejercicio de una vida libre de violencia sobre la base de su autoridad patriarcal -TSJ., S. N° 82, 16/4/2014, "Orlando"-). En la misma línea se expidió “si al concluir la investigación o en oportunidad posterior, existe duda acerca de la subsunción convencional, porque en la indagación del contexto no emerge con probabilidad aquello que configura el rasgo identitario de la violencia de género para las reglas convencionales, por tratarse de un caso aislado que no presenta gravedad, porque no se presenta el pasaje por el ciclo de victimización, ni menos el uso sistemático de la violencia en cualquiera de sus modalidades no necesariamente relevantes penalmente, utilizadas por el agresor varón en relación a la víctima mujer como manifestación de poder, dominio o control, no están clausuradas las alternativas restaurativas, incluida la suspensión del juicio a prueba” (TSJCba.,15/4/2016, "Trucco ” y en similar sentido, S. N° 473, 9/12/2014, "Aguirre"; N° 47, 18/3/2015, "F. J. G.-amenazas").

En conclusión, es posible que en la práctica se admita un criterio de oportunidad o la conciliación respecto a hechos puntuales que no obstante haber sucedido en el marco de una relación familiar o afectiva, presenten rasgos que los distinguen por el carácter aislado, leve, no motivados en animosidad contra la mujer por su condición de tal, ni enmarcados en una concepción arcaica del patriarcado. En esta línea, la guía práctica para el fortalecimiento de la aplicación de los mecanismos de disponibilidad de la acción que dictó la Fiscalía General de la Provincia a fines de 2019 (Res. N° 20), habilita a que en los hechos de violencia doméstica, “aún a pesar de la fórmula legal amplia de exclusión, el Ministerio Público podrá aplicar una regla de disponibilidad cuando haya investigado y acreditado que en el caso concreto existe una igualdad real entre agresor y víctima y que se trata de un caso aislado que no presenta gravedad”.

f) Antecedentes

Se prohíbe la disponibilidad de la acción penal “cuando el imputado tenga antecedentes penales computables o haya sido beneficiado anteriormente con la aplicación de un criterio de oportunidad o del beneficio de la suspensión de juicio a prueba y vuelva a cometer delito” (CPPCba., 13 ter).

En un trabajo anterior publicado poco tiempo después de promulgada la reforma, consideré que no era necesario que en los antecedentes hubiera recaído condena (porque la norma no lo exige expresamente), y que aparecía expectable la exigencia de una causa anterior donde se hubiese declarado un estado de probabilidad, para de esa manera considerar computable el antecedente abierto (v.gr. prisión preventiva o requerimiento de citación a juicio).

Con un criterio más estricto la Fiscalía General de la Provincia en la guía de prácticas para la aplicación de la disponibilidad de la acción de fines de 2019, especifica respecto del antecedente computable impeditivo que “la ley hace referencia exclusivamente a las condenas impuestas, sin que haya transcurrido el término que establece el artículo 51 del CP -transcurrido ese tiempo, los antecedentes dejan de ser computables-“excluyendo los de naturaleza contravencional.

En relación a la prohibición de disponer de la acción cuando ya se lo haya hecho anteriormente a favor de la misma persona por aplicación de un criterio de oportunidad, la misma guía de la Fiscalía General dice que la conciliación no queda comprendida en esta limitación en tanto se trata de otro tipo de salida al proceso distinta a las causales de oportunidad y, además, el Ministerio Público debe promover las salidas de calidad alternativas a la pena, por lo que sería contraproducente hacer una interpretación extensiva de las limitaciones.

Resultan saludables las especificaciones realizadas desde la cabeza del Ministerio Público Fiscal porque contribuyen a una mayor certidumbre sobre la procedencia del instituto.

6. El procedimiento burocrático

a) Sobreseimiento

La nueva normativa establece que la decisión que prescinda de la persecución penal determinará que el Juez de Control, a instancia del Fiscal de Instrucción, declare extinguida la acción pública con relación al participante en cuyo favor se decide mediante el dictado de una sentencia de sobreseimiento (CPP., 13 *quater* y 350 inc. 6°). Lamentablemente no estableció la vía más expeditiva del archivo de actuaciones por parte del mismo fiscal, sobre todo si se trata de criterios de oportunidad que buscan simplificar y aliviar el sistema (p. ej., insignificancia). La reforma ha optado por un trámite burocrático y complejo para disponer de la acción penal pública, lo cual probablemente

sea otro de los factores que conspiran contra una aplicación frecuente y amplia del principio de oportunidad. Es que si para extinguir la acción penal por el hurto de un caramelo hace falta realizar todo el rito establecido, posiblemente sea más sencillo esperar a que prescriba.

El reformado artículo 348 del Código Procesal expresamente establece que en el sobreseimiento por disponibilidad de la acción, el juez de control no puede discrepar con el fiscal. Esto significa que no podrá rechazarlo por desacuerdo con las políticas de persecución del Ministerio Público (p. ej., en la asignación de importancia del caso, la estrategia de selección de hechos). De todas formas es posible un control de legalidad del requerimiento fiscal (p. ej., si es una de las causales permitidas, si no media una prohibición) y su debida fundamentación (que contenga mínimamente las razones que lo motivan). Si los requerimientos del Ministerio Público Fiscal tienen que ser fundados bajo pena de nulidad (CPP., 154), y se les reconoce a los magistrados la facultad de verificar este extremo, aún de oficio, no podría un juez desviar la mirada y extinguir la acción penal en un caso en el que sea notoriamente infundado el pedido en tal sentido del Ministerio Público.

Ahora bien, si por un lado concluimos que el juez puede hacer un control de legalidad y logicidad del requerimiento fiscal de sobreseimiento por principio de oportunidad, y por otro, la ley establece que no rige el trámite de la discrepancia del artículo 359, ¿qué corresponderá hacer cuando el magistrado de garantías advierta falencias serias en el pedido? Frente a la laguna normativa, una solución posible es que el juez declare la nulidad prevista genéricamente en el artículo 154 del código, por falta de la debida motivación, y devuelva el caso al fiscal para que se expida de manera fundada conforme a derecho. Si se hubiese omitido cumplir el trámite previo previsto para pedir el sobreseimiento (p. ej., anoticiamiento a la víctima), podría rechazar el pedido y proceder de igual manera que la anterior, a fin de que el fiscal subsane la actividad procesal soslayada.

La alternativa de no hacer lugar al pedido de extinción de la acción penal y elevarlo al fiscal de la cámara de acusación no parece la mejor opción, habida cuenta de la referida exclusión expresa del trámite genérico de discrepancia del artículo 359 que así lo establece.

Al dictar el sobreseimiento por aplicación de un criterio de oportunidad, el juez, si cuenta con elementos para hacerlo, puede aplicar otra causal de desincriminación (CPP., 350

incs. 1° a 4°). Es que si el hecho no existió, no lo cometió el imputado o actuó amparado por una causa de justificación, es más justo que el sobreseimiento así lo declare.

El sobreseimiento, una vez firme, por regla cierra definitivamente el proceso y hace cosa juzgada dejando incólume el principio de inocencia penal, constituyendo una desincriminación sin juicio de culpabilidad.

b) Intervención de la víctima

Previo solicitar el sobreseimiento, el representante del Ministerio Público debe notificar su decisión a la víctima, la que podrá, en el plazo de cinco días, convertir la acción pública en privada u ocurrir ante el Fiscal General para modificar o revocar la decisión del Fiscal de Instrucción (CPPF., 13 quater). El ofendido penal puede elegir una u otra opción. Es así, en primer lugar porque la norma emplea el disyuntivo “o” (“u” en realidad por una cuestión fonética), es decir que permite ambas posibilidades (“convertir la acción pública en privada u ocurrir ante el Fiscal General”). Esa disyunción es alternativa en el sentido de que no se pueden elegir las dos al mismo tiempo. O se convierte la acción sin acudir al Fiscal General, o se ocurre ante esa autoridad y recién una vez agotado ese mecanismo de control, puede optar por la conversión. En segundo término está la regla de la interpretación restrictiva cuando se trata de limitar un derecho o atribución (CPP., 3).

La guía de aplicación de la disponibilidad elaborada en octubre de 2019 por la Fiscalía General de la Provincia (Res. N° 20) precisa que la comunicación a la víctima debe ser clara, accesible y comprensible aun sin defensa técnica, indicando la decisión tomada, los efectos y alcances, las opciones, el vencimiento de los plazos, con una breve mención de las razones de la decisión.

A partir de la notificación la víctima cuenta con un plazo de 5 días para optar por convertir la acción pública en privada u ocurrir ante el Fiscal General para que la decisión sea reevaluada. En ambos casos la presentación de la víctima se realizará ante la fiscalía de instrucción interviniente, oficina que será responsable de darle curso según corresponda. No cabe exigir formalidades especiales sobre esta presentación, y desde la dependencia del MPF se procurará a la víctima la asistencia necesaria para que pueda expresar su voluntad en relación al avance del caso.

Realizada la manifestación a favor de la conversión, la víctima deberá presentar su querrela dentro de los sesenta días siguientes de haber expresado su voluntad de

convertirla. La ley sólo se refiere al caso de que el Fiscal General resuelva confirmando el criterio del inferior, o sea en contra de la oposición de la víctima, pero deja un vacío en orden al procedimiento a seguir si está de acuerdo con el damnificado. En este supuesto le puede ordenar al fiscal inferior que aplicó la disponibilidad que ejerza la acción penal, o bien designar a otro para que lo haga, si considera que aquél ya ha fijado una posición que debilita la persecución penal.

Llama la atención que se involucre a la más alta autoridad del Ministerio Público Fiscal en este tipo de dictámenes propios de la etapa instructoria, más aun cuando hay fiscales intermedios (v.gr. el de la Cámara de Acusación en la primera circunscripción y los de igual jerarquía en las cámaras del interior) cuyas intervenciones serían más acordes a la etapa procesal y temática. No parece acorde a las funciones de la máxima autoridad del Ministerio Público (dirigir el organismo, fijar las políticas generales de persecución penal, etc.), analizar, por ejemplo, si se va a accionar, o no, contra a un ladrón de gallinas en una causa en etapa investigativa. Y no resulta lo más conveniente para la víctima tener que llegar hasta esa cúspide de la organización para que se defina si continúa o no oficialmente su caso.

c) Impugnación

El régimen procesal establece que “si el Ministerio Público decide que no procede la aplicación de una regla de disponibilidad de la acción, la decisión no será susceptible de impugnación alguna” (CPP., 13 bis). La regla de no impugnabilidad es cuestionable cuando la defensa pide al fiscal la aplicación de un criterio de oportunidad, inclusive junto a la víctima (p. ej., presentan una conciliación), y la solicitud es rechazada. Si la denegatoria es infundada, o arbitraria (p. ej., se le dio curso en un caso análogo, o a favor de otro imputado que estaba en la misma situación), el defensor podría provocar un control instando la nulidad, invocando el artículo 154 del CPP, que bajo sanción de nulidad, obliga a los fiscales a pronunciarse motivadamente.

LOS CRITERIOS DE OPORTUNIDAD INCORPORADOS AL CPP DE CÓRDOBA

Por Ramón A. Ferrer Guillamondegui

I. Introducción

La Ley nacional N° 27.147, sancionada el 18 de junio de 2015, incorporó al Art. 59 del C.P. nuevas modalidades de extinción de la acción penal, entre ellas, la prevista en el inc. 6 que establece que la acción penal se extinguirá: *“Por conciliación o reparación integral del perjuicio, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes”*.

El 24 de mayo de 2017, nuestra Legislatura provincial sancionó la ley 10.457, por medio de la cual se regulan diversos criterios de oportunidad nuestro código de forma; los cuales, sin afectar la vigencia del principio de legalidad (que continua operando como regla del sistema), facultan al fiscal frente a determinados casos a prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal pública o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en el hecho o algunos de los hechos; lo que se conoce como oportunidad reglada.

Si bien, la decisión que prescinda de la persecución penal determinará que el Juez de Control declare extinta la acción pública, con relación al participante en cuyo favor se decide, mediante el dictado de una sentencia de sobreseimiento. Ello no obsta al derecho de víctima, en forma previa al dictado de tal resolución, a tomar conocimiento de la decisión del Fiscal, cuestionarla y en caso de ser confirmada por el Fiscal General a constituirse en querellante particular, convirtiendo la acción pública en privada.

Por medio del presente trabajo se pretenderá efectuar un breve análisis de las implicancias de la nueva normativa respecto de las finalidades del proceso penal y efectuar algunas observaciones críticas de la misma, proponiendo modalidades

interpretativas de las diversas causales y prohibiciones, como así también respecto de algunas particularidades relativas al trámite asignado por la ley.

II La entidad de la reforma

La modificación en cuestión implica un nuevo paso en el cambio de paradigma que se viene gestando en el ámbito del proceso penal respecto de la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal pública; de la titularidad del conflicto provocado por la alteración en el orden normativo que genera el delito de acción pública (al otorgarle mayor preponderancia a la víctima y sus intereses) y en lo relativo a la solución del conflicto, que anteriormente contemplaba la imposición de una pena privativa de la libertad, como única alternativa frente a dicha infracción normativa.

En ese sentido, la reforma brinda mayor preponderancia a principios con rango constitucional en materia penal, tales como el de subsidiariedad y de mínima suficiencia, los cuales se desprenden de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que en su Art. 5 apartado 6 establece que *“Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.”*; como así también del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en el punto 3° del Art. 10 prevé que *“El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados...”*

Dentro de nuestra normativa interna, la propia Ley de ejecución de la pena privativa de la libertad N° 24.660 regula en su Art. 1° los principios básicos de la ejecución estableciendo que *“La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de respetar y comprender la ley, así como también la gravedad de sus actos y de la sanción impuesta, procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad, que será parte de la rehabilitación mediante el control directo e indirecto.”*

Conforme a tal panorama, se infiere que a los fines de lograr el restablecimiento del orden jurídico alterado, el Estado debe agotar previamente los medios que -permitiendo alcanzar satisfactoriamente tales finalidades-, impliquen una menor restricción de derechos; por lo que la privación de la libertad, que constituía una de las principales respuestas del derecho penal clásico, conforme este nuevo panorama, debe operar con

carácter subsidiario y únicamente en los casos en que sea indispensable su aplicación para lograr tales objetivos.

Por lo que, si la imposición de una pena tiene por finalidad lograr que el autor de los hechos comprenda la gravedad de sus actos y respete la ley, y tales fines logran obtenerse por otros medios, que lesionen en menor medida los derechos de las partes en conflicto; de conformidad a los parámetros constitucionales analizados precedentemente deberá recurrirse a ellos para restablecer el orden jurídico alterado por el delito.

Con ello se pretende dar una continuidad lógica al cambio de paradigma que comenzó a gestarse con la ley 24.316, sancionada el 4 de Mayo de 1994 que incorpora al Código Penal argentino el instituto de la suspensión del proceso a prueba, respecto del cual ha dicho nuestro Tribunal Superior de Justicia “...*el instituto de la probation tiene como finalidad encontrar un modo más equitativo de armonizar el conflicto, orientando su solución hacia un sistema no punitivo, con eximente de pena para el acusado y el mejor resguardo del interés de la víctima. Tal propósito deja traslucir el cambio de paradigma de la justicia penal, que busca una opción a la tradicional respuesta consistente en que la acción penal se agota en una sentencia, que en caso de condena, impone una sanción.*”⁶⁴

En ese marco se ha sancionado la ley 10457, la cual en los seis incisos que integran el Art. 13 bis de nuestra legislación local detalla los criterios de oportunidad que habilitarán al fiscal a prescindir de la acción penal. Por su parte, en el Art. 13 ter se establecen los casos excluidos, algunos de los cuales resultan incongruentes con los casos en los que se habilita la disponibilidad de la acción.

III. Algunas observaciones

III.a. La intervención de menor relevancia

El inc 2 del Art 13 bis establece que se podrá disponer de la acción “*Si la intervención del imputado se estimara de menor relevancia y pudiera corresponder, en el caso concreto, una pena de ejecución condicional*”; utiliza el término potencial “*pudiera corresponder*”, cuando de conformidad con lo previsto en el inc. 2, apartado “a”, del Art

⁶⁴ Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, Sala Penal, en autos Munque, Carlos Daniel, de fecha 14/06/2010, Cita Online: AR/JUR/36908/2010

13 ter, la procedencia de la ejecución condicional sería un requisito pues en los casos en que la pena que sufriría el imputado, sea de ejecución efectiva, se entenderá que el hecho ha producido una afectación al interés público y por ende no corresponderá la aplicación del instituto.

Asimismo cuando el delito atribuido aparezca como una expresión de criminalidad organizada de cualquier índole, por más insignificante que resulte el aporte del imputado y a pesar de ser procedente la ejecución condicional, tampoco podrá disponerse de la acción pues el código considera que en tales casos existe una afectación al interés público (Art. 13 ter); por lo que el Fiscal no podrá centrarse exclusivamente en aquellos que desempeñaban roles preponderantes y deberá dedicar igual cantidad de tiempo y recursos en perseguir a quienes cumplían roles secundarios; sin importar que estos no hayan realizado aportes trascendentes para la organización criminal.

III.b. Sanción insignificante

Por su parte, el inc. 4 del Art 13 bis establece la posibilidad de prescindir de la acción cuando la pena que pueda imponerse por el hecho, carezca de importancia en consideración a la pena ya impuesta o a la que puede esperarse por los restantes hechos.

Ahora bien, conforme un criterio de análisis literal del Art. 13 ter del CPP, el Fiscal podrá disponer de la acción, solo en los supuestos expresamente habilitados y únicamente cuando el caso no encuadre dentro de alguna de las causales de exclusión previstas en la norma aludida.

Bajo ese panorama, se debe considerar que encuentra prevista en el inc. 3 del Art. 13 ter, la prohibición de disponer de la acción en los casos en que el imputado tenga antecedentes penales computables o haya sido beneficiado anteriormente con la aplicación de un criterio de oportunidad o del beneficio de la suspensión de juicio a prueba y vuelva a cometer delitos,

Ello permitiría suponer que la facultad del Fiscal resultaría aplicable solo en los casos de concurso de delitos, pero si consideramos el supuesto en que a una misma personas se le atribuyan varios ilícitos, entre ellos algunos de menor cuantía y otros de mayor gravedad (cuyo mínimo no permita la aplicación de la condena de ejecución condicional); de conformidad a la regla establecida para los concurso de delitos, en los

Art. 55 y concordantes del C.P., la pena que sufriría el imputado -en caso concreto de ser condenado por los delitos menores- sería de ejecución efectiva.

En función de lo cual, en estos supuestos se habrá de considerar afectado el interés público; pues, producto de la unificación de sentencias, tampoco resultaría de aplicación la causal de disponibilidad aludida, respecto de los delitos menores, en virtud de la prohibición establecida en el Art. 13 inc. 2, apartado “a”. Lo que implicaría considerar que la efectiva aplicación del criterio de oportunidad exige dejar de lado tal supuesto de exclusión; pues de lo contrario se tornaría incongruente la causal de disponibilidad o la prohibición legal en cuestión.

III.c. Pena natural

Siguiendo con el análisis de los supuestos en los que se habilita al fiscal a prescindir de la acción, en el Art. 13 bis. Inc. 3, se prevé tal posibilidad cuando el imputado haya sufrido a consecuencia del hecho un daño físico o moral grave que torne innecesaria y/o desproporcionada la aplicación de una pena.

En estos casos el primer ejemplo que uno se imaginaría sería el del padre que, manejando el vehículo realiza una mala maniobra o genera un accidente involuntario, en el cual resulta víctima su propio hijo. Sin embargo, en los casos de lesiones gravísimas u homicidios culposos, este supuesto estará excluido: pues no se podrá disponer de la acción cuando se trate de delitos reprimidos con pena de inhabilitación, en cualquiera de sus formas prescriptas en el Código Penal, salvo que se trate de delitos culposos con resultado de lesiones leves o graves (Art. 13 ter. Inc. 5 del CPP).

Además, un análisis literal de la normativa, llevaría a considerar que en los supuestos en que el accidente haya producido como resultado lesiones leves o graves, el Fiscal solo podrá disponer de la acción cuando la víctima sea mayor de edad (así se trate de su hijo o un tercero), pues cuando el delito sea cometido en contra de menores de edad tampoco podrá disponerse de la acción (Art. 13 ter inc. 7 del CPP).

Sin perjuicio de lo cual, entendemos que tal exclusión solo procederá en los casos de delitos dolosos, pues pretende evitar que se libere de responsabilidad penal a aquel autor que haya direccionado su voluntad a afectar a un menor, tomando provecho de la mayor vulnerabilidad de este, en función del mayor reproche que merece tal conducta.

Pero esta elección no será atribuible al autor en aquellos casos en que se trate de delitos culposos, como el detallado anteriormente, pues en tales supuestos no resultará reprochable al autor la selección de la víctima, ni su condición particular.

Tales restricciones al supuesto de disponibilidad de la acción, lucen excesivas y desproporcionadas en los supuestos culposos, pues si la intención del legislador fue garantizar la racionalidad de la aplicación de la pena, basada en estrictos criterios de necesidad real de su imposición, carece de sentido la exclusión de los supuestos culposos en los que la víctima sea un hijo o pariente cercano menor de edad. Y con el mismo criterio, mientras mayor sea el perjuicio ocasionado, (sin intencionalidad) por parte del autor, sobre la víctima con la cual guarda una relación de parentesco y afecto; mayor será el daño moral que sufrirá el primero; por lo que se encontrará más justificada la disponibilidad de la acción, por la desproporcionada gravedad que implicaría el adicionar a ese padecimiento, una pena privativa de la libertad; atento al sufrimiento personal con el que deberá transitar el resto de su vida y lo innecesario de su encierro con fines de resocialización.

III.d. Enfermedad terminal

Por otro lado, también se prevé la posibilidad de que el Fiscal pueda prescindir de la acción, cuando el imputado se vea afectado, según dictamen pericial, por una enfermedad terminal (Art. 13 bis inc. 6); puede entenderse por tal aquella afección en fase terminal que no tiene tratamiento específico curativo o con capacidad para retrasar la evolución, y que por ello conlleva a la muerte en un tiempo variable (generalmente inferior a seis meses) y conlleva un gran sufrimiento (físico, psicológico) en la familia y el paciente¹⁶⁵.

También se ha dicho que en la situación de enfermedad terminal concurren una serie de características que son importantes no sólo para definirla, sino también para establecer adecuadamente el tratamiento. Los elementos fundamentales podrían sintetizarse en la presencia de una enfermedad avanzada, progresiva, incurable; falta de posibilidades razonables de respuesta al tratamiento específico; presencia de numerosos problemas o síntomas intensos, múltiples, multifactoriales y cambiantes; gran impacto

¹⁶⁵ Mengual Francisco Buigues et al “PACIENTE TERMINAL Guía de Actuación Clínica en A. P.” consultada en <http://www.san.gva.es/documents/246911/251004/guiasap027terminal.pdf> el 25/08/20018

emocional en paciente, familia y equipo terapéutico, muy relacionado con la presencia, explícita o no, de la muerte y pronóstico de vida inferior a 6 meses¹⁶⁶. A diferencia del paciente incurable, en la enfermedad terminal la expectativa de vida no va más allá de los seis meses; el paciente terminal fallece antes de ese lapso.¹⁶⁷

En tales casos, el diagnóstico médico brindado por los peritos determinará un pronóstico de vida que no justificaría el despliegue de recursos que demanda un proceso penal pues es factible que la etapa de instrucción se vea suspendida por la imposibilidad de receptorle declaración indagatoria al imputado (en los casos en que la enfermedad o su tratamiento requieran la aplicación de fármacos o medios que le impidan al imputado entender, comprender o querer -v.gr. coma inducido- conforme el Art. 84 del CPP de Córdoba); o que el debate no pueda ser llevado a cabo (Arts. 374 inc. 5 CPP de Córdoba); o que el imputado fallezca antes de la condena o durante la primer etapa de su cumplimiento; la que además podrá estarse cumpliendo bajo la modalidad de detención domiciliaria (conforme las previsiones del Art. 10 del C.P. y 32 de la ley 24.660).

Por lo que si consideramos que la aplicación de la ley penal tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de respetar y comprender la ley, así como también la gravedad de sus actos y de la sanción impuesta, procurando su adecuada reinserción social, se advierte que en estos supuestos tales finalidades no podrán ser alcanzadas. La intención del legislador ha sido por un lado humanitaria; al permitirle a la persona transitar la última etapa de su vida sin el yugo del proceso penal en su contra y por otro lado la de facultar a los titulares de la acción penal pública a dirigirla de una manera lógica, teniendo en cuenta los fines de la pena, administrando de manera eficiente y eficaz los escasos recursos temporales, humanos y materiales con los que se cuenta a los fines de combatir la delincuencia.

Sin embargo tales finalidades se verían desdibujadas, sin mayor sentido, si la posibilidad de prescindir de la acción se encuentra impedida en los casos en que la pena que sufriría el imputado en caso de ser condenado sería de ejecución efectiva; o si el

¹⁶⁶ Sociedad Española de cuidados paliativos SECPAL consultado en https://www.secpal.com/biblioteca_guia-cuidados-paliativos_2-definicion-de-enfermedad-terminal el 25/08/20018

¹⁶⁷ Fragmento de la exposición del Dr. Francisco Maglio ante la Comisión de Justicia y Asuntos Penales del Senado de la Nación citado en "Enfermedades incurables y Enfermedades terminales.", consultado en <http://www.mdp.edu.ar/v1/index.php?key=3138> el 25/08/20018

imputado ha participado de una organización criminal, pese a haber desempeñado un rol secundario; si ha tenido antecedentes penales o si ha sido beneficiado anteriormente con la aplicación de un criterio de oportunidad o del beneficio de la suspensión de juicio a prueba; si el hecho se encuentra reprimido con pena de inhabilitación o si ha mediado un aprovechamiento de la vulnerabilidad de la víctima.

IV. Casos excluidos

IV.a. Delitos reprimidos con pena de inhabilitación

La redacción del inc. 5 del Art. 13 ter, en cuanto establece como casos excluidos en los que no corresponderá la aplicación de las reglas de disponibilidad de la acción *“Cuando se tratare de delitos reprimidos con pena de inhabilitación, en cualquiera de sus formas prescriptas en el Código Penal, salvo que se trate de delitos culposos con resultado de lesiones leves o graves”*.

Dicha prohibición torna innecesaria la previsión expresa de la causal de exclusión prevista en el inc. 1 del Art. 13 que contempla aquellos casos en que el autor del delito fuera funcionario público y hubiese cometido el hecho con abuso de su cargo; pues tales casos, en su gran mayoría se encuentran sancionados con pena de inhabilitación y además se encuentra prevista en el Art. 20 bis. Inc. 1 del C.P. la posibilidad de imponer este tipo de pena como accesoria, cuando no estuviese expresamente prevista.

Si bien entendemos que la exclusión de los casos en que se investiguen delitos reprimidos con pena de inhabilitación, responde a la intención de neutralizar el riesgo de que la persona continúe habilitada para seguir ejerciendo la actividad de la cual se valió, o en la cual no ha depositado la debida diligencia y cuidado, lo que generó como consecuencia la lesión al bien jurídico protegido. La norma permite al Fiscal disponer de la acción, cuando se trate de delitos culposos con resultado de lesiones leves o graves, impediría injustificadamente la posibilidad de hacerlo en aquellos hechos culposos que no den lugar a lesiones por afectar otros bienes jurídicos.

Por otro lado, tal prohibición restringiría la posibilidad de disponer de la acción penal en los casos de quiebra fraudulenta (Art. 176 del C.P.) y quiebra culposa (Art. 177 del C.P.), que se encuentran regulados junto con el hurto y el robo, dentro del título VI del C.P., que contempla los delitos cuyo bien jurídico tutelado es la propiedad y por ende constituyen ilícitos de eminente contenido patrimonial en los que víctimas y victimario

podrían arribar a una conciliación con motivo de acuerdos resarcitorios; pero una interpretación literal de la causal de exclusión restringiría tal posibilidad.

Con el mismo criterio se vería limitada la posibilidad de disponer de la acción en los casos de pago con cheques sin provisión de fondos (Art. 302 del C.P.); pese a haber abonado íntegramente el valor del mismo, o haber arribado a un acuerdo conciliatorio con el portador o acreedor del título, con posterioridad a las 24 hs. de habersele comunicado la falta de pago.

Por otro lado, también se encontraría excluida la posibilidad de disponer de la acción penal en los casos en que se investigue una simple portación de armas de fuego, de uso civil o de guerra, sin la debida autorización legal (Art. 189 bis. párrafos 6 a 9), incluso en aquellos casos en que la persona fuere tenedor autorizado del arma y pese a que por las circunstancias del hecho y las condiciones personales del autor, resultare evidente la falta de intención de utilizar las armas portadas con fines ilícitos (situación que podría ser considerada como un hecho insignificante).

La misma imposibilidad regiría respecto de aquel que haya promocionado o publicitado por cualquier medio, pruebas ilegales de velocidad o de destreza con vehículos a motor, realizadas sin la debida autorización de la autoridad competente; pese a no haber participado como conductor ni organizado el evento e independientemente de que en el caso no se haya producido ninguna afectación concreta a la integridad física o a la vida de terceros (Art. 193 Bis del C.P.); pues si bien su intervención podría considerarse de menor relevancia, la previsión de la sanción de inhabilitación excluiría la aplicación del criterio en cuestión.

Incluso una interpretación estricta de tal óbice a la disponibilidad de la acción penal, puede llevar a inferir que la misma regirá en los casos en que la pena de inhabilitación pueda ser aplicada como pena complementaria (Art 20 bis inc. 2 y 3 del C.P.),

IV.b.Antecedentes penales

Tampoco corresponderá la aplicación de las reglas de disponibilidad de la acción cuando el imputado tenga antecedentes penales computables o haya sido beneficiado anteriormente con la aplicación de un criterio de oportunidad o del beneficio de la suspensión de juicio a prueba y vuelva a cometer delitos; en este supuesto debería

haberse precisado que los antecedentes penales computables o las suspensiones lo sean respecto de hechos dolosos.

Pues, si bien resulta acertada la decisión de no permitirle al imputado que ha demostrado, al reincidir en la actividad delictiva, que no se encuentra debidamente resocializado y que -conforme los principios de mínima suficiencia y subsidiariedad- resultará necesaria y justificada la aplicación de una pena, en el caso de que su responsabilidad en el hecho delictivo sea acreditada en el marco de un proceso penal. Dicho reproche no le es atribuible a quien ha incurrido anteriormente en alguna de las figuras penales por culpa; pues no ha direccionado con anterioridad su voluntad con la intención de afectar directamente bienes jurídicamente tutelados, sino que ello habrá ocurrido como consecuencia de una imprudencia o negligencia, impericia en su arte o profesión.

En el mismo sentido, si pese a tener antecedentes penales por hechos dolosos incurra nuevamente en una figura penal por un hecho culposo, no debería haber óbice alguno para que el fiscal pueda válidamente disponer de la acción. Más si se tiene en cuenta que el propio legislado, para supuestos similares -como el regulado en el Art. 13 ter, inc. 5 del CPP-, previó la culpa como una causal de atenuación del rigor que debe asignársele a las causales de exclusión, al permitirle al Fiscal, disponer de la acción en los casos sancionados con pena de inhabilitación, con resultado de lesiones leves o graves.

Por otro lado, el hecho de que no se haya establecido un plazo de vigencia de la prohibición de aplicar nuevamente un criterio de oportunidad, cuando este haya sido aplicado con anterioridad o el imputado haya sido beneficiado con la suspensión de juicio a prueba y vuelva a cometer un delito luego de transcurrido un periodo prudencial de tiempo (v.gr. 10 años) no resultaría del todo acertado -sobre todo si los delitos imputados afectan bienes jurídicos distintos- pues no podrá considerarse seriamente que la persona no ha sido debidamente resocializada; así lo ha entendido el legislador nacional al prever que la pena sufrida no se tendrá en cuenta a los efectos de la reincidencia cuando desde su cumplimiento hubiera transcurrido un término igual a aquél por la que fuera impuesta, que nunca podrá ser superior a 10 años (Arts. 50 y 51 C.P.).

IV.c.Tratados internacionales

Otra de las causales que impide la aplicación de los criterios de oportunidad, se da en aquellos casos en que se tratare de hechos que resulten incompatibles con las previsiones establecidas en los tratados internacionales de derechos humanos, suscriptos por la República Argentina. Si bien, la efectiva vigencia de los compromisos asumidos por nuestro país, resulta ser un motivo más que justificado para impedir la aplicación de criterios de oportunidad, el alcance de este impedimento no debería ser entendido en sentido amplio, pues ello impediría disponer de la acción penal en cualquier caso en que se encuentren en juego bienes jurídicos mencionados en tratado internacionales.

En tal sentido, un criterio amplio resulta tan abarcativo que impediría disponer de la acción penal en todos aquellos casos en que el ilícito afecte en algún modo la honra, reputación o la vida privada y familiar de la víctima¹⁶⁸; su domicilio¹⁶⁹; su correspondencia¹⁷⁰; su propiedad privada¹⁷¹; cuando la víctima sea una mujer¹⁷², un niño¹⁷³ o una persona con discapacidad¹⁷⁴ y se trate de delitos culposos.

El criterio que debería regir a los fines de la aplicación de la exclusión en cuestión debería estar restringido a aquellos casos en que el compromiso Estatal haya estado específicamente direccionado a la investigación, juzgamiento o castigo de las infracciones contenidas en el Convenio o Tratado, como podría ser a modo de ejemplo, el compromiso asumido en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (Ley 26.378), que prevé en el apartado 5 de su artículo 16 que “*Los Estados Partes adoptarán legislación y políticas efectivas, incluidas legislación y políticas centradas en la mujer y en la infancia, para asegurar que los casos de explotación, violencia y abuso*

¹⁶⁸ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre Artículo V. “*Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar*”

¹⁶⁹ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre Artículo IX. – “*Toda persona tiene el derecho a la inviolabilidad de su domicilio.*”

¹⁷⁰ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre Artículo X. – “*Toda persona tiene derecho a la inviolabilidad y circulación de su correspondencia.*”

¹⁷¹ Declaración Universal de Derechos Humanos Artículo 17; apartado 2 – Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad. - Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre Artículo Artículo XXIII. – “*Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar.*”

¹⁷² Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer - Ley N° 23179.

¹⁷³ Convención sobre los Derechos del Niño - Ley N° 23.849.

¹⁷⁴ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad Ley 26.378.

contra personas con discapacidad sean detectados, investigados y, en su caso, juzgados.”; como se desprende de los términos empleados por la norma, no podrían ser objeto de disponibilidad, por parte del Fiscal, aquellas acciones nacidas con motivo de hechos dolosos, pues la *explotación, violencia y abuso* requiere un conocimiento y aprovechamiento específico de la situación de la víctima, lo que se ve reforzado al considerar que el tratado utiliza la frase “*contra personas con discapacidad*” y no “*de las que sean víctimas personas con discapacidad*”, por lo que exige un direccionamiento específico de la conducta que no se podría derivar de hechos culposos.

En el mismo sentido podría mencionarse el compromiso asumido al adherir a la Convención para la Prevención y sanción del Delito de Genocidio (Decreto Ley N° 6.286), que en su Art. IV prevé “*Las personas que hayan cometido genocidio o cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III, serán castigadas, ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares.*”; posteriormente en su Art. V establece que “*Las Partes contratantes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus Constituciones respectivas, las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención y especialmente a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio o de cualquier otro de los actos enumerados en el artículo III.*”.

Por otro lado, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Ley N° 23.338) establece en el primer apartado de su Art. 4 que “*Todo Estado Parte velará por que todos los actos de tortura constituyan delitos...*” y en el segundo apartado prevé que “*Todo Estado Parte castigará esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad.*”.

En esa misma línea pueden mencionarse la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (Ley N° 24.556; Art. III, VI y VII); la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad (Ley 24.584); la Convención sobre los Derechos del Niño (Ley N° 23.849, Art. 19 inc. 1 y 2; Art. 32 apartados 1 y 2 punto C.) y la Convención Internacional sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial (Ley N° 17.722 Art. 4 y 6).

IV.d. Criterios de interpretación de las causales

Tales observaciones permiten inferir que la intención del legislador no ha sido la de limitar la posibilidad de disponer de la acción penal, únicamente en las ocasiones en que el caso en cuestión sortee con éxito todas y cada una de las excepciones previstas en el Art. 13 ter del C.P.P... Pues de lo contrario se verían desdibujadas muchas de las finalidades que se han perseguido con la inclusión de las causales en cuestión.

Por ello entendemos que en el único supuesto en el que las exclusiones previstas en el Art. 13 ter del CPP, deben ser interpretadas taxativamente y como un bloque que opera en conjunto constituyendo un límite infranqueable para el Ministerio Público Fiscal, es en el caso del criterio de oportunidad previsto en el Inc. 1 del Art. 13 bis del CPP, que prevé tal posibilidad cuando el hecho fuese insignificante. Pues la amplitud que puede otorgársele al término empleado, demuestra vaguedad de la norma, lo que torna necesario el fortalecimiento de los criterios interpretativos que operarán como límites a la potestad del Organismo acusador, con el objeto de evitar un empleo arbitrario, desproporcionado o irregular por parte de los distintos miembros del Ministerio Público Fiscal.

Por el contrario, en los restantes supuestos, las exclusiones deberán ser entendidas como tamices permeables que facultarán al organismo acusador a disponer de la acción cuando -en el caso concreto- no se vean afectadas en forma efectiva las finalidades que ha tenido en miras el legislador al incorporar la causal de exclusión cuyo rigor se flexibiliza en el supuesto concreto.

Ello por cuanto hemos advertido que la interpretación literal y rigurosa de las causales como un conjunto integro, genera incongruencias que afectan, sin un sentido lógico justificado, las finalidades que ha tenido en miras la ley 10.457 y en tal sentido se ha expresado que *“la inconsecuencia o falta de previsión del legislador no se suponen, por lo que la interpretación debe evitar asignar a la ley un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando como verdadero el criterio que las concilie y suponga la integral armonización de sus preceptos (Fallos 306:721; 307:518; 307:993; 313:1149)”¹⁷⁵.*

¹⁷⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación “Taschowsky, Dionisio E. c/ Empresa Nacional de Telecomunicaciones y otro.” - 21 de marzo de 2000

Es por ello que debe darse pleno efecto a la intención del legislador, computando la totalidad de sus preceptos de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional. Tal propósito no puede ser obviado por los jueces con motivo de las posibles imperfecciones técnicas de su instrumentación, toda vez que ellos no deben prescindir de la *ratio legis* y del espíritu de la norma; y advierten que la exégesis de la ley requiere la máxima prudencia, cuidando que la inteligencia que se asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho, o que el excesivo rigor de los razonamientos no desnaturalice el espíritu que ha inspirado su sanción¹⁷⁶.

En el mismo sentido, nuestro Máximo Tribunal tiene dicho que “*en supuestos ...en los que se encuentra en juego la interpretación de una norma procesal, es aplicable el principio con arreglo al cual las leyes deben interpretarse teniendo en cuenta el contexto general y los fines que la informan, de la manera que mejor se compadezcan y armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías constitucionales, en tanto con ello no se fuerce indebidamente la letra o el espíritu del precepto que rige el caso (CSJN Fallos: 256:24; 261:36; 307:843; 310:933 y sus citas)...incluso, que en casos no expresamente contemplados, ha de preferirse la inteligencia que favorece y no la que dificulte aquella armonía y los fines perseguidos por las reglas (Fallos: 303:1007, 1118 y 1403, entre otros)*”¹⁷⁷.

Además de ello y de conformidad a lo dispuesto en el último párrafo del Art. 13 ter del CPP de Córdoba, el Fiscal General, con el fin de fijar las políticas de persecución penal -artículo 171 de la Constitución de la Provincia de Córdoba-, podrá interpretar los alcances de las reglas de disponibilidad de la acción mediante el dictado de instrucciones generales.

V. Cuestiones relativas al procedimiento

V.a. Acuerdo conciliatorio

La nueva normativa permite al fiscal disponer de la acción penal cuando exista conciliación entre las partes; si como consecuencia de la conciliación y ante la existencia

¹⁷⁶ Fallos 302:973; 312:1484

¹⁷⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación “Defensor del Pueblo de la Nación c/ E.N. -P.E.N.- M° E. - dto. 1738/92 y otro s/ proceso de conocimiento” - 24 de Mayo de 2005 -Id SAIJ: FA05000210

de daño las mismas hubieran arribado a un acuerdo resarcitorio, el Fiscal de Instrucción sólo podrá prescindir de la acción cuando la víctima haya percibido la totalidad de lo convenido.

De la redacción de la norma, se puede inferir que el íntegro cumplimiento del acuerdo resarcitorio, no necesariamente debe ser instantáneo o inmediato, pudiendo las partes (víctima y victimario) prever su cumplimiento en cuotas, según la conveniencia y posibilidad de ambas, lo que dilatará la oportunidad en la que el Ministerio Público podrá prescindir de la acción penal.

Bajo tal panorama -y en función de la aclaración que efectúa la norma respecto de la oportunidad en la cual podrá disponerse de la acción-, podría inferirse que el Ministerio Público se encontraría compelido a continuar con la investigación, llevando adelante la instrucción hasta tanto se concrete el acuerdo; pues la mera celebración del convenio no habilitaría al Fiscal a disponer de la acción, ni se encuentra expresamente regulado como causal de suspensión de la acción (como si lo preveía el Art. 54 de la ley 27.260 en lo relativo a la regularización excepcional de obligaciones tributarias, de la seguridad social y aduaneras) por lo que el fiscal debería promover la persecución hasta tanto se concrete el acuerdo, bajo pena de incurrir en Inf. Art 274 C.P..

Sin embargo, entendemos que no ha sido esta la intención del legislador, pues tal postura atentaría contra el uso eficiente de los recursos con los que cuenta el Estado para la persecución de los delitos. Por ello consideramos que, en aquellos casos en que el tiempo que demande el cumplimiento total de lo convenido sea particularmente considerable y existiendo el riesgo de que el imputado no respete su compromiso; a los fines de evitar que se utilice este medio para dilatar la investigación y lograr la impunidad, el Ministerio Público debería proceder de conformidad con lo dispuesto en los Arts. 11 y 12 del código procesal local.

En tal sentido celebrado el acuerdo, se ordenará la libertad del imputado, quien deberá prestar caución; fijar y mantener un domicilio; permanecer a disposición y concurrir a todas las citaciones que se le formulen; abstenerse de realizar cualquier acto que pueda obstaculizar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley. Asimismo, podrá imponérsele la obligación de no ausentarse de la ciudad o población en que reside, no concurrir a determinados sitios, presentarse ante la autoridad los días que ésta fije, cumplir con el uso de dispositivos electrónicos en casos de violencia de género o de

someterse al cuidado o vigilancia de la persona o institución que se designe, quien informará periódicamente a la autoridad judicial competente (Art. 268 del CPP).

Además de ello, deberá disponer aquellas medidas probatorias que tengan por objeto recolectar los medios de convicción que corran peligro de desaparecer o alterarse con el transcurso del tiempo (v.gr. testigos de avanzada edad o próximos a ausentarse del país, registros de cámaras de seguridad de locales que automáticamente borran el contenido de los soportes donde se guardan las grabaciones para registrar allí los nuevos videos; etc.) y luego de ello deberá disponerse la suspensión de la acción penal (Art. 11 del CPP), en virtud de la cuestión previa (cumplimiento del acuerdo conciliatorio) que debe ser resuelta a los fines de determinar si corresponde o no avanzar con la acción penal.

V.b. Informar a la víctima

El Art. 13 bis del código prevé además que *“La imposibilidad de dar con el paradero de la víctima no obstará la aplicación de los criterios de oportunidad previstos en los incisos 1), 2), 3), 4) y 6) de este artículo.”*. Ello dado que la víctima debe ser notificada de la decisión del Fiscal que prescinde del ejercicio de la acción penal con el objeto de que pueda ejercer su derecho a transformar la misma en una acción privada u ocurrir ante el Fiscal General para modificar o revocar la decisión del Fiscal de Instrucción (Art. 13 quater del CPP).

Se entiende que tal postulado pretende evitar que el imputado se mantenga en estado de incertidumbre, respecto de su situación procesal, desde el momento en que el Ministerio Público advierte que corresponde la aplicación de algún criterio de oportunidad, hasta que se logre dar con el paradero de la víctima o transcurra el plazo de prescripción de la acción (en los casos en que no se haya podido ubicar a la misma); para lo cual esta modalidad fue considerada por el legislador como una vía jurídica idónea para determinar el cese de la potestad punitiva estatal y salvaguardar de ese modo el derecho constitucional a obtener un pronunciamiento judicial sin dilaciones indebidas.

Sin embargo, una postura tan rígida afectaría garantías constitucionales que amparan a la víctima pues a diferencia de lo que ocurre con el archivo (que permite la reapertura de la investigación conf. Art. 334 del CPP); la decisión del fiscal de disponer de la acción, determinará que el Juez de control declare la extinción de la acción penal

(Art. 13 quater; lo que impedirá cualquier posibilidad de reabrir la investigación en virtud de la garantía constitucional del *non bis in idem*).

Por lo que, la ineficiencia o desidia Estatal para localizar a la víctima, estaría privándola de la posibilidad de cuestionar tal decisión ante el Fiscal General o informar su voluntad de continuar con la persecución penal (Art. 13 quater del CPP) y con ello se estaría vulnerando su derecho a la tutela judicial efectiva; el Art. 28 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el Art. 5 inc. H, k y L de la Ley 27.372 en cuenta establece que la víctima tendrá derecho a intervenir como querellante en el procedimiento penal, a ser escuchada antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción y a ser notificada de las resoluciones que puedan afectar su derecho a ser oída.

Una posible solución, para los casos en que no se pueda dar con el paradero de la víctima y aquellos en los que no se haya logrado individualizar a la víctima, podría ser recurrir a la citación o notificación por edictos, recurso que se encuentra regulado en nuestro código de forma para supuestos similares, tales como “*Cuando se ignore el lugar donde se encuentra la persona que deba ser notificada, la resolución se hará saber por edictos que se publicarán durante cinco días en un diario de circulación, sin perjuicio de las medidas convenientes para averiguar la residencia.*” (Art. 171 CPP); si la víctima no comparece en el plazo fijado en los edictos, ni se reciben noticias suyas en ese plazo, entonces se podrá proceder a hacer efectivos los criterios de oportunidad a los que alude el párrafo en cuestión.

V.c. Los casos en que el Ministerio Público Fiscal entiende que no procede la disponibilidad de la acción

El último párrafo del Art. 13 bis prevé que, si el Ministerio Público decide que no procede la aplicación de una regla de disponibilidad de la acción, la decisión no será susceptible de impugnación alguna. Tal medida pretende evitar dilaciones innecesarias en la tramitación de la causa; al mismo tiempo refuerza la idea de que no se trata tanto de un derecho del imputado, sino más bien de una decisión de política criminal, cuya implementación queda a criterio del Ministerio Público Fiscal, retomando con ello la concepción clásica de la titularidad de la acción penal pública.

Sin embargo, teniendo en cuenta la finalidad del instituto, en los casos en que tal decisión no se encuentre debidamente fundada en cuestiones de interés público que se

desprendan de razones de política criminal, de las que se desprenda la necesidad del avance de la investigación y de que el caso se resuelva en juicio.

De lo contrario, el ejercicio de tal potestad se volverá arbitrario, pues una postura negativa debe encontrarse debidamente fundada para resultar vinculante¹⁷⁸ y con ello, la extensión de esta prohibición a la víctima volvería a relegarla a ella y su pretensión en los casos de posible conciliación. Pues, en los supuestos en que el Ministerio Público entienda que no procede la aplicación de un criterio de disponibilidad de la acción penal, pero el imputado solicite la suspensión del proceso a prueba (Art. 360 bis) y no exista óbice formal alguno para la procedencia de dicho instituto, se le habrá sustraído a la víctima la posibilidad de ser ella quien negocie los términos y el alcance de la reparación del perjuicio.

Ello atento a que en el caso de la *probation*, el imputado solo deberá ofrecer reparar razonable y proporcionalmente el daño producido por el hecho u ofrecer otro modo alternativo de reparación en caso de no contar con medios suficientes, quedando a criterio del Ministerio Público la ponderación de la razonabilidad de la oferta y la víctima se verá obligada a contentarse con ello o reclamar en sede civil la reparación correspondiente con el desgaste de recursos y de tiempo que ello implica.

V.d. **En caso de procedencia de la causal**

El Art. 13 quater del CPP establece que la decisión que prescinda de la persecución penal determinará que el Juez de Control, a instancia del Fiscal de Instrucción, declare la extinción de la acción pública con relación al participante en cuyo favor se decide mediante el dictado de una sentencia de sobreseimiento.

Conforme se desprende de la norma, no sería aplicable el control jurisdiccional en caso de procedencia; lo que se ve corroborado con la modificación que se formuló en el Art. 348 del CPP, que faculta al Juez, en los casos en los que discrepare del sobreseimiento solicitado por el Fiscal, a elevar las actuaciones al Fiscal de Cámara de Acusación, “*salvo en los supuestos del artículo 13 quater del mismo*”. Pues la posibilidad de ocurrir ante el Fiscal General o transformar la acción pública en privada se reserva a la

¹⁷⁸ Así lo entendió la sala penal del Tribunal Superior de justicia de la provincia de Córdoba, en Quintana, Francisco M. (de fecha 22/10/2002 - Cita Online: AR/JUR/4087/2002) y en "Lavra, Franco p.s.a. lesiones culposas" en fecha 3 de diciembre de 2002; al considerar que la oposición a la concesión de la suspensión del juicio a prueba del Fiscal no es vinculante para el magistrado si carece de la debida fundamentación.

víctima, lo que potencia el carácter acusatorio, la división de funciones entre perseguir y acusar de las de juzgar y penar.

Si bien se ha entendido que *“la intervención jurisdiccional es un requisito que los mismos arts. 13 quater y 348 del CPP mantienen incólume para la culminación del proceso penal por sobreseimiento. En consecuencia, corresponde a la jurisdicción efectuar un control respecto a las causales de procedencia por las que se dispuso de la acción penal, como asimismo respecto de su oportunidad procesal y si concurren al caso algunas de las condiciones que excluyen la aplicación de este instituto. Es que, la imposibilidad de revisión jurisdiccional fue consagrada sólo para el caso en que el fiscal interviniente decida que no procede la aplicación de una regla de disponibilidad.”*¹⁷⁹

Por nuestra parte consideramos que tal control es necesario para evitar un empleo abusivo o arbitrario de la potestad legal, pero debe limitarse estrictamente a los aspectos formales, lo que implica analizar si la decisión del Fiscal se encuentra fundada en una de las causales expresamente previstas; sin que el magistrado posea facultades para cuestionar la interpretación efectuada por quien desiste, respecto de la procedencia de la causal. Por lo que no podrá manifestar su desacuerdo respecto de la insignificancia del hecho; la relevancia de la intervención del imputado, o la gravedad del daño moral o físico sufrido por la víctima, etc.

Podrá oponerse en el caso de que el Fiscal pretenda disponer de la acción, apartándose de manera ostensible y grave de alguna de las causales de exclusión previstas en el Art. 13 ter.; pero -de acuerdo a lo expuesto en el punto relativo a los criterios de interpretación de los casos excluidos- no podrá hacerlo en los supuestos en que dicho apartamiento se encuentre debidamente fundado en la solicitud.

También deberá controlar que se encuentre debidamente notificada la víctima y la misma haya prestado un consentimiento que no se encuentre viciado (vgrs. por posibles amenazas por parte del victimario o sus parientes) o se hayan adoptado todos los recaudos posibles para su notificación (en los supuestos del penúltimo párrafo del Art. 13 bis).

¹⁷⁹ Juzgado de Control en lo Penal Económico en autos Sufe, Marcelo Alejandro p. s. a. defraudación por administración fraudulenta s/ sobreseimiento – art. 350 inc. 6º, Expediente 1089103 - Sentencia n.º 54 - Fecha: 23/11/2017.

Conclusión

Conforme lo detallado, la sanción de la ley 10.457, implica un nuevo paso en el cambio de paradigma que se viene gestando en el ámbito del proceso penal, que exige el paso de un sistema rígido como el de legalidad; a un sistema más flexible, como lo es el de la oportunidad reglada; que le otorga mayor consideración a los intereses de la víctima como titular del conflicto que provoca el delito y nos lleva a considerar al proceso como una herramienta que deberá ser empleada en aquellos casos en que resulte indispensable para alcanzar los fines de prevención general y especial que persigue la imposición de una pena.

En ese marco, la nueva normativa fija criterios de oportunidad reglada que habilitarán la Ministerio Público a disponer del ejercicio de la acción; la cual podrá ser continuada por la víctima, constituida como querellante, por medio de la conversión de la acción pública en privada. Establece asimismo los casos excluidos, en los que el legislador, en procura de ciertos objetivos, estableció la prohibición de que el organismo acusador haga uso de tal facultad.

Sin embargo, de acuerdo a las observaciones formuladas, entendemos que existen ciertas situaciones en las que los límites impuestos atentan injustificadamente contra el espíritu de la norma. Sobre todo si se tiene en cuenta que la extensión de la facultad en cuestión, en tales supuestos, no implicará la impunidad de la conducta (excepto en los casos en que la víctima este de acuerdo con la decisión) pues siempre quedará vigente la posibilidad de la conversión de la acción pública en privada y de llevar adelante el procedimiento incluso con patrocinio jurídico gratuito (Art. 11 de la ley 27.372).

Por ello, consideramos que tales exclusiones deberán ser entendidas como tamices permeables, que facultarán al organismo acusador a disponer de la acción cuando -en el caso concreto- no se vean afectadas en forma efectiva las finalidades que ha tenido en miras el legislador al incorporar la causal de exclusión cuyo rigor se flexibiliza en el supuesto concreto.

Por otra parte, en lo relativo al procedimiento establecido para hacer efectiva la prerrogativa en cuestión, entendemos necesario que en los casos de conciliación entre víctima y victimario, si el cumplimiento íntegro del acuerdo, demanda un lapso de tiempo considerable, el Ministerio Público deberá adoptar las medidas necesarias que aseguren, frente a un posible incumplimiento, la posibilidad de averiguar la verdad de lo ocurrido,

evitando que se emplee dicho medio como una herramienta para impedir los fines del proceso.

Asimismo, en todos los supuestos en que pretenda prescindir del ejercicio de la acción, deberá disponer todo lo conducente a garantizar que la víctima tome conocimiento de tal intención (pudiendo citarla incluso por medio de edictos), de manera de que pueda ejercer en forma plena todas las facultades que le reconoce el ordenamiento procesal en cuestión.

En los casos en que el Ministerio Público decide que no procede la aplicación de una regla de disponibilidad de la acción, deberá fundar su postura en cuestiones de interés público que justifiquen la necesidad de que el caso se resuelva en juicio, de manera de que no se vean afectados de manera arbitraria, los intereses de las partes.

Finalmente, en los casos en que, tanto el organismo acusador como la víctima, estén de acuerdo respecto de la procedencia de alguna causal de disponibilidad, por lo innecesario del desarrollo del proceso penal en el caso concreto, el magistrado deberá limitarse a controlar el efectivo cumplimiento de los requisitos formales, sin poder avocarse a analizar o cuestionar la valoración efectuada por el Fiscal, excepto supuestos de manifiesta arbitrariedad o apartamiento notorio de los supuestos excluidos, cuando se advierta en el caso, la afectación concreta de las finalidades que perseguía tal prohibición.

IV. EL NUEVO ARTÍCULO 334 DEL CPP -ARCHIVO-

LA CUESTIÓN DEL FISCAL SUBSIGUIENTE EN CASO DE SOBRESEIMIENTO O ARCHIVO REVOCADO POR LA CÁMARA DE ACUSACIÓN.

Por: Daniela E. Bianciotti

Gonzalo Berrotarán

Planteo del Problema

Cuando la Cámara de Acusación revoca un sobreseimiento dictado por el juez de control a instancias del fiscal de instrucción, o deja sin efecto el archivo de una causa dispuesto por éste, luego confirmado jurisdiccionalmente, se plantea la cuestión si corresponde que continúe la investigación penal preparatoria el mismo instructor que la venía llevando a cabo, o bien que comience a intervenir otro representante del Ministerio Público.

Antes de la última reforma del Código Procesal Penal¹⁸⁰ (año 2017) el artículo 334 preveía una solución expresa para el caso del archivo, en los siguientes términos: “... Si la decisión del Juez fuese revocada, otro Fiscal de Instrucción proseguirá con la investigación”.

Idéntica era la solución legal para el caso de sobreseimiento revocado por la Cámara de Acusación, ya que el artículo 352 del CPP establecía que “...la sentencia será apelable... por el querellante particular. En éste último supuesto regirá lo dispuesto por el 334 último párrafo”.

Ahora bien, con la modificación introducida por la ley 10.457 al texto del art. 334 del CPP se suprimió tal solución, en tanto actualmente el último párrafo de dicha norma reza: “Si existiere apelación se correrá vista de la misma al Fiscal de Cámara de Acusación en cuanto se reciban las actuaciones para que, en el término perentorio de

¹⁸⁰ El 24 de mayo de 2017 la Legislatura sancionó **Ley 10.457** que **reforma parcialmente el Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba. Publicada en el Boletín Oficial el 16/6/2017.**

cinco (5) días, exprese si se mantiene o no el recurso. Su silencio implicará desistimiento”.

Cabe aclarar que ello afecta no sólo al caso de revocación del archivo dispuesto por el Fiscal de Instrucción, sino también al supuesto de revocación del sobreseimiento dictado a instancias de éste, teniendo en cuenta que el art. 352 no ha sido alterado, y continúa remitiendo al último párrafo del art. 334.

Previo a esbozar las alternativas de solución que se presentan a la cuestión, parece conveniente recordar el camino procesal que recorre una causa en cada caso (sobreseimiento o archivo) hasta llegar, por vía de apelación, a la Cámara de Acusación.

1. Hipótesis de Sobreseimiento

Se da cuando el Fiscal de Instrucción requiere el sobreseimiento en virtud del artículo 348 del CPP que dispone “... El Sobreseimiento total o parcial ...en la investigación fiscal, será requerido en forma fundada, por el Fiscal de Instrucción. En caso de desacuerdo del Juez, regirá el artículo 359...”.

Como surge de la norma transcripta, el Juez de Control puede estar de acuerdo o no con el requerimiento fiscal. El último supuesto -desacuerdo del juez- se denomina comúnmente por la doctrina “discrepancia”¹⁸¹, e implica que el juez requerido no comparte la conclusión favorable al sobreseimiento, en cuyo caso el artículo 359 proporciona la solución, al colocar la decisión final del asunto en manos del Ministerio Público.

Dicho aspecto lo hemos explicado en otra oportunidad, destacando que:

A) “... si el juez de control requerido está en desacuerdo con el pedido de sobreseimiento formulado, deberá remitir la causa al Fiscal de la Cámara de Acusación; en tal caso y una vez recibida la causa por éste podrían darse dos hipótesis:

1) que el superior jerárquico coincida con lo solicitado por el inferior; en tal circunstancia el Juez estará obligado a dictar sentencia de sobreseimiento; situación que se conoce como *sobreseimiento por acuerdo de fiscales*.

2) que el superior jerárquico no esté de acuerdo con el requerimiento efectuado. Para esta hipótesis la ley 8123 dispuso como solución que el mismo Fiscal de Cámara formule directamente el requerimiento de citación a juicio (modificándose de

¹⁸¹ Clemente, José Luis, *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, comentado, anotado*, Marcos Lerner 1998, T. III, p. 163.

esta manera el procedimiento previsto por la ley 5154 que disponía la remisión a otro fiscal¹⁸²)...”¹⁸³.

En ese marco, desde la doctrina se proponían otras alternativas para el caso de discrepancia con el sobreseimiento. Así, se mencionaba que “... a pesar de la regulación legal, es frecuente en nuestra Provincia que el Fiscal de la Cámara de Acusación, le devuelva la causa al inferior acompañada de aquellas instrucciones cuyo cumplimiento considera necesario para completar la investigación. Esto es así, en función de una práctica sentada, por un lado en la celeridad procesal y, por el otro en la imposibilidad para este superior jerárquico de aplicar, en muchos casos, el citado artículo. Así, por ej. para la hipótesis de discrepancia del juez de control con un pedido de sobreseimiento por prescripción, con argumento en que ésta ha sido interrumpida por la comisión de otro delito. Es frecuente que muchas causas prescriban sin siquiera haberse receptado declaración al imputado (requisito indispensable para formular la acusación -art. 354-), en esos casos el estado en el que se encuentra la causa convierte de imposible aplicación el artículo 359 que, como vimos, para el supuesto de estar de acuerdo el fiscal de cámara con la discrepancia formulada por el juez de control le manda formular el *requerimiento de citación a juicio...*”.

En virtud de ello, se proponía que “... en esa y en todas aquellas hipótesis en que el superior jerárquico reciba una causa en la que, por discrepancia del juez de control con el pedido de sobreseimiento formulado por el inferior, le resulte imposible por no encontrarse concluida la investigación formular la requisitoria de citación a juicio legalmente prevista, no le quedará otra alternativa que remitir nuevamente la causa para que el fiscal de instrucción continúe la investigación...”. Asimismo, se señalaba que “... en la práctica... sucede con frecuencia que la causa es devuelta al fiscal inferior acompañada de instrucciones particulares...”¹⁸⁴.

¹⁸² Conf. art. 364, Ley 5154 que rezaba: “Disconformidad: Si el Agente Fiscal solicitare sobreseimiento o prórroga extraordinaria de la instrucción, el Juez que no estuviere de acuerdo remitirá el proceso, por decreto fundado, al Fiscal de la Cámara de Acusación, quien dictaminará con arreglo al artículo 67. Cuando el Fiscal se pronuncie por el sobreseimiento o la prórroga, el Juez dictará resolución en tal sentido. En caso contrario se correrá vista del sumario a otro Agente Fiscal, el que formulará requerimiento de elevación a juicio de conformidad con los fundamentos del Superior. Exceptuase de esta disposición las causas de competencia correccional, en las que el Juez dictará sin trámite el sobreseimiento o la prórroga extraordinaria que solicitare el Agente Fiscal”.

¹⁸³ BIANCIOTTI, DANIELA, “Facultad del fiscal de la Cámara de Acusación de impartir instrucciones particulares (algunas consideraciones a propósito de la aplicación práctica del último párrafo del art. 359 del CPP), Semanario Jurídico –Fallos y Doctrina-, Córdoba (R.A.) –Octubre 2007- Año XXX, Edición Especial N° 11 PENAL, Comercio y Justicia, ps. 152 a 157.

¹⁸⁴ BIANCIOTTI, DANIELA, “Facultad del fiscal de la Cámara de Acusación de impartir instrucciones particulares (algunas consideraciones a propósito de la aplicación práctica del último párrafo del art. 359

En orden a ello, se explicó que “...atento a la legislación vigente en la Provincia (ley 7826), el Fiscal de la Cámara de Acusación posee la facultad de impartir instrucciones particulares a los inferiores siempre que lo haga dentro del marco de los límites normativamente impuestos... siempre y cuando dichas instrucciones no se refieran a las materias prohibidas (“requerimientos, conclusiones e imposición o cese de medidas de coerción”, art. 11)...”. En efecto, se destacó que “...se tratará de instrucciones sobre *el ejercicio de sus funciones* (art. 11), que, como surge de la limitación aludida, solo *podrán versar sobre cursos de investigación o medidas probatorias...*”.

En definitiva, se concluyó que “es legalmente posible que el Fiscal de la Cámara de Acusación al recibir una causa a fin de dar cumplimiento al procedimiento previsto en artículo 359 del C.P.P., se la devuelva al inferior acompañada de instrucciones escritas, (art 14) que valoró convenientes o necesarias de llevar a cabo para la eficacia de esa investigación... una vez cumplimentadas las directivas dadas por su superior, podrá el Fiscal de Instrucción formular el requerimiento de elevación a juicio sin que pueda ser cuestionado por este motivo, ya que en el artículo 2 de la ley 7826

del CPP), ob. Cit. La investigación comprende una explicación de la recepción legal del tema vinculado a las instrucciones que pueden impartir los fiscales de rango superior: “... La Constitución Provincial, en el artículo 171, establece que el “Ministerio Público está a cargo de un Fiscal General y de los fiscales que de él dependen según lo establece la ley orgánica respectiva. Ejerce sus funciones con arreglo a los principios de legalidad, imparcialidad, unidad de actuación y dependencia jerárquica en todo el territorio de la Provincia...”. Por otra parte, el citado artículo indica las facultades del Fiscal General, al disponer que “fija las políticas de persecución penal e instruye a los fiscales inferiores sobre el cumplimiento de sus funciones ... de acuerdo a las leyes”. En consonancia con ello, la ley orgánica del Ministerio Público Fiscal de la Provincia (ley 7826) contempla expresamente la facultad de los Fiscales de rango superior de impartir instrucciones los inferiores. Así, en el artículo 3 de la ley ya referenciada se recepta el principio de “*dependencia jerárquica*”, y en el artículo siguiente, se faculta a los Fiscales de rango superior a “impartir instrucciones a los fiscales inferiores...”. Asimismo, el artículo 16 al enumerar las funciones del Fiscal General, en el inc. 7 dispone: “Impartir a los Fiscales inferiores instrucciones convenientes al servicio y al ejercicio de sus funciones, tanto de carácter general como particular, con arreglo a lo dispuesto en el Título IV”. También el art. 22, inc. 1 de la ley, establece que corresponde al Fiscal de Cámara de Acusación “impartir instrucciones particulares que considere necesarias o le fueren requeridas a los Fiscales de Instrucción, previa consulta al Fiscal General”. No cabe dudas, por lo tanto, que en atención al principio de subordinación jerárquica, la ley Cordobesa otorga expresamente a los fiscales de rango superior la facultad a dar a los inferiores, tanto instrucciones generales como particulares, debiendo respetarse siempre, el principio de legalidad (art. 11). Sin embargo, dicha facultad no se encuentra libre de limitaciones, ya que a fin de “suavizar la discusión” sobre el tema, nuestra ley provincial enumera ciertas materias sobre las cuales no puede recaer¹⁸⁴ y dispone que “quedan exceptuados” los “requerimientos, conclusiones e imposición o cese de medidas de coerción” (art. 11). Por otra parte, el régimen normativo vigente soluciona el problema que se podría plantear en el supuesto en que el Fiscal de rango inferior no compartiera la instrucción recibida del superior, autorizándole a “manifestar su posición personal”. También está legalmente prevista la posibilidad de que pueda considerar “improcedente” la instrucción recibida, en cuyo caso dispone la ley que “... lo hará saber al Fiscal General por informe fundado. Si el Fiscal General ratifica la instrucción cuestionada, el acto deberá ser cumplido bajo su responsabilidad” (art. 13).

expresamente se establece que el Ministerio Público Fiscal es *único* y está representado por cualquiera de sus integrantes en los actos que cada uno de ellos realicen...”.

Por otra parte, se anunciaba que dicha propuesta permitiría solucionar también el caso de sobreseimiento pedido por el Fiscal antes de la clausura (v.gr. art 334 CPP).

B) Si el Juez de Control está de acuerdo con el pedido de sobreseimiento formulado por el Fiscal de Instrucción deberá dictar una sentencia que lo disponga de conformidad con el artículo 351 del Código de Rito que establece: “El sobreseimiento se dispondrá por sentencia...”.

En este último supuesto, la sentencia de sobreseimiento dictada a instancia del Fiscal de Instrucción será apelable por el Querellante Particular (art. 352 del CPP).

2. Hipótesis de Archivo

Este supuesto se da cuando el Fiscal de Instrucción, por medio de decreto fundado, dispone “...*ab initio* el archivo de las actuaciones, fundándose en razones sustantivas o de carácter procesal...”¹⁸⁵.

Las causales de archivo exceden el objeto del presente trabajo, por lo que sólo vamos a mencionar que están establecidas en el artículo 334 del CPP, y que recientemente por Ley 10.457 se ampliaron los casos de procedencia¹⁸⁶.

El código prevé la posibilidad de que el querellante particular impugne el archivo fiscal por vía de la oposición (art. 338), y que el Juez de Control discrepe con el Fiscal de Instrucción. La regulación de esa situación ha sido reformada por la Ley 10.457, por lo que para comprender los cambios introducidos vamos a realizar una breve síntesis histórica de la cuestión.

2.a. Regulación de la Discrepancia del Juez de Control con el archivo fiscal según ley 8123: art. 334 del CPP (antes de la reforma operada por Ley 10457).

¹⁸⁵ Clemente, José Luis, *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, comentado, anotado*, Marcos Lerner 1998, T. III, p. 138.

¹⁸⁶ Artículo 334.- Archivo. El Fiscal de Instrucción dispondrá, por decreto fundado, el archivo de las actuaciones cuando: 1) No se pueda proceder; 2) El hecho contenido en ellas no encuadre en una figura penal; 3) Resulte evidente que el hecho no se cometió, o 4) No se hubiere podido individualizar al autor o partícipe del hecho o si fuere manifiesta la imposibilidad de reunir elementos de convicción que permitan acreditar el hecho. Las nuevas causales han sido comentadas por CAFURE, Martín J., “El Archivo de las Actuaciones”, en AA.VV, *Comentarios a la Reforma del Código Procesal Penal*, Advocatus, Córdoba, 2017, ps. 121/135.

Antes de dicha reforma el 334 remitía al 359, es decir que la ley procesal daba idéntica solución que para el supuesto de discrepancia con el sobreseimiento.

La doctrina criticaba esa remisión porque resultaba inaplicable en el caso de que el Fiscal de Cámara no compartiera la solución del inferior. En efecto, la opción que da el 359 resultaba legalmente imposible para el fiscal de cámara de Acusación que no compartía el criterio del fiscal de instrucción, en tanto la norma prevé que formulará directamente la acusación, para la cual es requisito no sólo tener completa la investigación (supuesto poco frecuente en casos de archivo), sino que además es presupuesto que el imputado haya tenido oportunidad de defenderse por medio de la llamada indagatoria (prevista a partir de los arts. 254 y sgs. del CPP). El art. 354 establece: “... El fiscal de instrucción requerirá la citación a juicio cuando, habiéndose recibido declaración al imputado, estimare cumplida la investigación...”.

Por su lado, Cafferata Nores sostenía que la solución que la doctrina postulaba para los supuestos de discrepancia con el sobreseimiento instado por el fiscal (desarrollada en el punto anterior) resultaba aplicable al supuesto de discrepancia con el archivo dispuesto por el fiscal¹⁸⁷.

2.b. Regulación actual de la Discrepancia del Juez de Control con el archivo fiscal: art. 334 del CPP (nuevas soluciones).

El 24 de mayo de 2017 la Legislatura sancionó **Ley 10.457 que reformó parcialmente el Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba**¹⁸⁸, siendo el artículo 334 uno de los comprendidos por la reforma.

La norma quedó redactada del siguiente modo para el supuesto de “discrepancia”: “... Cuando mediare discrepancia del Juez de Control éste remitirá las

¹⁸⁷ El autor también resaltaba que la remisión que efectuaba el art. 334 al art. 359 del CPP era “jurídicamente imposible pues esta última norma le manda al fiscal de cámara, en caso de estar de acuerdo con el juez de control, a formular directamente el *requerimiento de elevación a juicio*, lo cual está previsto para el momento “final” de una investigación preparatoria cumplida (art. 354, CPP). Y, que para poder formular dicho requerimiento es legalmente necesario que el imputado haya prestado declaración, por lo que no podrá nunca ser el art. 359 aplicable literalmente al supuesto de discrepancia del juez de control con el archivo formulado por el fiscal de instrucción. Y, adhiriendo a la propuesta anteriormente desarrollaba concluía: “... una interpretación sistemática indica que en este caso el Fiscal de Cámara sólo podrá disponer que la investigación se inicie, solución que podría encuadrarse en la atribución jerárquica de éste de impartir a su inferior instrucciones sobre el ejercicio de sus funciones – art. 22, inc. 1 LOMF– pues no se trata de alguno de los exceptuados por el art. 11 *ibid.*...”Cafferata Nores, José I., “El archivo por falta de tipicidad penal en la investigación fiscal preparatoria”, en: *Código Procesal: nuevos estándares y controversias*, –Compilador: Cafferata Nores, José I.–, Mediterránea, Córdoba, 2008, ps. 104/105).

¹⁸⁸ B.O. 16/6/2017

actuaciones al Fiscal de Cámara de acusación. Si éste coincidiera con el inferior, el Juez resolverá en tal sentido. Dicha resolución no es recurrible. En caso contrario el Fiscal de Cámara de Acusación *remitirá las actuaciones al Fiscal de Instrucción interviniente o a otro, a fin de que proceda con la investigación con las instrucciones respectivas...*” (el resaltado es propio).

Se advierte que se tuvieron en cuenta las propuestas doctrinarias que hemos mencionado previamente para el caso de discrepancia del juez de control con el archivo fiscal, y se llenó la laguna legal que existía para este supuesto.

No obstante, el debate continúa para la hipótesis de discrepancia del Juez de Control con el sobreseimiento pedido por el fiscal de instrucción, en el caso de que el Fiscal de la Cámara de Acusación encuentre obstáculos (por no estar completa la investigación) para formular él la acusación (según prevé el 359) y decida devolver la causa al inferior a fin de que complete la investigación.

Además, al suprimirse el último párrafo del artículo 334 -recordemos que disponía “si la decisión del juez fuese revocada, otro Fiscal de Instrucción proseguirá con la investigación”- se generó una laguna legal para el único supuesto que tenía solución antes de la reforma, dando lugar al debate planteado al comienzo: ¿Cuál es el fiscal que debe intervenir en los casos que la Cámara de Acusación revoque el Sobreseimiento (instado por el fiscal de instrucción) o Archivo (dispuesto por dicho representante del Ministerio Público Fiscal) confirmado por el Juez de control?

Previamente, cabe responder el siguiente interrogante: ¿Es un problema que continúe investigando el Fiscal de Instrucción que ya emitió una conclusión desincriminante?

Con respecto a esta cuestión se destacan dos aspectos, por un lado, desde la perspectiva del fiscal de instrucción la violencia moral que podría significar tener que seguir investigando un hecho que entendió no era delito (o concurría alguna otra causal de archivo o sobreseimiento).

Por el otro, desde la óptica del querellante particular que cuestionó la decisión del instructor, la desconfianza sobre su objetividad, es decir, la sospecha de que tiene un prejuicio favorable al imputado y no actúe objetivamente.

A continuación nos ocuparemos de las consideraciones efectuadas por la doctrina y por la jurisprudencia.

Posturas Doctrinarias

El debate antes de la reforma del CPP partía del texto previamente citado del artículo 334.

En orden a ello, Cafferata Nores en un artículo sobre archivo por atipicidad dedica un título al tema: “El fiscal subsiguiente”¹⁸⁹.

De conformidad con la solución legal antes de la reforma para el supuesto de revocación del archivo o sobreseimiento por la Cámara de Acusación, el autor sostenía que la intervención de otro fiscal *no era la solución conveniente para todos los casos*, porque podría haber investigaciones complejas en las cuales fuere inconveniente que un fiscal empiece de cero, pero para evitar los problemas vinculados a la violencia moral y desconfianza sobre el fiscal proponía que en los casos que fuese conveniente que siga el mismo lo haga bajo la supervisión de un superior o bien se designe un fiscal colaborador. Milagros Gorgas sostiene (o sostenía porque todo esto era antes de la reforma del 2017) que es el sistema adoptado por el Código:

1. Si el Fiscal de Cámara no comparte el pedido de sobreseimiento él debe formular la acusación
2. Si la Cámara revoca el Sobreseimiento dictado por el Juez otro fiscal debe investigar.

Cabe aclarar que no hemos encontrado investigaciones que desarrollen el tema tras la reforma del artículo 334. El debate está abierto y seguramente dará pie a diversas opiniones futuras.

Solución Jurisprudencial: Postura de la Cámara de Acusación de Córdoba.

Desde la reforma mencionada, la Cámara de Acusación de Córdoba se ha pronunciado en diversos fallos sobre la cuestión. En un primer momento, el tribunal de apelaciones asumió un criterio que podríamos denominar “casuístico”. Así, en la causa “Actuaciones Labradas por U.J. de la Mujer, Srio. 99/13, con motivo de la denuncia formulada por Borelli, Silvia Elena c/ Garbino, Daniel Guillermo”, el tribunal de apelaciones revocó, mediante auto n° 622, del 23/10/2017, el archivo dispuesto por la fiscal de instrucción y confirmado por el juez de control, y decidió, *a pedido de parte* (el querellante particular), apartar a los funcionarios hasta entonces intervinientes. Concretamente, en ese momento el tribunal sostuvo, por unanimidad, que: “Con

¹⁸⁹ CAFFERATA NORES, JOSÉ I., “El archivo por falta de tipicidad penal en la investigación fiscal preparatoria”, en AA.VV., *Proceso penal: nuevos estándares y controversias*, Mediterránea, Córdoba, 2008, p. 105.

respecto a la fiscal de instrucción, es cierto que ya en dos oportunidades ha requerido el archivo de las presentes actuaciones (...), con lo que, con el objeto de propiciar un nuevo estudio de las constancias de autos, sería conveniente contar con una visión diferente de la prueba recabada y a colectarse eventualmente. En tal sentido, cabe aclarar que el CPP preveía expresamente esta circunstancia en el último párrafo del art. 334 en su anterior formulación, lo que en el mismo artículo, tal y como se halla actualmente redactado y vigente, no se encuentra contemplado, considerando, no obstante ello, que la reseñada omisión en nada obsta que dicha solución sea adoptada para el caso concreto, a tenor de su aplicación antigua y sostenida en la jurisprudencia asentada a lo largo de todos estos años...”. En similar sentido, en los autos caratulados “Actuaciones labradas por la Unidad Judicial de Delitos contra la Integridad Sexual en Srio. 210/16”, también por unanimidad, el tribunal apartó al fiscal de instrucción que archivó la causa “con el objeto de propiciar un nuevo estudio de las constancias de autos, *así como evitar eventuales planteos relacionados con la objetividad del instructor*, corresponde apartar del conocimiento de la presente a la titular de la fiscalía de instrucción interviniente” (la cursiva es propia). En dicho fallo, previa remisión al primer precedente, ya citado, también se dijo que “si bien la nueva formulación del art. 334 del CPP, introducida por la ley provincial n° 10.457 (B.O. 16/06/2017), ya no prevé expresamente el apartamiento del instructor de la causa en caso de revocación del archivo dispuesto por él, debe considerarse que nada impide adoptar dicha solución para el caso concreto, cuando existan razones que así lo exijan. Ello es lo que efectivamente ocurre en este caso, conforme se ha indicado en el párrafo que antecede, en donde se han explicitado los motivos que tornan conveniente la intervención de otro representante del Ministerio Público a los fines de continuar con la investigación del hecho aquí denunciado...” (a. n° 541, del 21/9/2018).

Ahora bien, poco tiempo después la Cámara de Acusación abordó el problema de cuál era el órgano competente para decidir la continuación o el desplazamiento del fiscal de instrucción hasta entonces interviniente. En esa dirección, en el fallo “Vélez” (a. n° 747, del 6/12/2018), el tribunal hizo lugar, *por mayoría*, al recurso de apelación de la parte querellante contra el sobreseimiento por atipicidad dictado a instancias del Ministerio Público. Concretamente, en lo que aquí interesa, la Vocal Patricia Alejandra Farías sostuvo en su voto que la última reforma parcial del CPP operada por Ley 10.457, efectuó “un cambio sustancial” al suprimir el último párrafo del artículo 334, lo que importa “un vacío legislativo”, al no preverse ya si corresponde que sea otro fiscal el que intervenga en los casos de revocación de archivo o sobreseimiento dispuestos por la

Cámara de Acusación, como expresamente lo establecía el texto legal modificado. A fin de salvar ese vacío, la Vocal entendió aplicable, analógicamente, la regulación legal de los casos de discrepancia entre el juez de control y el fiscal de instrucción. Advirtiendo que no existe actualmente previsión alguna para el caso de “discrepancia” (v.g. desacuerdo) de la Cámara de Acusación respecto del archivo o sobreseimiento dictado por el juez de control a instancia del fiscal de instrucción, consideró que resultaba legítimo acudir a una interpretación sistemática de las normas que regulan los casos de discrepancia del juez de control con los requerimientos desincriminantes del fiscal de instrucción “teniendo especialmente en cuenta la tendencia a fortalecer el sistema acusatorio que se persiguió con la reciente reforma del CPP”. En virtud de ello, la jueza estimó que en esos casos la causa debía remitirse al Fiscal de la Cámara de Acusación “a fin de que dicho Representante del Ministerio Público Fiscal (por ser el titular de la acción penal) opte por: a) disponer que continúe la investigación, a cargo del mismo fiscal o de otro, con o sin instrucciones (dentro del marco legalmente permitido; CPP, art. 334; LOMPF, art. 11), o b) formular directamente el requerimiento de citación a juicio, según la valoración que realice del material probatorio incorporado (CPP, art. 358)...”. Con similar, aunque no idéntico sentido, el Vocal Maximiliano Octavio Davies adhirió a la solución propuesta por la vocal, pero estimando la remisión de la causa al Fiscal de Cámara de Acusación debía efectuarse “a los efectos que estime corresponder”.

Más adelante, en la causa “Álvarez”, la Cámara volvió a pronunciarse sobre el punto (auto n° 829, del 28/12/2018). En dicho fallo, la Vocal Farías mantuvo el criterio elaborado en “Vélez” (sin agregar otras consideraciones), en tanto el Vocal Davies precisó y desarrolló su posición, ya adelantada en el precedente citado. Por su parte, el Vocal Carlos Alberto Salazar se expidió allí por primera vez sobre la cuestión, en disidencia con el criterio de la mayoría. Concretamente, el Vocal Davies indicó que, si bien compartía la interpretación normativa efectuada en “Vélez”, no era posible “fijar pautas al remitido” esto es, al Fiscal de Cámara (la cursiva me pertenece). Como fundamento de su postura, Davies citó los criterios expuestos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los precedentes “Recurso de hecho deducido por el fiscal general de la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa Quiroga, Edgardo Oscar s/ causa N° 4302”, del 23/12/2004, y “Arte Radiotelevisivo Argentino SA. C/Estado Nacional - JGM - SMC s/amparo ley 16.986”, del 11-02-2015, entender que allí se trató de supuestos que compartían “algunas notas esenciales” con el aquí tratado. Recordó que en dichas actuaciones se discutía la constitucionalidad del procedimiento de consulta dispuesto en el art. 348 del Código

Procesal Penal de la Nación, y que, a pesar de tratarse de dos ordenamientos procesales “con notables diferencias”, las consideraciones de fondo resultaban atinentes al caso. Así, destacó que la mayoría había desarrollado las siguientes ideas centrales “...aun en un contexto normativo limitado a lo que ha dado en llamarse el principio "acusatorio formal" (...), resulta insostenible que sea el tribunal encargado de controlar la investigación preparatoria el que pueda ordenarle al fiscal que acuse. Pues el ejercicio de tal facultad de sustituir al acusador hace que los jueces, en vez de reaccionar frente a un estímulo externo en favor de la persecución, asuman un compromiso activo en favor de ella. Tal actitud es susceptible de generar dudas en cuanto a la imparcialidad (...) la intervención de la cámara de apelaciones `ordenando´ que se produzca la acusación pone en tela de juicio la imparcialidad del tribunal `retroactivamente´, y que ese mismo tribunal ya no intervenga más no basta para tranquilizar la conciencia, pues dicha intervención ya es suficiente para generar la sospecha de que, en algún momento, durante la etapa procesal que debió controlar manteniéndose desinteresado, abandonó la posición de tercero ajeno al conflicto y se inclinó indebidamente en favor de la acusación...”. Asimismo, remarcó lo expuesto por el Ministro Maqueda en su voto (considerando nº 27), al señalar que “...es sabido que en `un sistema de frenos y contrapesos las instituciones políticas se limitan entre sí, no sólo en el sentido débil de que cada una está circunscripta a su esfera de poder, sino en el sentido fuerte de que aun dentro de sus esferas no son omnipotentes´ (...). Clariá Olmedo, en lo que aquí interesa, propone dicho control del siguiente modo: `el juez de instrucción -ante el desacuerdo- debía remitir la causa a un fiscal de mayor jerarquía (generalmente de Cámara de Apelaciones o de juicio) a fin de que dictamine por escrito y en forma específica si debe sobreseerse, vale decir si corresponde elevar el proceso a juicio plenario o sobreseer definitivamente´...”. En conclusión, el criterio del Vocal Davies es que, luego de dispuesta la remisión de las actuaciones, el Fiscal de Cámara podría no compartir este criterio, contando para ello con las posibilidades recursivas previstas en nuestro ordenamiento procesal, o bien remitir las actuaciones al Fiscal General de la Provincia, a los efectos que él y de acuerdo a su criterio, estime corresponder.

Como ya se adelantó, en su voto en minoría el Vocal Salazar coincidió con la existencia de un vacío legislativo respecto de la previsión que contenía la antigua ley procesal al respecto. No obstante, estimó erróneo el criterio adoptado por la mayoría en “Vélez”, en la medida en que las soluciones previstas legalmente para los casos de discrepancia referidas al archivo y al sobreseimiento (arts. 334 y 359 del C.P.P.), en

ambas situaciones, no existía todavía resolución jurisdiccional alguna, lo que sí sucede en los casos de intervención de la Cámara de Acusación. En virtud de ello, consideró que no correspondía hacer una analogía respecto de hipótesis “sustancialmente distintas”. En la misma línea de razonamiento, observó que el tribunal de apelaciones en ningún caso discrepa con las resoluciones de los jueces de control, sino que las confirma o las revoca. Finalmente, con relación al argumento relativo al fortalecimiento del sistema acusatorio, el Vocal Salazar entendió que “tal objetivo se vería mejor alcanzado si es que tal decisión, precisamente en atención a la falta de previsión legislativa de tal circunstancia, cae en cabeza del propio Titular del Ministerio Público Fiscal, quien podría hacerlo a través de las propias normas jerárquicas que regulan su funcionamiento...”.

Cabe señalar que en fallos posteriores, el Vocal Salazar se ha decantado por la solución propiciada por la mayoría del tribunal (v.gr. remisión de la causa al Fiscal de Cámara de Acusación), en la línea sostenida por el Vocal Davies (cfr., entre otros, Cámara de Acusación, a. n° 360, del 2/8/2019, “Magra”).

Conclusión

En síntesis, el problema planteado al comienzo se presentará en los casos que el querellante particular apele la sentencia de Sobreseimiento o Auto de Archivo dictado por el juez de Control, el Fiscal de Cámara de Acusación mantenga la instancia recursiva (conf. art. 334 *in fine*), y la Cámara de Acusación revoque el sobreseimiento o archivo.

A nuestro ver, la supresión del último párrafo del artículo 334 del CPP ha sido un olvido del legislador, ya que no es lógico suponer que la norma buscó llenar el vacío legal que existía para el supuesto de discrepancia del Juez de Control con el Archivo fiscal, y paralelamente genere otro al dejar sin solución el supuesto de revocación por la Cámara de Acusación.

Por otra parte, teniendo en cuenta que, por un lado, para el supuesto de discrepancia la ley deja en manos del Superior Jerárquico la decisión de si el mismo fiscal u otro continuará con la investigación, y que, por el otro, dicho representante del Ministerio Público Fiscal fue quien mantuvo la decisión de impugnar del querellante particular, consideramos atinada la remisión de la causa al Fiscal de la Cámara de Acusación, a sus efectos, por parte del Tribunal de Alzada que revoca el sobreseimiento o archivo.

Con respecto a las Instrucciones Particulares, no está de más recordar su legalidad. La ley orgánica del Ministerio Público Fiscal de la Provincia (ley 7826)

contempla expresamente la facultad de los Fiscales de rango superior de impartir instrucciones los inferiores. El artículo 3 receipta el principio de “*dependencia jerárquica*”, y el artículo siguiente faculta a los Fiscales de rango superior a “impartir instrucciones a los fiscales inferiores...”.

No cabe dudas, por lo tanto, que en atención al principio de subordinación jerárquica la ley Cordobesa otorga expresamente a los fiscales de rango superior la facultad de dar a los inferiores instrucciones generales como particulares, estableciendo limitaciones al disponer “... quedan exceptuados los...requerimientos, conclusiones e imposición o cese de medidas de coerción” (art. 11).

Dicho régimen normativo soluciona el problema que se podría plantear en el supuesto en que el Fiscal de rango inferior no compartiera la instrucción recibida del superior, autorizándole a “manifestar su posición personal”. También está legalmente prevista la posibilidad de que pueda considerar “improcedente” la instrucción recibida, en cuyo caso dispone la ley que “... lo hará saber al Fiscal General por informe fundado. Si el Fiscal General ratifica la instrucción cuestionada, el acto deberá ser cumplido bajo su responsabilidad” (art. 13).

SEGUNDA PARTE

V. Juicio por Jurados

EL JUICIO POR JURADOS Y LOS REQUISITOS EXIGIDOS PARA EL DICTADO DEL VEREDICTO DE CULPABILIDAD ANTE EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

Por Maximiliano Davies

1. Introducción:

El presente trabajo tiene por finalidad exponer sólo una opinión sobre uno de los puntos expuestos por la CSJN en el fallo “*Canales*”¹⁹⁰, en donde, básicamente, el Máximo Tribunal sostuvo que era constitucional que las provincias establecieran el juicio por jurados para juzgar los delitos cometidos en su jurisdicción¹⁹¹. El punto a desarrollar se vincula al cuestionamiento sobre la mayoría especial aceptada por el legislador neuquino para dictar veredictos de culpabilidad. Por ello, no me adentraré en los diversos e interesantes planteos que hacen a cuestiones no atinentes lo anteriormente destacado. Debo dar por entendido, en consecuencia, que se conoce, tanto el fallo dictado por la CS, como el dictamen del Procurador General de la Nación.

1º) Una necesaria aclaración. En este caso particular coincido con la decisión –en disidencia– adoptada por el Presidente de la CS (ROSENKRANTZ) que hace suyos los fundamentos y conclusiones del señor Procurador General de la Nación (interino), y desestima la queja.

En efecto, el Procurador (CASAL) señala que los agravios vinculados con la aplicación del nuevo ordenamiento procesal penal de Neuquén y las disposiciones que regulan el juicio por jurado popular resultan inadmisibles debido a la conducta procesal asumida por los acusados, agregando que “...los reparos introducidos recién luego del veredicto de culpabilidad no resultan susceptibles de ser tutelados por la

¹⁹⁰ "Recurso de hecho deducido por la defensa de Alex Mauricio Obreque Varas y Alexis Gabriel Castillo en la causa 'Canales, Mariano Eduardo y otro s/ homicidio agravado' - impugnación extraordinaria" – CSJN - CSJ 461/2016/RH1 – Fecha: 02-05-19.

¹⁹¹ <https://www.cij.gov.ar/nota-34299-La-Corte-Suprema-de-Justicia-confirm--que-es-constitucional-que-las-provincias-establezcan-el-juicio-por-jurados-para-juzgar-los-delitos-cometidos-en-su-jurisdicci-n.html>

vía del artículo 14 de la ley 48, pues han quedado afectados por las consecuencias de su anterior conducta discrecional (Fallos: 307:635 y sus citas; 308: 1175; 310:884 y 2435, disidencia de los doctores CABALLERO y BELLUSCIO y sus citas, entre otros)...”. Indica que conforme tiene dicho la Corte, nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos ejerciendo una conducta incompatible con otra anterior, deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz (conf. Fallos: 307:1227 y 1602 y sus citas; 314:1459; 323:3765, entre otros), máxime cuando ellos fueron producto de una determinada actitud procesal válidamente adoptada en su oportunidad (conf. Fallos: 324:3632, considerando 7º de la disidencia de los doctores PETRACCHI, BOGGIANO y BOSSERT, y 331:2799).

II. Mayoría especial para dictar el veredicto de culpabilidad: Competencia Provincial

Ahora bien, si nos abstraemos de lo *ut supra* mencionado, debo decir que coincido en líneas generales con lo expuesto por la Corte, si bien disiento con lo expuesto por la mayoría (LORENZETTI, MAQUEDA, ROSATTI –por su voto-) en el punto “17” del fallo, es decir, con los argumentos que utilizan para responder al cuestionamiento sobre la mayoría especial aceptada por el legislador neuquino para dictar veredictos de culpabilidad (esto es: un mínimo de ocho votos sobre un total de doce) que los quejosos entendieron contrario al principio de igualdad ante la ley¹⁹², y el “18”, en donde sostienen que no vulnera el principio de igualdad ante la ley previsto en el artículo 16 de la Constitución Nacional¹⁹³ la coexistencia del artículo 207 del Código de Procedimiento Penal de la Provincia del Neuquén con las disposiciones legales de otras provincias argentinas que exigen mayorías distintas -o unanimidad- para convalidar los veredictos de culpabilidad. Los fundamentos que sostienen lo expuesto en el punto “17” –de forma abreviada- son dos: a) no existe mandato constitucional que imponga en nuestro país un número determinado de votos para afirmar la culpabilidad o la inocencia de un imputado por parte del jurado; b) el planteo del recurrente no logra demostrar que la Constitución Nacional exija *per se* un determinado número de votos para fundar un

¹⁹² Advertieron además un ataque a la presunción constitucional de inocencia, objeción que no comparto.

¹⁹³ Artículo 16- La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: No hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.

veredicto de culpabilidad de modo tal de condicionar la validez de la norma procesal local que exige solo una mayoría de dos tercios.

Los fundamentos que sostienen lo expuesto en el punto “18” -resumidamente- son cuatro: a) las diferencias que existen entre este aspecto de la reglamentación neuquina del juicio por jurados -mayoría- con relación a las disposiciones de otras jurisdicciones, no alcanzan a configurar un supuesto de asimetría tal que permita considerar vulnerado el principio constitucional de igualdad ante la ley o socavada la unidad en materia penal que impera en todo el país por la vigencia de un único código de fondo; b) las distintas regulaciones procesales dentro de las respectivas jurisdicciones de la Nación y las provincias son consecuencia directa del sistema federal adoptado por la Constitución Nacional, de modo tal que la función más importante de la Corte Suprema consiste en interpretar la Constitución de manera tal que el ejercicio de la autoridad nacional y provincial se desenvuelva armoniosamente, evitando interferencias o roces susceptibles de acrecentar los poderes del gobierno central en detrimento de las facultades provinciales y viceversa (Fallos: 306:1883 y 335:1794); c) Resultan aquí aplicables, *mutatis mutandi*, las consideraciones formuladas en el precedente "Balado López, Haroldo c/ Provincia de Buenos Aires" (Fallos: 205:60¹⁹⁴), en cuanto a que el ejercicio de las facultades y la obligación de administrar justicia que les incumben a las provincias no importa en sí mismo agravio alguno al derecho de defensa ni al principio de la igualdad; d) Admitir el planteo de la parte, tal como viene formulado con base en una mera diferencia de tratamiento del punto en distintas normas procesales pero sin demostrar, por lo antes dicho, que la unanimidad del veredicto sea una exigencia impuesta por la Constitución Federal, determinaría la anulación del federalismo que permite a las provincias darse sus propias instituciones y regular lo atinente a su composición y funcionamiento (artículos 122 y 123).

A los argumentos expuestos por los Ministros LORENZETTI y MAQUEDA en el desarrollo del punto “18”, el Ministro ROSATTI (en su voto, acápite “10”) agrega los siguientes: a) si bien la autonomía legislativa provincial en materia procesal no puede engendrar situaciones tan disímiles y asimétricas que cancelen por completo el derecho a la igualdad ante la ley, tampoco cabe pretender una simetría legislativa tal que imponga la completa igualdad en todos los procedimientos del país, en desmedro del principio federal (cfr. arg. Fallos: 328:1146, in re "*Verbitsky*", considerando

¹⁹⁴ Sólo extractos

<http://sj.csjn.gov.ar/sj/tomosFallos.do?method=verTomoPagina&tomo=205&pagina=60#page=60>

56¹⁹⁵); b) las diferencias que existen entre este aspecto de la reglamentación neuquina del juicio por jurados -mayoría- en relación con las disposiciones de otras jurisdicciones, no alcanzan a configurar un supuesto de asimetría tal que permita considerar vulnerado el principio constitucional de igualdad ante la ley, o socavada la unidad en materia penal que impera en todo el país por la vigencia de un único código de fondo.

Abandonando la fase descriptiva de lo fallado por la Corte, se debe señalar que es válido, y de hecho así ocurre, que existan distintas posibilidades o sistemas a los fines de regular la cantidad de voluntades que se requieren para poder resolver un caso mediante el sistema de juicio por jurados. Lo que no puede suceder, o sería a mi entender más saludable que no suceda, es que, en un mismo Estado, ante un hecho de similares características, calificado legalmente de la misma forma, se pueda llegar a un veredicto de condena o de absolución de acuerdo al sistema procesal establecido en la provincia en donde este sea juzgado. Tal como lo señalaré más adelante, es el Estado Nacional el que debería buscar la unificación de algunos aspectos básicos, pero fundamentales (como por ejemplo el de la mayoría necesaria -si se opta por este- o el de la unanimidad), a los fines de no quebrantar el principio del art. 16 de la CN.

Similar planteo -al menos a mi criterio¹⁹⁶- fue introducido por las defensas en el recurso de hecho deducido en los autos “Loyo Fraire Gabriel Eduardo -p.s.a. Estafa reiterada -causa n° 161070-” (S.C. L. 196, L. XLIX), del 23-9-13, conforme surge de la relación de causa que formulara el Procurador General de la Nación (CASAL). Las defensas cuestionaron el fundamento que dio el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba para negar la afectación del principio constitucional de igualdad ante la ley que esa parte había alegado con base en el diverso tratamiento que habían dado en la materia la justicia de esta provincia, por un lado, y la justicia nacional y la federal, por el otro, en las que observó que personas que se encontraban en la misma o en más grave situación que los allí imputados mantenían su libertad ambulatoria hasta

¹⁹⁵ Textual: “Que, si bien la Constitución Nacional adopta el principio federal, lo hace según lo establece la presente Constitución, es decir, conforme a las modificaciones que la misma introduce respecto de su modelo, que era el norteamericano. Puesto que el federalismo argentino no tiene el mismo origen histórico que el norteamericano, pues procede de un régimen de descentralización administrativa que regía en la colonia, la distribución de competencia legislativa no es idéntica y las provincias delegan en el Estado Federal materias que se reservan en la Constitución de los Estados Unidos. En 1853 y en especial en la fuente norteamericana tomada con preferencia, no se conocían modelos constitucionales de facultades concurrentes en forma de leyes marco, como sucede contemporáneamente”.

¹⁹⁶ Ambos planteos versan sobre aspectos vinculados a regulaciones procesales marcadamente diferentes, así como su interpretación por la jurisprudencia, y son de utilidad a los fines de destacar una iniquidad que atenta contra el principio de igualdad (art. 16 CN.).

que la sentencia de condena adquiriese firmeza. Inclusive transcribió de forma textual lo siguiente "decir que la desigualdad no se patentiza por la distinta interpretación que hagan los tribunales de justicia, sino que debe emanar de la propia ley, constituye en los hechos una falacia", y es la expresión de una doctrina que vulnera el artículo 14, inciso 1°, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por el que se establece no sólo la igualdad ante la ley sino también ante los tribunales y cortes de justicia". Las defensas destacaron que el TSJ había omitido considerar el precedente "*Verbitsky*" (CSJN Fallos: 328:1146).

No obstante, en razón de que la Corte¹⁹⁷ declaró procedente el recurso extraordinario y dejó sin efecto la sentencia apelada, en virtud de un agravio distinto al anteriormente referido, el tratamiento de esta y otras cuestiones devino insustancial.

En "*Verbitsky*" la CS desarrolló (acápites "57" y "58" del voto de la mayoría) algunas consideraciones que podrían ser trasladadas sin esfuerzo a la situación del fallo comentado, a saber: "Que respecto de la prisión preventiva, cualquiera sea la tesis que se adopte acerca de su naturaleza, lo cierto es que importa en la realidad un contenido penoso irreparable, lo que lleva a asimilar las controversias a su respecto a casos de sentencia definitiva, según inveterada jurisprudencia de esta Corte. **Cualquiera sea el sistema procesal de una provincia y sin desmedro de reconocer su amplia autonomía legislativa en la materia, lo cierto es que si bien no puede llevarse la simetría legislativa hasta el extremo de exigir una completa igualdad para todos los procesados del país, la desigualdad tampoco puede extremar las situaciones hasta hacer que el principio federal cancele por completo el derecho a la igualdad ante la ley, pues un principio constitucional no puede borrar o eliminar otro de igual jerarquía. Una asimetría total en cuanto a la legislación procesal penal destruiría la necesaria unidad en materia penal que se mantiene en todo el territorio en virtud de un único Código Penal. Partiendo de la conocida afirmación de Ernst von Beling, de que el derecho penal no toca un solo pelo al delincuente, es sabido que incumbe al derecho procesal penal tocarle toda la cabellera y, por ello, se debe entender que, sin pretensión de cancelar las asimetrías, para la prisión preventiva `que es donde más incidencia represiva tiene el derecho procesal penal` las provincias se hallan sometidas a un piso mínimo determinado por los estándares internacionales a los que se ajusta la legislación nacional. No es lo mismo que, habiendo**

¹⁹⁷ Con la firma de los ministros Fayt-Lorenzetti-Petracchi (en disidencia)-Zaffaroni-Maqueda-Highton de Nolasco-Argibay (en disidencia)-.

dos imputados en igualdad de condiciones y por el mismo delito, uno llegue al juicio libre y otro lo haga después de muchos meses o años de prisión, sin que el Estado Federal se asegure de que en el último caso, al menos, se respeta un piso mínimo común para todo el territorio...” (57); y “...Que conforme a lo señalado en el considerando anterior, cabría analizar la eventual constitucionalidad de la legislación vigente en la Provincia de Buenos Aires en materia excarcelatoria, que *prima facie* parece alejarse del estándar trazado por el derecho internacional y que sigue la legislación nacional. Si bien no corresponde un pronunciamiento de esta Corte sobre este tema en la presente causa, tampoco el Tribunal puede permanecer indiferente ante la gravedad de la situación y, por consiguiente, cabe que exhorte a los Poderes Legislativo y Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires a que adecuen la legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación a los estándares mínimos internacionales que, a modo de ejemplo, recepta la legislación procesal penal de la Nación...” (58) - (Fallo de fecha 3/5/05, autos: "Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa Verbitsky, Horacio s/habeas corpus")¹⁹⁸.

Resulta indiscutible que el resultado condenatorio en el caso analizado está -conforme lo expuso la defensa- directamente vinculado al sistema procesal que rigió para el caso. La existencia de una posible definición distinta, sólo en base a una diferente regulación procesal, provoca una tensión innegable con los derechos establecidos en los arts. 16, 75 inc. 22 de la CN; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 11; Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 7º; Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos, art. 3º y 14.1; Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica- art. 8º.2. Esta circunstancia constituye -a mi modo de ver-, objetivamente, un tratamiento desigual para casos idénticos. La diferenciación en las regulaciones procesales, amparada por la normativa constitucional, y cuya armonización no podría -según sostiene la CS- ser impuesta por el Estado Nacional¹⁹⁹ o exigida por la jurisprudencia del Máximo Tribunal, hubiera

¹⁹⁸ Con el voto de los Ministros: ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI – CARLOS FAYT (en disidencia parcial)- ANTONIO BOGGIANO (en disidencia)- JUAN CARLOS MAQUEDA - E. RAÚL ZAFFARONI – ELENA HIGHTON DE NOLASCO – RICARDO LUIS LORENZETTI – CARMEN ARGIBAY (en disidencia parcial). Téngase en cuenta que la Corte formuló su recomendación ante el cuestionamiento del manejo irregular de una medida cautelar (la prisión preventiva) y que en el caso que aquí se comenta, se están cuestionando los sistemas que permiten avanzar a un estadio posterior, es decir, el momento en donde se debería resolver sobre la imposición o no de condena.

¹⁹⁹ Aunque claro está, le corresponde al menos la función de establecer las pautas básicas, conforme lo disponen los arts. 24, 75 inc. 12 y 118 de la CN, conforme lo señala CLARÍA OLMEDO cuando al referirse al art. 118 (ex 102, previamente a la reforma del año 1994) indica que su última parte remite a la

merecido -al menos- una recomendación en ese sentido (como oportunamente lo hizo en “*Verbitsky*”), destacando y haciendo visible sus efectos perjudiciales y no justificando su existencia.

Se indica “podría” en el párrafo que antecede ya que autores como GELLI sostienen que “...la disposición de la Constitución argentina ha atribuido al Congreso Federal el establecimiento del juicio por jurados, en lo que constituiría una excepción a las atribuciones provinciales en materia de administración de justicia. Así, la ley del congreso debería establecer la organización del juicio por jurados, sus características, alcance e instrumentación dejando, no obstante, la aplicación de esa ley, a los Estados locales...”. Luego, al destacar a esta Provincia y su regulación propia del juicio por jurados, señala que “...Ello podría implicar, en los hechos, la interpretación acerca de que el Congreso Nacional estaría atribuido para establecer el sistema de juicio por jurados sólo para los delitos sujetos a la jurisdicción federal...”, no obstante, aclara inmediatamente que ello podría salvarse, ante los términos expresos del art. 24 de la CN, distinguiendo, la creación del juicio por jurados con sus características salientes (atribución nítidamente federal, aclara la autora) de la aplicación de esa ley por parte de las provincias. Ello exigiría -continúa- un trabajo de armonización entre las jurisdicciones federal y locales para delimitar competencias, para concluir indicando que “implicando el establecimiento del juicio por jurados una modificación sustantiva en la administración de justicia penal -con la participación del pueblo en ella- y, tal como lo dispone la Constitución Nacional, debe ser el Congreso de la Nación quien lo instituya...”²⁰⁰ (GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina - Comentada y concordada*, 4ta. Edición ampliada y actualizada, Tomo I - arts. 1 a 43, La Ley, 2013, página 409 y ss.).

Ya sin rodeos, la misma autora señala, al comentar la disposición del art. 118 de la CN, que “... como se señaló al examinar la segunda parte del art. 24 de la CN, los constituyentes atribuyeron al Congreso Federal el establecimiento del juicio por jurados. Ello implica que la ley del Congreso debe organizar las reglas de composición y número de los jurados; el funcionamiento de éstos, los requisitos necesarios para integrarlos; **las mayorías exigidas para obtener la decisión.**

oportunidad en que el “...Congreso sancione la respectiva ley general para todo el país, y dentro de sus atribuciones, es decir, no invadiendo las autonomías locales, que en este aspecto han delegado al poder centro l relativo a la estructura general del juez y del proceso...” (CLARÍA OLMEDO, JORGE, *Tratado de derecho procesal penal*, Tomo I -Nociones fundamentales, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2008, página 268 y ss.).

²⁰⁰ Menciona aquí que esta fue la opinión que prevaleció en la Reunión de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Senado de la Nación del 22-12-04.

Pero la aplicación de la ley, la instalación de los jurados, el examen de los requisitos que deben tener los ciudadanos que integren el jurado, son de competencia local y deben funcionar bajo el control de los magistrados locales y con la actuación del ministerio público también local en cada una de las respectivas jurisdicciones, según la jurisdicción en la que se hubiera cometido el delito ..." -el destacado me pertenece- (ob. cit., Tomo II, página 571 y ss.)

III. Conclusión

En, "*Canales*" las defensas realizan un parangón con el sistema previsto en el código procesal de la Provincia de Buenos Aires. En efecto, el de Neuquén (ley 2784) prevé en su artículo "207" que el "...veredicto deberá versar, respecto de cada hecho y cada acusado, sobre las cuestiones siguientes: 1) ¿Está probado o no el hecho en que se sustenta la acusación? 2) ¿Es culpable o no es culpable el acusado? **En los tribunales compuestos por doce (12) jurados, el veredicto de culpabilidad requerirá como mínimo de ocho (8) votos. En los casos en que no se alcance lo exigido, el veredicto será de no culpabilidad...**". En el caso, el acusado Canales fue condenado con 8 votos que se inclinaron por declarar su culpabilidad, y Obrequé recibió nueve, en igual sentido.

El veredicto del jurado popular decidió su culpabilidad como coautores penalmente responsables del delito de homicidio agravado por su comisión con armas de fuego y con el concurso premeditado de dos o más personas y por alevosía, y, como consecuencia de tal decisión, el magistrado integrante del Colegio de Jueces estableció la pena de prisión perpetua y accesorias legales.

El CPP de la Provincia de Buenos Aires (Ley 1192, art. 371 quater, incorporado por Ley 14.543) señala que "...1. El veredicto deberá versar, respecto de cada hecho y de cada acusado, sobre lo atinente a: a) La existencia del hecho en que se sustenta la acusación. b) La eventual participación del o de los imputados en el mismo. **El veredicto de culpabilidad requerirá como mínimo de diez (10) votos afirmativos sobre las cuestiones planteadas. Si el delito por el que fuera calificado legalmente el hecho en que se sustenta la acusación tuviera prevista pena de prisión o reclusión perpetua, se requerirá unanimidad de votos afirmativos.** Si se resolviera negativamente la primera cuestión, no se tratará la segunda. Salvo lo dispuesto en el apartado 2), la sesión terminará cuando se obtenga un veredicto de culpabilidad, de no culpabilidad o de no culpabilidad por razones de inimputabilidad, los que no podrán incluir ningún otro aditamento o

acларación, y el formulario final será confeccionado, firmado y datado por el presidente en presencia de todo el jurado...”.

En consecuencia, se podría argumentar que si ese mismo hecho (que fue cometido el 8/1/13 en barrio Cordón Colón de la ciudad de Neuquén), calificado de idéntica forma, y con el mismo jurado interviniente, hubiese sido cometido seiscientos kilómetros más al Este, es decir, en la última provincia mencionada (Buenos Aires), no hubiese sido posible imponer condena, y si bien ello no implicaría directamente su absolución, sino el procedimiento previsto en mismo artículo, segunda parte (art. 371.2 -jurado estancado-²⁰¹), esa situación seguiría latente. En otras palabras, esa distancia -cálculo meramente estimativo, simbólico- que separa una provincia de otra, también separa, en este caso, la imposición de una condena (nada más y nada menos de que prisión perpetua).

Debo aclarar, para concluir, que no se intenta aquí tomar una postura sobre algún sistema en particular (o sobre cuál sería la mayoría *más adecuada*, o si debería requerirse *unanimidad* para resolver determinados casos). Tampoco sobre si la existencia de distintas regulaciones, que -lógicamente- permiten arribar a distintas consecuencias, necesariamente debe acarrear la declaración de inconstitucionalidad -justamente- de alguna de esas normas. Simplemente, la idea es dejar expuesta una situación a todas luces de inequidad y desigualdad, mediante la cual se exhibe una necesidad, la de unificar todos los sistemas existentes, bajo un único criterio²⁰².

²⁰¹ Art. 371... 2. Jurado estancado. Cuando no se obtuviere el número de votos requeridos respecto a los interrogantes planteados en a) y/o b) del apartado anterior, se debatirá y votará nuevamente la cuestión hasta tres (3) veces. De mantenerse la situación, el veredicto será de no culpabilidad, salvo que se hubieran obtenido más de ocho (8) votos afirmativos, en cuyo caso el jurado se declarará estancado, y el presidente hará saber tal circunstancia al secretario. El juez convocará inmediatamente al jurado a la sala de audiencia. Una vez presentes todas las partes, el o los imputados y la totalidad del jurado, el juez comunicará que el jurado se declaró estancado, y le preguntará al fiscal si habrá de continuar con el ejercicio de la acusación. En caso negativo, el juez absolverá al acusado, salvo que el ofendido constituido en particular damnificado sostenga la acusación que hubiere formulado el fiscal en la oportunidad del artículo 334. En caso afirmativo, el jurado volverá a deliberar y votar las cuestiones. Si el jurado continuase estancado, se procederá a su disolución, y se dispondrá la realización del juicio con otro jurado. Si el nuevo jurado también se declarase estancado, el veredicto será de no culpabilidad. 3. Veredicto de no culpabilidad. Cuando el veredicto fuera de no culpabilidad, se ordenará la inmediata libertad del imputado y la cesación de las restricciones impuestas, o la aplicación de las medidas de seguridad resueltas oportunamente”.

²⁰² “El único estado estable es aquel en que todos los ciudadanos son iguales ante la ley” – Aristóteles.

***PRINCIPALES OBITER DICTA EFECTUADOS POR LA CORTE
SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN EN EL PRECEDENTE
“CANALE” (CSJN, 461/2016 DEL 02/05/19)***

Por Manuel S. Ayán

I. Introducción

Corresponde remarcar aquí lo que, a mi entender, constituye la premisa más destacable del fallo en cuestión y que dimana de todas las conclusiones a las que la Corte arriba en éste sobre el juicio por jurados. Ella no es otra más que dicho sistema de juzgamiento constituye la mayor expresión de la democracia en el sistema de justicia, en tanto coloca el derecho a juzgar en cabeza del pueblo, al considerarlo el sujeto jurídico más apto para ponderar la criminalidad de las acciones u omisiones de sus integrantes. Como consecuencia, considera al veredicto como el resultado de un proceso deliberativo producto de una pluralidad de opiniones que representan la multiplicidad de cualidades de los distintos integrantes de la sociedad. Como tal, esto es, como una decisión que resulta el fruto de la democracia, nuestra constitución nacional no exigiría otra condición más que sea adoptada por la mayoría de quienes se encuentren en condiciones de hacerlo conforme el sistema específicamente previsto por cada provincia. No obstante, corresponde desde un principio aclarar que el sistema de jurados propuesto por la ley neuquina dispensa al veredicto alcanzado por aquellos de fundamento técnico alguno sobre la decisión que se adopte, tanto sobre la existencia del hecho como sobre la participación del imputado, lo cual dista diametralmente del elaborado en nuestra provincia, siendo suficiente en aquella con la transcripción de las instrucciones impartidas a los jurados antes de la deliberación.

II. Principales lineamientos del fallo “Canale” (CSJN)

Partiendo de esa idea, las principales conclusiones a destacar de aquél fallo y que se vinculan íntimamente con nuestra legislación provincial sobre el asunto, serían las siguientes:

D) La CSJN afirmó que **las provincias se encuentran facultadas conforme la Constitución Nacional para dictar esta regulación procesal -el juicio por jurados-** con la que hacen aplicación de la ley penal en sus respectivas jurisdicciones y especialmente que **el criterio, oportunidad y acierto con las que ejercen dicha atribución son “irrevisables”**, salvo el que corresponda efectuar en el marco del control de constitucionalidad destinado a resguardar la supremacía de la Constitución Nacional y de las leyes que en su consecuencia dicte el Congreso. Partiendo de esa prerrogativa de las provincias, la Corte realizó el control de los restantes achaques que los recurrentes efectuaron sobre la constitucionalidad de la ley n° 2784 por la cual la Provincia de Neuquén estableció el juicio por Jurados Populares. Dicha ley prevé el juzgamiento obligatorio por jurados populares para los ilícitos en que corresponda una pena superior a la de quince años de prisión. Sobre el punto los impugnantes habían afirmado que el juzgamiento por jurados constituía un derecho individual del imputado y, como consecuencia, éste podía renunciar a ese derecho. No obstante, la Corte afirmó que **el hecho de no haber contemplado en favor del imputado un derecho a renunciar a esta modalidad de enjuiciamiento no afectaba sus garantías en calidad de tal, en tanto dicha obligatoriedad no implicaba desconocer o alterar de forma alguna las garantías individuales fundamentales que la Provincia de Neuquén estaba obligada a proveer a sus habitantes conforme lo dispuesto en el artículo 5° de la Constitución Nacional.** Sostuvo que el carácter de “garantía” invocado por los recurrentes lo era al solo fin de fundar la “disponibilidad” de ese tipo de juzgamiento y no como un resguardo sobre el modo de juzgamiento propiamente dicho.

Debe relacionarse ello con lo que ocurre en la provincia de Córdoba, en tanto permite aventar cualquier planteo sobre la constitucionalidad de la obligatoriedad prevista por nuestro sistema de jurados populares, al establecer expresamente su integración con tal carácter para determinados delitos (art. 2° ley 9.182). Asimismo, como lo hace la ley neuquina, tampoco prevé la posibilidad de que el imputado pueda disponer de dicho sistema de juzgamiento, lo que no podría motivar agravio constitucional alguno en función de la interpretación que efectuó la Corte sobre la mentada ausencia de una previsión específica en tal sentido.

II) La Corte sostuvo que **la Constitución Nacional no exige una mayoría determinada de los integrantes del jurado para la adopción de una decisión condenatoria, dejándolo librado a la regulación adjetiva provincial.** Es así que otro de los

cuestionamientos de los recurrentes en el fallo analizado fue la mayoría especial aceptada por el legislador neuquino para dictar veredictos de culpabilidad (un mínimo de ocho votos sobre un total de doce) y que entendieron contraria a la presunción constitucional de inocencia y al principio de igualdad ante la ley. Sostuvo la Corte que no existía mandato constitucional alguno que haya impuesto un número determinado de votos para afirmar la culpabilidad o la inocencia de un imputado por parte del jurado, a diferencia de la exigencia de dos tercios de votos que sí estableció para el veredicto de culpabilidad en el marco del procedimiento de juicio político (artículo 59). Como consecuencia, la Corte afirmó que el planteo del recurrente no lograba demostrar que la Constitución Nacional exija *per se* un determinado número de votos para fundar un veredicto de culpabilidad, de modo tal de condicionar la validez de la norma procesal local que exige sólo una mayoría de dos tercios, aplicando una análoga argumentación a la que efectuó ya sobre la disponibilidad de este tipo de juicios por parte del imputado y la no afectación de una garantía cuyo resguardo las provincias deben asegurar conforme el art. 5° de la CN.

Traspolando las conclusiones a las que arriba la Corte a nuestro sistema de jurados, este último ha sido oblicuamente legitimado en tanto exige una mayoría simple para adoptar sus conclusiones (art. 43 ley n° 9182). Sobre la cuestión -como se analizó al inicio- la Corte indicó que el juicio por jurados esencialmente expresa el derecho a juzgar en cabeza del pueblo, por considerarlo el sujeto jurídico más apto para ponderar la criminalidad de las acciones u omisiones del prójimo, y si a la vez se considera al veredicto como una conclusión que se asume luego de transitar un proceso deliberativo forjado por una pluralidad de opiniones que expresan apreciaciones en las que se congregan la multiplicidad de género, edades, oficios, experiencias de vida, etc., no lucía irrazonable (en la regulación neuquina) requerir una mayoría especial de dos terceras partes de sus miembros para generar la decisión. Indicó que, como consecuencia, no puede sostenerse que se encontrara comprometida la presunción constitucional de inocencia por la mera existencia de votos disidentes del jurado que adoptó, por mayoría, el apelado veredicto de culpabilidad, en tanto ello no conculcaba nuestra Constitución Nacional y que, por el contrario, la observaba.

En virtud de ello, en el sistema cordobés, la existencia de posiciones disidentes está expresamente contemplada como una posibilidad que, a la vez, requiere fundamentación jurídica por parte de un juez técnico, no exigiendo de forma alguna que

si la decisión adoptada posee un sentido determinado, deba concurrir para su adopción una mayoría específica.

III) La Corte sostuvo la validez del sistema de "íntima convicción" para la adopción del voto por parte de los miembros del jurado, siempre que estén garantizados el derecho a la defensa del acusado y el debido proceso legal por parte de un juez profesional. Para el juzgamiento mediante jurados la Provincia de Neuquén adopta el sistema de la "íntima convicción" para arribar a sus decisiones, en tanto el jurado carecerá -a diferencia de nuestro sistema- de jueces técnicos. Dicho jurado llegará a sus conclusiones a partir de las instrucciones que les son impartidas por el Juez, previa audiencia de éste con los abogados de las partes a fin de que presenten sus propuestas para la elaboración de aquellas. Es así que el juez debe explicar al jurado los puntos controvertidos del caso, las cuestiones esenciales a decidir y las disposiciones legales aplicables al caso, debiendo versar el veredicto al que arriben sobre si se encuentra o no probado el hecho en que se sustenta la acusación, si es culpable o no el/los acusado/s, debiendo contar el veredicto de culpabilidad de un mínimo de ocho (8) votos sobre doce (12) integrantes del jurado. A la vez, el código neuquino exige que en el juicio por jurados la sentencia deberá contener, en lugar de los fundamentos de la decisión sobre los hechos probados y la culpabilidad del imputado, la transcripción de las instrucciones dadas al jurado sobre las disposiciones aplicables al caso y su veredicto.

Sobre el punto el sistema de jurados cordobés prevé que, respecto a la existencia del hecho, las circunstancias jurídicamente relevantes, la participación del imputado y la culpabilidad o inocencia de este último, serán resueltas por mayoría de votos por los jurados populares y dos de los jueces integrantes del Tribunal, con excepción del Presidente. Hasta aquí el sistema neuquino -salvo por el número de jurados y la participación de los jueces técnicos- posee cierta equivalencia con el nuestro. Pero por el contrario, nuestro sistema exige una fundamentación técnica en todos los supuestos posibles (mayoría con o sin jueces técnicos y minorías sin jueces técnicos). Es así que si mediara discrepancia entre los dos jueces y los jurados, y éstos formaran mayoría, la fundamentación lógica y legal de la decisión mayoritaria correrá por cuenta del Presidente de la Cámara, excepto que uno de los jueces técnicos haya concurrido a formar mayoría, en cuyo caso la fundamentación será elaborada por este. Asimismo, si la decisión mayoritaria de los jurados no fuera unánime, los jurados que hayan emitido su voto en sentido contrario a la mayoría podrán adherir al voto de alguno de los jueces que

concurrieron a formar la minoría. En igual sentido, el Presidente de la Cámara deberá motivar la decisión minoritaria de los jurados cuando ninguno de los dos jueces hubiera votado en el mismo sentido que aquellos. Es por ello que la exigencia de nuestro sistema de jurados entraña una ficción en cuanto a la exigencia de una fundamentación que puede no ser compartida por el Juez técnico, en al menos dos supuestos: aquél en el que los jurados formaron mayoría y no son acompañados en la decisión por un juez técnico y en el de la minoría sin jueces técnicos cuyo voto debe ser fundado por el Presidente del Tribunal. Como consecuencia aquella exigencia al presidente de la Cámara que provea de fundamentos a las decisiones adoptadas por los jurados y cuyo resultado podría, o no, coincidir con las adoptadas a través de las reglas de la lógica y de la sana crítica racional, pretende una solución forzada a la incapacidad de proporcionar una fundamentación técnica por parte de quienes emiten el voto en un sentido determinado. Por el contrario, la ley neuquina adopta un sistema que se condice con la forma en la que realmente se adoptan las decisiones en el seno de un sistema de jurados y se contenta con la transcripción de las instrucciones impartidas a los jurados antes de la deliberación.

La Corte -en el fallo analizado- indicó que la exigencia de motivación de la sentencia de los jueces profesionales fue concebida originalmente como un modo de compensar la debilidad institucional y la falta de garantías políticas de estos magistrados respecto de los jurados populares. Así -sostuvo- la fundamentación explícita encuentra su razón de ser en la obligación de los jueces, como representantes del pueblo -no electivos- en el ejercicio de un poder del Estado, de rendir cuentas de sus decisiones. Señaló que es distinto cuando el mismo pueblo, representado por algunos de sus miembros, ejerce en forma directa la potestad de juzgar, siempre que estén garantizados el derecho a la defensa del acusado y el debido proceso legal por parte de un juez profesional. Afirmó que luego de confrontar sus argumentos, dar sus razones y deliberar, los miembros del jurado deciden su voto en función de un sistema de valoración de la prueba conocido como "íntima convicción", que no requiere expresión o explicación de los motivos que conformaron el convencimiento sobre la resolución adoptada para el caso. Allí radica la cuestión más controvertida y que confronta ambos sistemas -el de la íntima convicción y de la sana crítica racional- en tanto la Corte indica que ello no impide una adecuada revisión de lo decidido, toda vez que la verdadera fundamentación no radica en la expresión escrita de razonamientos, sino en la coherencia entre las afirmaciones de las partes, las pruebas y el sentido de la sentencia. Señaló que el

veredicto debe permitir que, a la luz de las pruebas y el debate en la audiencia, quien lo valora pueda reconstruir el curso lógico de la decisión de los jurados, quienes habrían incurrido en arbitrariedad en el supuesto en que esta reconstrucción no fuera viable conforme a pautas racionales" y que "la libre valoración que hace el jurado no es sustancialmente diferente de la que puede hacer un juez técnico, sólo que no lo expresa. Indicó que toda persona que debe reconstruir un hecho del pasado, consciente o inconscientemente, emplea el método histórico, o sea, en un primer paso delimita las pruebas que tendrá en cuenta (heurística); a continuación valora si esas pruebas no son materialmente falsas (crítica externa); luego valora la verosimilitud del contenido de las pruebas (crítica interna) y, finalmente, llega a la síntesis. Para descartar el veredicto de un jurado debe verificarse que la síntesis se aparte directamente de la lógica metodológica histórica antes referida. Sostuvo la Corte que, de tal modo, pese a la ausencia de fundamentación escrita, es perfectamente posible cuestionar una resolución de un jurado en base a la incongruencia entre precedentes o premisas (afirmaciones y pruebas) y conclusión (culpabilidad o inocencia) y que, en definitiva, el juicio por jurados es una alternativa que permite conjugar la 'precisión' propia del saber técnico con la 'apreciación' propia del saber popular, congregando la garantía inherente al debido proceso y la percepción de la realidad propia de una decisión basada en el sentido común. Afirmó que, en concreto, los representantes del saber técnico se encargan de controlar que el camino hacia la decisión se encuentre balizado conforme a reglas procesales previas y precisas (debido proceso adjetivo); y los representantes de la opinión popular se encargan de construir una conclusión prudencial sobre la base del sentido común (debido proceso sustantivo). Advierto que, llevado ello al sistema de jurados cordobeses, en materia impugnativa y ante el agravio relativo a la falta de una fundamentación suficiente proporcionada por los jueces técnicos en un juicio por jurados, de poder reconstruirse el camino por el que se llegó al veredicto, siempre que no se aparte directamente de la lógica metodológica histórica conforme lo postula la Corte, la decisión adoptada sería absolutamente válida.

LA IMPERIOSA NECESIDAD DE ADOPTAR UN MODELO UNIFORME DE JUICIO POR JURADOS A NIVEL NACIONAL

Por Martín Cafure

I. Introducción

El juzgamiento por jurados tomó, en los últimos años, gran relevancia a nivel nacional. Podríamos asegurar que, tiempo atrás, y respecto de este tópico, era factible establecer una clara diferenciación entre dos facciones de juristas y operadores de política criminal. Estaban los juradistas y los antijuradistas. Pocos eran los que tenían posturas moderadas o intermedias al respecto, debido a que es un tema que despertaba y despierta grandes pasiones.

En la actualidad, es innegable que el juicio por jurados configura una realidad inseparable de la judicatura penal argentina, y tiene cada día más adeptos. Cada vez son más las provincias que adoptan esta forma de juzgamiento para casos penales, existiendo asimismo un abanico variado de reglamentaciones.

La Provincia de Córdoba fue pionera en introducir este método de juzgamiento con participación ciudadana. Como siempre, en el marco del Derecho Procesal Penal, Córdoba se caracterizó por ser novedosa, pero no conforme a los vientos que soplan a nivel nacional. Podemos citar muchos ejemplos de esta afirmación. Por ejemplo, Córdoba fue precursora en la instauración del juicio oral y el sistema acusatorio, y ese modelo fue replicado por casi la totalidad de las provincias, pero en la actualidad no existe consenso en esta provincia para adoptar un sistema adversarial, vigente en gran parte de los modelos procesales del país. Así también, Córdoba fue novedosa al momento de introducir la figura del querellante particular, dando así participación a la víctima en el proceso penal, pero, a diferencia de otras provincias, no hay impulso para adoptar un diseño legal de querellante más amplio, que abarque los diferentes casos que se suelen plantear en cuanto a legitimación, sobre todo en casos en que el bien jurídico protegido está compuesto por derechos de incidencia colectiva; prefiere dejar la casuística a la jurisprudencia. Es por eso, que se suele decir que las reformas procesales penales son “*a la cordobesa*”, o en algún Congreso Nacional de Derecho Procesal, cuando se habla

del modelo Córdoba, no es llamativo que un disertante de importancia se permita un suspiro, un silencio, o una expresión lánguida del tenor de “*Ay, Córdoba, Córdoba...*”.

Lo mismo sucede con los jurados. Córdoba fue la primera provincia que adoptó un tribunal mixto, compuesto por jueces (3) y legos (2), adhiriendo al sistema escabinado, muchos años antes que el resto de las jurisdicciones pensara en los jurados como una opción. Ese modelo primario, si bien novedoso, tuvo un fracaso práctico que se trasluce en proyectos de reforma al código procesal penal que prevén la eliminación del sistema reseñado²⁰³.

En el año 2004, en medio de un contexto de descontento social con la función judicial, avivado principalmente por un discurso amplificado a nivel nacional de “*lucha contra la inseguridad*” propuesto por un empresario, el Sr. Juan Carlos Blumberg, se profundizó en la provincia la idea de participación ciudadana estableciendo un sistema obligatorio de juicio por jurados, afincado en un modelo de escabinado ampliado (ocho legos y el tribunal en pleno). La experiencia cordobesa, mejorable como todo modelo procesal, no dejó de ser la primera del país, y la única que a la fecha lleva una innumerable cantidad de juicios por jurados realizados, como para poder hablar de estadística²⁰⁴. Para Córdoba, el sistema de juzgamiento con ciudadanos no formados en derecho, no es una novedad.

Recientemente, la CSJN se expidió (por mayoría) rechazando el planteo de inconstitucionalidad de la facultad de las provincias de reglamentar en sus territorios el juicio por jurados. Está fuera de duda, señores. El juicio por jurados llegó para quedarse. Adquirió validez política no sólo a nivel del máximo tribunal de la república, sino de la sociedad y los medios de comunicación. La paradoja de esta cuestión, radica en que ni a los medios de comunicación, ni a los órganos de representación social no estatal, se les ocurre poner en tela de juicio una decisión tomada

²⁰³ A comienzos del mes de febrero de 2018, ingresó para su tratamiento en la Legislatura de la Provincia de Córdoba, un proyecto de ley de reforma al Código Procesal Penal de Cba., que propugna la eliminación del art. 369 CPP y la – *consecuente* – modificación del Art. 361 del CPP. Aún no tuvo tratamiento legislativo.

²⁰⁴ Conforme el estudio titulado “*Análisis del funcionamiento del Sistema por Jurados en la Provincia de Córdoba en el marco de la ley 9182*”, bajo la dirección de la Dra. Aída Lucía Teresa Tarditti, tan sólo en el período 2006-2011: “*se realizaron un total de 183 juicios por jurados en la provincia de Córdoba (112 en Capital y 71 en el interior), de los cuales el 61% se desarrollaron en la ciudad de Córdoba y el 36% restante en el interior de la provincia*”. <https://drive.google.com/file/d/1DUBTZUW5GI6i-dapC3CWtb46ODC9IOMx/view>

por jurados, o la existencia misma del instituto. Las únicas suspicacias o críticas que embaten contra los jurados, provienen de los juristas.

En este contexto, buscaremos explicar por qué en la actualidad se torna vital conseguir consensos a nivel nacional para uniformar los sistemas de juzgamiento por jurados. Puntualmente, referiremos las diferentes exigencias en cuanto a la motivación de las resoluciones, en los distintos modelos provinciales de juicio por jurados.

II.Las reglamentaciones basadas en diferentes paradigmas

No hay un único punto clave que explique el contraste entre el sistema cordobés y los que posteriormente adoptaron el resto de las provincias. Las diferencias son muchas, y obedecen principalmente al modelo de litigación vigente en cada jurisdicción, pero fundamentalmente a la idiosincrasia jurídica de cada provincia.

Por ejemplo, mientras que el resto de las provincias adhieren a un modelo de litigación adversarial, en Córdoba se sigue priorizando el rol de un juez activo que, como director del proceso, y con limitaciones lógicas, asume la búsqueda de la verdad pretérita. Es decir, la litigación, y las consecuentes habilidades del litigante, pasan a un segundo plano, frente al abanico de herramientas que el proceso brinda al acusador (obligado a ser objetivo), e incluso al juez, a fin de reconstruir el suceso motivo de acusación y juzgamiento.

Por otro lado, la cultura del expediente, lleva a que la reconstrucción de la verdad en el juicio, sea en gran parte una corroboración de lo actuado en la instrucción, y que consta allí, en esa carpeta compuesta por una serie de actas cronológicamente ordenadas, actas que en varios casos - *con razón, sobre todo en casos de flagrancia* - permiten al juez “*no molestar*” nuevamente al testigo convocándolo a una audiencia de debate. El juicio, de este modo, se basa en la reconstrucción cronológica de la verdad. Pero la cronología a la que aludimos no es la de los hechos pretéritos, motivo de juzgamiento, sino a la del expediente, que día a día fue sumando actos procesales, sucesión de actos que va a ser, a su vez, la elegida para el desenvolvimiento de la prueba en la etapa de juicio, y probablemente para la redacción de una sentencia.

Se debe tener en cuenta, además, que no todo lo que la ley declama se plasma en la práctica, sobre todo lejos de la capital de la Nación, en donde las estructuras

de control social son más personalistas y conservadoras, utilizado este último término sin connotaciones positivas, ni negativas. Basta con consultar a los colegas mendocinos, que opinan sobre la implementación de un nuevo código procesal, tan moderno, para que le expliquen a uno que en la provincia las prácticas son *“las mismas que antes”*. Uno puede ver, en Neuquén, cómo algunos miembros de la ciudad judicial se jactan de la modernidad propuesta por su sistema, mientras que varios defensores se quejan de la falta de información de calidad en las audiencias, de la ausencia de publicidad y sistematización de las posturas judiciales de modo que puedan tener una mayor seguridad jurídica, y de la imposibilidad de generar prueba desde el ámbito privado a fin de conformar el legajo defensivo. Así como estos, podemos encontrar muchos ejemplos en que la búsqueda legislativa apuntó hacia lo moderno, lo que se estaba impulsando desde asociaciones jurídicas de renombre nacional, sin poder contrarrestar el poder de las prácticas históricas, la cultura organizacional propia, y la idiosincrasia del pensamiento jurídico local sobre el control social.

Lo mismo sucede con los jurados. Si bien el paradigma basado en el jurado puro, el *“americano”*, va colonizando a gran velocidad la voluntad de los legisladores provinciales, la mayoría de las discusiones legislativas han fincado en la cuestión *“jurado sí vs. jurado no”*, más que en la pregunta relativa a *“¿qué tipo de participación ciudadana, y bajo qué modelo, pretendemos insertar a los jurados populares en los tribunales de justicia penal”*.

En toda reforma procesal penal, es importante entender y conocer el propio punto de partida, para poder introducir reformas que no ocasionen un desequilibrio en los sistemas de administración de justicia locales, ni desentonen con las prácticas forenses arraigadas. De otro modo, esas reformas generarán sólo una cáscara de nuevo proceso que buscará constantemente, a través de las prácticas, el retorno a lo seguro, a lo propio, a las fortalezas de los procesos tal como los conocemos, y las debilidades que frustran la mejora y el avance de los modelos procesales, que por cierto suelen tener un vicio más nocivo, que la virtud que rodea a las primeras.

III.Las provincias y los jurados

Encontramos diferencias extremas en cuanto a la previsión constitucional que tienen las distintas provincias, respecto del tema.

Como explicamos con anterioridad, el primer antecedente que encontramos en Argentina sobre implementación de participación ciudadana a través de la introducción de ciudadanos no versados en derecho, como parte integrante de un tribunal penal, se dio en Córdoba.

En 1987, con la reforma de la Constitución de la Pvcia. de Córdoba, inspirada en la idea del Dr. José Cafferata Nores, se previó la posibilidad de determinar legalmente *“los casos en que los tribunales colegiados son también integrados por jurados”*²⁰⁵. En 1998 entró en vigencia el sistema previsto por el art. 369²⁰⁶ del Código Procesal Penal de la Pvcia. de Córdoba, que estatuyó un escabinado de cinco miembros, compuesto por tres jueces técnicos y dos ciudadanos. Este sistema, previsto para casos graves (teniendo en cuenta simplemente un monto - *el máximo* - de escala penal), se estableció de manera opcional para las partes. Bajo las previsiones de este sistema, se obliga a los jurados, sin mayores previsiones sobre las instrucciones que deben recibir previo al juicio, a decidir sobre todos y cada uno de los aspectos que tiene que resolver la sentencia, con apego al sistema de fundamentación forense vigente; es decir, los obliga a expedirse fundamentando lógica y legalmente su decisión, a través del método de la sana crítica racional. Como se explicó anteriormente, este sistema no tuvo una notable aplicación práctica (por no ser elegido por los litigantes²⁰⁷), y además se instó su eliminación a través de proyectos de reforma. Lo más importante de este sistema, y por eso le dedicamos un párrafo especial, es que fue el primer paso con el que avanzaron aquellos que sostenían la capacidad de un ciudadano - *no formado en derecho* - para decidir un juicio penal. Ahí radica su incommensurable valor.

Con posterioridad, en el año 2004, también en Córdoba, y a través de la ley 9182²⁰⁸, se estatuyó un modelo de “escabinado ampliado”²⁰⁹, en el que ocho

²⁰⁵ Constitución de la Pvcia. de Cba. Art. 162.- La ley puede determinar los casos en que los tribunales colegiados son también integrados por jurados.

²⁰⁶ Artículo 369 CPPCba. INTEGRACIÓN CON JURADOS. Si el máximo de la escala penal prevista para el o los delitos contenidos en la acusación fuere de quince años de pena privativa de la libertad o superior, el Tribunal -a pedido del Ministerio Público, del querellante o del imputado-, dispondrá su integración con dos jurados conforme a lo previsto en el Artículo 361. Los jurados tendrán las mismas atribuciones de los vocales. La intervención de aquéllos cesará luego de dictada la sentencia.

²⁰⁷ Conforme la publicación *“El poder del jurado. Descubriendo el juicio por jurados en la Provincia de Buenos Aires”* de Sidonie Porterie y Aldana Romano (Ed. - Buenos Aires; Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales- INECIP, 2018): *“Entre 1998 y 2004, sólo 33 casos fueron decididos bajo esta forma de participación ciudadana”*.

²⁰⁸ Publicada en el B.O. el 09/11/04.

²⁰⁹ Tal como lo caracterizó el Dr. Carlos F. Ferrer.

ciudadanos actúan junto a los tres jueces técnicos, diferenciando roles. Los ocho jurados y dos de los jueces técnicos se expiden sobre los extremos fácticos. El tercer vocal preside el tribunal, e interviene en la votación sobre estas cuestiones sólo en caso de empate. Por último, queda reservada para los tres jueces versados en derecho, la votación sobre las cuestiones jurídicas.

Años después, distintas provincias legislaron sobre juicio por jurados, introduciéndolo a sus sistemas. Así ocurrió en las provincias de Chubut, Buenos Aires, Río Negro, Neuquén, Chaco, San Juan y Mendoza. El Nuevo Código Procesal Penal de la Nación Argentina prevé el juicio por jurados pero no lo regula, remitiendo a una ley especial.

Existen proyectos sujetos a discusión legislativa, en las provincias de Entre Ríos, Santa Fe, La Rioja, Tucumán, en la CABA y un proyecto de ley complementaria al Código Procesal Penal de la Nación Argentina.

Es simple advertir que existe en los últimos años un sistema puntualmente propugnado por, entre otras asociaciones intermedias, el INECIP y la Asociación Argentina de Juicio por Jurados, las que comparten algunos de sus referentes. De la mano de este proyecto, vienen muchas propuestas de capacitación y formación, así como una frondosa producción de publicaciones. Lo positivo de esta corriente, que podríamos caracterizar como la segunda generación del juradismo, radica en que ha tenido la capacidad de difundir e insistir con la propuesta del juicio por jurados, consiguiendo que prácticamente la mitad de las provincias argentinas adopten el juicio por jurados o lo hayan puesto, al menos, en agenda legislativa. Lo negativo, a nuestro modo de ver, es la insistencia con un modelo a modo de *“enlatado procesal”*²¹⁰, que contiene falencias de adaptación a nuestro sistema continental de derecho, y que partió de una propuesta en abstracto que se está diseminando, sin previas correcciones, a realidades tan disimiles como pueden ser la de Provincia de Bs. As, con la de Neuquén. No existe, a nuestro entender, un espacio abierto de discusión sobre dos cuestiones elementales. La primera de estas cuestiones es la necesidad de buscar consensos básicos sobre la implementación de un modelo uniforme de jurados a nivel nacional, que garantice un estándar alto en relación al principio de igualdad. La segunda, es la

²¹⁰ Con esta expresión, referimos a aquella propuesta procesal que, ajena a nuestro país, se propone como si representase un avance único y necesario al que debemos adherir, sin mayores disquisiciones.

búsqueda de un modelo que, atendiendo concienzudamente ese espectro de exigencias que damos a llamar debido proceso legal, pueda representar nuestra idiosincrasia jurídica como país, en torno a un esquema legal que, partiendo de cuestiones esenciales pensadas de manera uniforme, permita a las provincias dar cierta versatilidad e impronta propia (en la faz administrativa del jurado), ordenándolo de acuerdo a sus sistemas de administración de justicia.

El lector se preguntará el por qué de la crítica constructiva realizada sobre ese espacio de ideas. Pues, existen dos razones. La primera de ellas, radica en que, en términos generales, se está legislando sobre estos sistemas en base a proyectos provinciales, sin que exista una cohesión, fruto de una prolífica discusión interprovincial, sobre el modelo de jurado que queremos, lo que repercute con consecuencias ilógicas sobre los destinatarios del sistema de administración de justicia. La segunda razón radica en que advertimos una discusión un tanto acrítica desde el punto de vista material y procesal, a nivel nacional, en torno a los sistemas de jurados, discusión que se allana en consensos legislativos, a los que se llega rápidamente en *pos* de acelerar políticamente su implementación. Esa es la causa, claro está, que motiva la propuesta aquí esbozada.

Explayándonos sobre *las provincias y los jurados*, remarcamos que hay varias jurisdicciones que lo prevén en sus respectivas constituciones, a saber: Constitución de la Provincia de Córdoba (artículo 162); Constitución de la Provincia del Chubut (artículos 135, inciso 27, 162 y 171); Constitución de la Provincia de La Rioja (artículo 144); Constitución de la Provincia de Entre Ríos (artículos 122, inciso 23 y 186); Constitución de Provincia de Corrientes (artículo 178); Constitución de la Provincia de Río Negro (artículo 197); Constitución de la Provincia de San Luis (artículo 215) y Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (artículos 81, inciso 2 y 106). Entre estas, hay un subgrupo que, pese a establecerlo constitucionalmente, no lo tienen regulado, por lo que para los imputados en esas provincias deviene en un derecho no operativo, sino programático, abstracto, declamativo. Por último, hay un grupo de provincias que ni siquiera lo prevén a nivel constitucional, por lo que existiría una falta de adaptación en estos casos, al mandato de la carta magna nacional. Sobre este punto, la CSJN, en su resolución de fecha 2 de mayo de 2019, en autos *“Canales, Mariana Eduardo y otros s/ homicidio agravado - impugnación extraordinaria” (CSJ 46182016/RH1)*, a través del voto del Dr. Rosatti (quien conformó la mayoría, pero por su propio voto), dijo que: *“...el juicio por jurados no debe ser entendido solo como un*

derecho individual del imputado, y por ende renunciable, sino que debe ser concebido como un modelo institucional de administración de justicia que expresa la participación del pueblo en la administración de justicia penal. Dicho de otro modo: en nuestro sistema constitucional, el juicio por jurados supone no solo -o no tanto- el derecho de una persona a ser juzgada por sus pares sino -fundamentalmente- el derecho del pueblo a juzgar. Por ello es posible encontrar referencias al instituto tanto en la Primera Parte (llamada Parte Dogmática, sobre Declaraciones, Derechos y Garantías) cuanto en la Segunda Parte (llamada Parte Orgánica, referida a las autoridades y competencia del gobierno nacional y al federalismo) de la Ley Fundamental...". Visto de este modo, y por derivación de la cláusula constitucional de la parte dogmática que lo prevé, habría provincias que se encontrarían en una clara falta (por omisión) respecto del derecho de la ciudadanía de participar de manera directa en la administración de justicia, a través de la integración de tribunales con jurados. Más grave aún (siempre bajo este razonamiento), es que en determinadas provincias un sujeto tenga el derecho de ser juzgado por pares, como lo prevé la constitución nacional, y en otras provincias carezca de ese derecho, en violación al mandato descripto. El voto en cuestión, por su interpretación del "derecho al jurado" que tiene la ciudadanía, no deja espacio a las provincias para estructurar su administración de justicia con exclusión de este órgano.

El voto de los Dres. Maqueda y Lorenzetti (quienes también conformaron el voto mayoritario), con otro tamiz, en el "considerando 10" pone de resalto que: *"la observancia de estos postulados básicos de interpretación constitucional obliga a reconocer, en primer término, que la Constitución Nacional manda al Congreso Nacional promover el establecimiento del juicio por jurados (artículo 24) y también le atribuye competencia para legislar en materia penal -con la reserva de jurisdicción provincial- y para dictar las leyes que requiera el establecimiento del juicio por jurados (artículo 75, inciso 12) y que, al mismo tiempo, establece al juicio por jurados como una forma de enjuiciamiento de los casos que son competencia del Poder Judicial de la Nación (artículo 118)...Es por ello que esta Corte, tal como lo recordó oportunamente (Fallos: 271:206, 210, considerando 7°), ha reconocido desde antiguo la amplitud en el ejercicio de esas facultades reservadas. Así, ya en 1869, -11- estableció el principio fundamental de que las provincias conservan su autonomía en todo lo relativo a los poderes no delegados a la Nación (art. 104 de la Constitución Nacional, actual art. 121)' ('Castillo', Fallos: 327:3610)...".* Bajo este segundo razonamiento, las provincias son

libres, dentro del modelo de administración de justicia que elijan, de establecer, o no, el sistema de juzgamiento de delitos por medio de tribunales integrados con jurados populares.

De uno u otro modo, por ejemplo, resultará difícil de explicar al vecino de Catamarca, Tierra del Fuego o Formosa, que esté imputado de un delito grave, que no tendrá la posibilidad de que los juzguen sus pares, como sucede en Neuquén, Mendoza, o Córdoba.

IV. Algunas diferencias determinantes entre los distintos sistemas de juicio por jurados

Si analizamos de manera comparativa, una por una, las aristas que componen la regulación del juicio por jurados en las distintas regulaciones provinciales, encontraremos diferencias determinantes que generan un alto nivel de tensión entre los sistemas, en la brecha “más derechos” vs. “menos derechos”, o, dicho de otro modo, “más probabilidad de recibir una condena” vs. “mayor probabilidad de ser absuelto”.

En los distintos sistemas, la audiencia de *voir dire* ocupa un lugar central. Pues, es a través de ella que se puede aminorar la permeabilidad de los jurados, y la consecuente parcialidad, que fue una de las objeciones de los - *casi desaparecidos* - antijuradistas. Pese a lo dicho, por lo vertiginoso de esta audiencia en cuanto a la cantidad de situaciones a evaluar y decisiones a tomar en poco tiempo, para el litigante, el objetivo se centra en “eliminar a quienes se muestran reacios a internalizar su teoría del caso”²¹¹. Los nuevos juradistas la veneran, y la proponen como un método prácticamente infalible de selección de ciudadanos, que garantiza la elección como juzgadores, de un grupo de sujetos sin creencias, prejuicios, adhesiones a principios, etc. que puedan contaminar su decisión. A nuestro modo de ver, se debe desmitificar la audiencia de *voir dire*, en cuanto a que rara vez va a permitirnos conseguir algo más que un jurado relativamente homogéneo, que no presente extremismos ideológicos, morales, religiosos, raciales, etc. Sucede que es impensable que estas personas, que en la mayoría de los casos, tienen por primera vez un contacto con un ámbito tan formal como el de la administración de justicia, no tiendan a caer en un ferreo hermetismo en el contexto de esta audiencia, en

²¹¹ Granillo Fernández, Héctor M. Y Granillo Fernández, María Justina. “El juicio por jurados y la audiencia de *voir dire*”. Para “El Debido Proceso Penal” (Dirección de: Ledesma, Ángela), Tomo 2, Pág. 162. Hamurabi, Bs. As. 2016.

que siendo interrogados por sus fundamentos más íntimos, se animen a admitir, por ejemplo, que detestan a los “*motochoros*”, o que piensan que “*los drogadictos son necesariamente delincuentes*” o que consideran que “*los delincuentes deben ser exterminados*”, u otros tantos prejuicios tan radicales y bárbaros que comúnmente se pueden apreciar en los comentarios que la gente consigna en las redes sociales de algún medio de comunicación que crónica una noticia policial. Este hermetismo, propio de esta audiencia, no puede ser superado sino por una apertura que nuestros sistemas procesales no prevén, y que nos permitiría a los litigantes “entrometernos” realmente en las vidas y las historias de aquellos que son postulados a ser decisores del destino de un imputado.

En Córdoba, por ejemplo, la audiencia en cuestión no fue una realidad sino hasta el año 2017, en que el Acuerdo del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba N° 260, Serie “A”, incorporó un mecanismo que, respetando el sistema previsto por la ley 9182, reglamenta esta audiencia. El protocolo establecido mediante el Acuerdo de mención, dispone que la Cámara en lo Criminal y Correccional deberá solicitarle a la Oficina de Jurados que fije la fecha para la realización del sorteo respectivo del padrón definitivo de ciudadanos que se encuentre vigente, con no más de 30 días de anticipación a la fecha estimativa de iniciación del debate (art. 3). Luego, “*...Realizado el sorteo, el tribunal deberá coordinar con la Oficina de Jurados, la fecha de realización de la audiencia de selección de jurados (art. 4). Conforme el artículo 5 del protocolo, la audiencia se desarrollará en 2 etapas: a) La primera parte en la que personal de la Oficina de Jurados, dará la bienvenida a los ciudadanos sorteados, en la sala de audiencias del Tribunal, les brindará una charla instructiva acerca de la función que cumplirán, y les explicará cuestiones administrativas; b) La audiencia propiamente dicha, en la que el Presidente de la Cámara en lo Criminal y Correccional dará inicio a la ‘Audiencia de Selección’, y previa comprobación de la presencia de todas las partes, se presentará a cada uno de los Jurados en el orden cronológico en el que resultaron desinsaculados, a fin de que las partes, a través del tribunal puedan interrogarlos y plantear las recusaciones que crean oportunas; como así también se excuse a aquellos ciudadanos que tengan alguna razón para ello. Se explica que en ningún caso el interrogatorio podrá comprender aspectos de la vida personal de los jurados que puedan implicar una violación a su*

privacidad, o pongan en riesgo su seguridad personal o la de su familia...²¹². Entendimos con el Dr. Marcelo Jaime que esta regulación: *“...permite hacer del interrogatorio en cuestión, un acto que exceda lo meramente formal, para adentrarnos en la composición cultural e idiosincrática del eventual jurado. Si no se permite preguntar determinadas cuestiones que hacen a su historia, sus creencias, sus relaciones, sus inclinaciones personales, pues nunca podrá saberse a tiempo si se configura la causa de inhibición o recusación. La razonabilidad del operador es la vara que fija el límite del interrogatorio y el presidente del tribunal, quien sostiene y regula esa vara en el caso concreto...La riqueza y trascendencia de esta audiencia en la práctica será el resultado del respeto a los convocados como posibles jurados, de la sinceridad de sus manifestaciones, la prudencia del juez para moderar el interrogatorio, y la inteligencia estratégica de las partes para litigar...²¹³*. Queda aclarar que se produce una contradicción entre una parte de esta acordada y la ley 9182, respecto del momento oportuno para recusar jurados. Mientras que el acuerdo reglamentario establece que es la misma audiencia el momento oportuno para que las partes *“puedan”* recusar a los jurados, la ley (y el CPPCba.) otorga un plazo de tres días para interponer las recusaciones (con o sin causa). Por nuestra parte, entendemos que prevalece la ley, sin perjuicio de la *“posibilidad”* de que el letrado plantee el incidente en la misma audiencia.

Vamos a encontrar diferencias sustanciales entre esta regulación y, por ejemplo, el proyecto que cuenta con media sanción en la legislatura de la Pvcia. de Santa Fe²¹⁴, o el art. 338 quater del CPP de la Pvcia. de Buenos Aires, el art. 303 del CPP de la Pvcia. de Chubut, el art. 193 del CPP de la Pvcia. de Río Negro, etc. Si bien entre las legislaciones mencionadas existe cierta uniformidad, advertimos una notable diferencia respecto del derecho de las partes a recusar sin causa. Pues, mientras en unos casos se permite una alta cantidad de recusaciones de este tipo, equivalente al tercio del jurado, en otros se permite sólo una recusación sin causa, equivalente a la doceava parte del mismo. Parece una diferencia sutil y casi inocua, pero cualquiera que haya pasado por la experiencia de litigar en la audiencia de (de) selección de jurados, sabe que justamente es la recusación sin causa un elemento estratégico de vital importancia para terminar

²¹² Jaime, Marcelo Nicolás y Cafure, Martín J. *“Nuevo protocolo de actuación en juicio con jurados populares”*, en *“Comentarios a la Reforma del Código Procesal Penal. Ley 10.457”*. Cba., Ed. Advocatus. 2017, pág. 176.

²¹³ Jaime, Marcelo Nicolás y Cafure, Martín J. Ob. cit., pág. 180.

²¹⁴ Media sanción obtenida el día 26 de julio de 2018 en la Cámara de Diputados de la Pvcia. de Santa Fe.

diagramando un jurado más o menos proclive a aceptar una teoría del caso puntual. Por otro lado, mientras una regulación establece un formulario que previamente deben llenar los eventuales jurados, que permite ingresar a la audiencia con importante información disponible sobre los mismos, otra normativa ordena un sistema de interrogatorio indirecto en audiencia, sin que pueda el litigante contar con más información que el nombre y edad del jurado, lo que lo pone en una notable desventaja. Pensemos, que si a cada uno de los postulantes, el abogado debe formularle las preguntas básicas que puede contener el formulario previo, la audiencia se volverá tediosa al efectuar el tercer interrogatorio. Por último, la diferencia entre audiencias conjuntas e interrogatorios individuales, marca también una asimetría para los distintos litigantes provinciales, difícil de compensar, ya que el interrogatorio a uno de los eventuales jurados efectuado delante de sus compañeros, seguramente lo pondrá en una situación de mayor hermetismo respecto de cuestiones personales, y genera la probable reacción de contestaciones copiadas o respuestas estratégicas, en base a las entrevistas previas que presencié.

Otro punto en que existen diferencias radicales, es el referido a los contextos procesales de cada provincia. Sin adentrarnos en la descripción de cada uno de los mismos, podemos hacer una primera diferenciación, partiendo de la idea de que han desaparecidos los antiguos modelos inquisitivos. Predominando el sistema acusatorio, nos encontramos con sistemas de corte mixto, por un lado, y con sistemas netamente adversariales por el otro. Los sistemas mixtos afincan en un modelo de prueba común a las partes, basado en la reconstrucción histórica formulada (con prueba de cargo y descargo) en un expediente judicial, que coloca al juez a resolver en base a ese expediente, al que suele tener previo acceso (incluso para decidir cuestiones incidentales), lo que implica una inevitable y previa toma de posición del magistrado frente al caso. Por otro lado, los sistemas netamente adversariales, proponen un juez cuya búsqueda de la verdad real se limite a dirimir su aceptación por una de las hipótesis que le presentan las partes, que a su vez, fundamentan sus posturas con prueba que se encargan de recoger, presentándolas en juicio en el orden que ellas elijan. Esto, en la práctica, puede generar un abismo que sólo entenderá el litigante, con el resultado del juicio puesto en su escritorio, al día siguiente de la sentencia. Para ejemplificar lo expuesto, reseñaremos que la Provincia de Mendoza prevé, por un lado, que los testigos sean interrogados primero en examen directo por la parte que los propuso, quien no podrá efectuar preguntas sugestivas ni indicativas; tras ello quedan sujetos al contraexamen de las otras partes

intervinientes, quienes pueden efectuar preguntas sugestivas. Asimismo, como excepciones a la oralidad, sólo pueden ser incorporados al debate por su lectura o exhibición audiovisual aquellos actos que hubiesen sido controlados por las partes, que por su naturaleza y características sean definitivos y de imposible reproducción. La lectura, o la exhibición de los elementos esenciales de esta prueba en la audiencia, no pueden omitirse ni siquiera con el acuerdo de las partes. Chaco, por citar otro ejemplo, tiene una reglamentación que establece que: *“Los jueces y los jurados no podrán por ningún concepto formular preguntas a quienes comparezcan a declarar al juicio. El incumplimiento de esta prohibición constituirá falta grave”*. En otras provincias, en cambio, el orden de recepción de las declaraciones de testigos lo marca el acusador, quien siempre comienza el interrogatorio, y la prueba incorporada por la lectura no se limita sólo a actos definitivos e irreproducibles, siendo que además la oralización de esas piezas se omite (por regla), dándole en todo caso a los jurados las copias de los elementos incorporados. Claro está que al darles la copia, también le otorgan el *“derecho”* a que la lean, o no, porque esas constancias no son reproducidas a viva voz en el plenario. Por otro lado, hay regulaciones provinciales que, no sólo permiten a los jueces formular preguntas aclaratorias, sino que también los faculta a disponer medidas como una inspección judicial, o reabrir el debate si durante la deliberación advirtiesen que es absolutamente necesario ampliar las pruebas incorporadas en cuyo caso, la argumentación quedará limitada entonces al examen de los nuevos elementos. El punto, es que frente a estos distintos contextos procesales, la instauración del jurado no es indiferente. Si bien Pablo Slonimski opina que *“el ciudadano común juzga con sentido común, y no con deformación profesional”*²¹⁵, aludiendo a que en nada depende su vida, del resultado del juicio, lo cierto es que la *“formación profesional”* es la que ayuda a un juez, a entender el contexto en el que juzga. Omite incluso, quien piensa que el jurado razona sólo desde el sentido común, sin ningún condicionamiento, el aporte de las neurociencias. En este sentido, los hallazgos de las neurociencias sobre el funcionamiento del cerebro, explican cómo operan los mecanismos de toma de decisiones, implicando ciencias como la psiquiatría, la psicología, la sociología, la antropología, la lingüística, etc.²¹⁶ No es la formación profesional lo que deforma la capacidad de bien juzgar, sino el

²¹⁵ Slonimski, Pablo. *“Forum shopping reloaded. Claves para entender la manipulación judicial”*. Bs. As., Ed. Planeta. 2018, Pág. 184.

²¹⁶ Haissiner, Martín D. y Pastor, Daniel R. *“Neurociencias, tecnologías disruptivas y tribunales digitales”*. Bs. As. Hamurabi, 2019, Pág. 14.

reduccionismo profesional. Esa formación profesional, que lleva al juez a conocer las fortalezas y debilidades del sistema procesal en el que opera, no la adquiere el jurado mediante instrucciones previas, debido a que generalmente implica un bagaje de conocimientos que lleva años aprehender. Por eso, el jurado no tiene cabal comprensión respecto de cómo puede influir en él, la presentación del caso que efectúa un litigante a través de la prueba. Como explicamos, no es lo mismo que ese litigante se encuentre atado a un orden de producción de la prueba (en una provincia), a que no se encuentre limitado (en otra provincia), pudiendo ordenar su producción en el juicio conforme su propia teoría del caso. Esto, el jurado no lo sabe, y es improbable que lo comprenda en pocos días. Por lo expuesto, de acuerdo al contexto procesal de cada provincia, los respectivos imputados no tendrán la misma posibilidad de probar, a través de su defensa técnica y material, la postura o tesis que asuman durante el juicio; tampoco tendrá el abogado el mismo poder de persuasión ante una jurisdicción, que ante la otra. Se puede pensar, en contrario, que visto de ese modo no podría haber diferentes regulaciones procesales. No es esto lo que se quiere decir. Lo que se pretende destacar es que al tener cada provincia una idiosincrasia procesal diferente, y con ello, diferentes *“reglas de juego”*, el establecimiento del jurado debería ir de la mano de pautas de litigación mínimas consensuadas a nivel nacional, de modo que sea poco probable que un sujeto pueda resultar condenado en un provincia, y absuelto en otra, bajo las mismas condiciones fácticas y con iguales elementos probatorios.

Un tercer aspecto que podemos remarcar como una diferencia determinante entre los sistemas de jurados, es el de su integración. Encontramos, por ejemplo, que en la Pvcia. de Mendoza (art. 6º), el jurado popular se compone con doce miembros titulares y esa composición debe respetar una equivalencia de cincuenta por ciento del género femenino y otro cincuenta por ciento del género masculino. De manera un poco más abarcativa, el art. 198 del CPP de Neuquén. establece en su inc. 6º: *“Integración plural. El jurado deberá quedar integrado, incluyendo los suplentes, por hombres y mujeres en partes iguales. Se tratará de que, como mínimo, la mitad del jurado pertenezca al mismo entorno social y cultural del imputado. Se tratará también, en lo posible, que en el panel de jurados haya personas mayores, adultas y jóvenes”*. Igualmente, estas búsquedas, por lo complejo que es circunscribir el mundo de un ser humano a su elección sexual, su edad, su entorno, u otros aspectos puntuales, no dejan de ser objetables, y en algún punto, sesgadas. Las Provincias de Chaco (art. 3) y Bs. As.

(art. 338 *bis*) prevén tribunales de doce jurados, dirigidos por un solo juez técnico. Río Negro, en cambio, formula una diferenciación particular. Se prescribe (art. 26) que cuando la pena privativa de libertad que pretenda el fiscal supere los tres años, el juicio será realizado en forma obligatoria frente a un tribunal constituido por sorteo por tres jueces profesionales. Si la pena requerida por el fiscal es mayor a doce años y menor a veinticinco años de prisión o reclusión, el tribunal estará integrado también por siete jurados titulares, y si la pena requerida por el fiscal es mayor a veinticinco años de prisión o reclusión, el tribunal se integrará con doce jurados titulares. En Córdoba, como explicamos, uno de los sistemas (opcional), se estructura con tres jueces técnicos y dos jurados, mientras que el otro (obligatorio), se apoya en un tribunal de ocho jurados y tres jueces técnicos. En San Juan, al igual que en Neuquén, se aprobó la ley que establece un jurado popular compuesto por doce ciudadanos - *mitad hombres y mitad mujeres* - como encargado de juzgar los delitos más graves. En medio de esta amplia paleta de opciones, la matemática y la estadística juegan un rol fundamental. A grandes rasgos, podríamos pensar que, salvo excepciones, todas las reglamentaciones articulan tribunales compuestos por doce jurados. El punto es que hay regulaciones que prevén jueces técnicos que votan, junto a los jurados, sobre las cuestiones de hecho, tal como es el caso de Córdoba. Aquí, ya hay un desbalance de sistemas. Lo hagamos más difícil aún, y atendamos a qué mayorías se exigen, dentro de cada regulación, a fin de arribar a una condena, en uno u otro sentido. En Mendoza (art. 33 - Ley 9106) se establece que los jurados realizan la deliberación en forma secreta, eligiendo de entre ellos a su presidente (por simple mayoría de votos), y que el veredicto debe versar, respecto de cada hecho y de cada acusado, sobre las siguientes cuestiones: a) ¿Está probado o no el hecho en que se sustenta la acusación? b) ¿Es culpable o no es culpable el acusado? ***El Jurado admitirá una sola de las propuestas de veredicto por el voto unánime de sus doce (12) integrantes.*** Si el jurado no logra un veredicto unánime en un plazo razonable, el juicio se declara estancado y el juez pregunta al acusador si continuará con el ejercicio de la acusación. En caso negativo el juez absuelve inmediatamente al acusado. En caso afirmativo el juez procede a la disolución del jurado y se dispone la realización de un nuevo juicio con otro jurado. Es decir, Mendoza sólo acepta que los doce miembros del jurado coincidan en su veredicto, en uno u otro sentido. Similar es el caso de Río Negro, en tanto exige veredictos por unanimidad, aunque agrega que, en caso de no alcanzarla tras un plazo razonable de deliberación, el juez, previa consulta con las partes, reconvoca al jurado a la sala y, previa consulta con su presidente, instruirá al jurado para que retornen a deliberar

con la consigna que se aceptarán veredictos de culpabilidad, o de no culpabilidad por razones de inimputabilidad, con diez o más votos, en caso de jurado de doce miembros, y con seis votos, en caso de jurado de siete miembros. Luego, en caso de no alcanzar esa cifra mínima de votos, la absolución deviene obligatoria. Con denodado esfuerzo, la legislación Chaqueña buscó abarcar una multiplicidad de situaciones en cinco artículos de la Ley 7661, mediante los que se reglamenta la forma del veredicto (art. 80), los términos bajo los que se debe declarar el veredicto y las formas que puede asumir el veredicto de culpabilidad (art. 81), la posibilidad de declarar al acusado culpable de la comisión de un delito inferior necesariamente comprendido en el delito principal que se le imputa (art. 82), la reconsideración de un veredicto defectuoso (art. 83), la posibilidad de emitir veredictos parciales (art. 84) y la forma de comprobar el veredicto (art. 85). En Neuquén, en cambio, se establece (art. 207) que en los tribunales compuestos por doce jurados, el veredicto de culpabilidad requiere como mínimo de ocho votos. En los casos en que no se alcance la cantidad exigida de votos, el veredicto será de no culpabilidad. Es decir, Neuquén sólo exige una mayoría calificada de dos terceras partes del jurado, como mínimo, para llegar a una condena. No exige unanimidad para condenar, y a su vez permite absolver, en caso de que cinco de los doce miembros del jurado consideren que el imputado no es culpable. En Buenos Aires (art. 371, *quater*) se establece que el veredicto de culpabilidad requiere como mínimo de diez votos afirmativos sobre las cuestiones planteadas. Si el delito por el que fuera calificado legalmente el hecho en que se sustenta la acusación, tuviera prevista pena de prisión o reclusión perpetua, se requerirá unanimidad de votos afirmativos. Podríamos afirmar que Bs. As. se encuentra entre Mendoza y Neuquén, ya que para declarar culpable a un imputado, se necesitan diez votos, con excepción de los delitos de prisión o reclusión perpetua, en los que exige unanimidad, pero sólo para condenar. Es decir, un imputado acusado de un delito que prevea pena de prisión o reclusión perpetua, con sólo conseguir que una persona de doce considere que es inocente, o tenga dudas de su culpabilidad, deberá ser absuelto. En Córdoba, bajo el sistema de la ley 9182, en cambio, un sujeto necesita para ser absuelto más de un voto de no culpabilidad; necesita seis votos que se inclinen por esa postura. Recordemos que si bien los jurados son ocho, dos de los tres jueces técnicos también votan sobre las cuestiones de hecho (no así el presidente del tribunal, que sólo interviene en caso de empate), y la mayoría que se exige para declarar culpable o inocente a un sujeto, es simple. Si son diez en total, entonces seis deben votar por la “no culpabilidad”, y en caso de que sean cinco los que voten en ese sentido, como el que “desempata” es el

presidente del tribunal, este último deberá ser el sexto que defina la cuestión. Volvamos, y ponderemos los extremos, con un ejemplo. Juan Rodríguez, acusado de femicidio, en la Pvcia. de Bs. As. con el sólo hecho de tener un voto a favor de un total de doce, será absuelto, mientras que el mismo Juan Rodríguez, en la Pvcia. de Córdoba, para ser absuelto necesitará seis votos de “no culpabilidad”, sobre un total de diez. Juan Rodríguez, en Mendoza, podrá estar hasta último momento pendiente de que todos los jurados (12) se pongan de acuerdo, en un sentido u otro, aunque si no lo logran, también podría ser positivo para él, ya que se lo puede absolver igualmente, si el fiscal decide no mantener la acusación en un nuevo juicio. Así de diferentes son las realidades que transitan todos los “Juan Rodríguez” imputados en el país, sin que podamos los operadores jurídicos darles una explicación sencilla y coherente, que desde el sentido común (eso que se destaca en el razonamiento de los jurados) estos imputados “Juan Rodríguez” puedan comprender. Esto, claro está, no es federalismo, sino sesgo procesal provincial.

Lo descrito en los tres puntos precedentes, respecto de la existencia de diferencias determinantes entre los distintos sistemas de jurados, también se ve reflejado, por ejemplo, al analizar los tipos penales alcanzados por esta forma de juzgamiento en cada provincia, cuestión en la que no nos detendremos, por exceder el objeto de este artículo.

V.Las diferentes exigencias de los distintos sistemas provinciales de juicio por jurados, en torno a la motivación de las resoluciones

Sobre las diferentes exigencias en cuanto a la motivación de las sentencias dictadas en juicios de este tipo, nos limitaremos a explicar que la mayoría de las legislaciones provinciales prescriben que el veredicto de los jurados se sustenta en su “*leal saber y entender*”. Mendoza, por ejemplo, establece que la sentencia debe ajustarse a las reglas de su código procesal, pero debe contener en lugar de los fundamentos de la decisión sobre los hechos probados y la culpabilidad del imputado, la transcripción de las instrucciones dadas al jurado sobre las disposiciones aplicables al caso y del veredicto del jurado. De igual modo, en la Pvcia. de Bs. As. se establece que, en el caso del juicio por jurados, las instrucciones del juez al jurado constituyen plena y suficiente motivación del veredicto, y que para la valoración de la prueba, en el caso del juicio por jurados, se aplica el método de la íntima convicción. Lo mismo sucede en Chaco y Río Negro.

En Córdoba, los jurados deben fundamentar su decisión. Al respecto, el art. 44 de la ley 9182 establece que los jurados y los dos jueces integrantes del tribunal, con excepción del presidente, votan sobre las cuestiones de hecho (las relativas a la existencia del hecho delictuoso, con discriminación de las circunstancias jurídicamente relevantes y la participación del imputado). Luego, previendo la imposibilidad de un jurado de redactar una cuestión de una sentencia, establece un sistema para facilitar esta tarea, reglamentando que: *“Si mediara discrepancia entre los dos jueces y los jurados, y éstos formaran mayoría, la fundamentación lógica y legal de la decisión mayoritaria correrá por cuenta del Presidente de la Cámara, excepto que uno de los jueces técnicos haya concurrido a formar mayoría, en cuyo caso la fundamentación será elaborada por este. Si la decisión mayoritaria de los jurados no fuera unánime, los jurados que hayan emitido su voto en sentido contrario a la mayoría podrán adherir al voto de alguno de los jueces que concurrieron a formar la minoría. En igual sentido, el Presidente de la Cámara deberá motivar la decisión minoritaria de los jurados cuando ninguno de los dos jueces hubiera votado en el mismo sentido que aquellos”*.

Sobre este punto, el de la fundamentación de las decisiones, la CSJN también se expidió en el reciente fallo de fecha 2 de mayo de 2019, en autos ***“Canales, Mariana Eduardo y otros s/ homicidio agravado - impugnación extraordinaria” (CSJ 46182016/RH1)*** en que, a través del voto de los Dres. Maqueda y Lorenzetti, expresó en los controversiales considerandos 19 y 20, que: *“...Ciertamente, la exigencia de motivación de la sentencia de los jueces profesionales fue concebida originalmente como un modo de compensar la debilidad institucional y la falta de garantías políticas de estos magistrados respecto de los jurados populares. Así, la fundamentación explícita encuentra su razón de ser en la obligación de los jueces, como representantes del pueblo -no electivos- en el ejercicio de un poder del Estado, de rendir cuentas de sus decisiones. Es distinto cuando el mismo pueblo, representando por algunos de sus miembros, ejerce en forma directa la potestad de juzgar, siempre que estén garantizados el derecho a la defensa del acusado y el debido proceso legal por parte de un juez profesional (...) Luego de confrontar sus argumentos, dar sus razones y deliberar, los miembros del jurado deciden su voto en función de un sistema de valoración de la prueba conocido como ‘íntima convicción’, que no requiere expresión o explicación de los motivos que conformaron el convencimiento sobre la resolución adoptada para el caso. (...) En definitiva, cualquier tribunal (técnico o popular) debe reconstruir un hecho pasado, para*

lo cual utiliza la lógica metodológica que es común a cualquier persona, pues no depende de que tenga o no formación o entrenamiento jurídico. Toda persona que debe reconstruir un hecho del pasado, consciente o inconscientemente, emplea el método histórico, o sea, en un primer paso delimita las pruebas que tendrá en cuenta (heurística); a continuación valora si esas pruebas no son materialmente falsas (crítica externa); luego valora la verosimilitud del contenido de las pruebas (crítica interna) y, finalmente, llega a la síntesis. Quien valora el veredicto de un jurado, necesariamente debe reconstruir este camino, no bastando para descartarlo cualquier criterio diferente acerca de las críticas. Para descartar el veredicto de un jurado debe verificarse que la síntesis se aparte directamente de la lógica metodológica histórica antes referida, que es lo que sucede en el caso' (Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso 'V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua', ya citado, párrafos 259 y 262; el destacado no es del original). (...) En concreto, los representantes del saber técnico se encargan de controlar que el camino hacia la decisión se encuentre balizado conforme a reglas procesales previas y precisas (debido proceso adjetivo); y los representantes de la opinión popular se encargan de construir una conclusión prudencial sobre la base del sentido común (debido proceso sustantivo). El ejercicio deliberativo previo a la toma de decisiones relevantes -como el veredicto de un jurado popular- posee un efecto positivo para todos los participantes...".

Visto de este modo, en los sistemas en que se impone que el jurado emita su veredicto sin fundamentación expresa, la clave para determinar la corrección lógica de la valoración de la prueba estaría dada, sobre todo, por la adecuada realización de la audiencia de *voir dire*, las instrucciones que se imparten al jurado, y la adecuación de la decisión tomada a las pruebas rendidas en juicio.

A nuestro humilde modo ver, esta metodología no se adecúa a nuestro sistema continental de derecho en que el principio de fundamentación de las decisiones judiciales, no sólo se erige como una obligación para los jueces (y jurados) de rendir cuenta de sus resoluciones, sino que garantiza el derecho del imputado a conocer “*por qué*” se lo condenó, y con ello, a recurrir la sentencia.

VI La imperiosa necesidad de adoptar un modelo uniforme de juicio por jurados a nivel nacional

Si bien la CSJN, en el precedente abordado durante este estudio, se inclinó por reafirmar la constitucionalidad de la potestad de las provincias de establecer

su propio sistema de juzgamiento por jurados, lo cierto es que las diferencias señaladas entre los distintos modelos, nos llevan a reflexionar sobre la conveniencia y ecuanimidad que esta posibilidad conlleva.

Como se trató de ejemplificar a lo largo de este breve ensayo, tal como se encuentra el mapa actual respecto de las legislaciones de juicios por jurados, la implementación de estos sistemas nos llevan necesariamente a soluciones que el sentido común rechaza, siempre que se vea a la nación como una unidad.

Acción y jurisdicción, en términos procesales, son dos caras de una misma moneda. La composición de un tribunal, como integrante del segundo elemento, no debería escapar a determinados estándares mínimos y uniformes que son exigidos al momento de abordar la acción. Respecto de la acción, al tratar la última reforma del art. 59 del CP, Pastor esboza su crítica sobre la delegación efectuada a las legislaciones locales en los incs. 5, 6 y 7 de la norma, diciendo: *“Esta legislación delirante es una emboscada: ¿En qué quedamos? ¿Es nacional o local la competencia para regular en lo básico el régimen de la acción? Si es nacional, ¿cómo podría ser válida su reglamentación por el legislador local (cláusulas penal-procesales)? Si es local, ¿cómo podría ser válida su regulación integral por parte del legislador nacional (cláusulas penal-penales)? Parece que alguien ha puesto a legislar a los hermanos Marx”*²¹⁷. Entendemos que lo mismo sucede con la jurisdicción. No se pueden establecer formas tan diferenciadas de conformación de tribunales, y con ello de sus respectivos pronunciamientos, de modo que la defensa ciega del supuesto ámbito de reserva de las provincias nos lleve a conclusiones, por sus resultados, absurdas. No deberíamos enorgullecernos de tener un sistema de juzgamiento por jurados, y aceptar que en la vecina provincia sería absuelto, quien aquí es condenado. No puede eso ser motivo de orgullo ni para teóricos, ni para operadores jurídicos, ni para extremistas ideológicos del federalismo.

La CSJN puntualmente se expresa sobre esta situación, explicando en el fallo referenciado que: *“...si bien la autonomía legislativa provincial en materia procesal no puede engendrar situaciones tan disímiles y asimétricas que cancelen por completo el derecho a la igualdad ante la ley, tampoco cabe pretender una simetría legislativa tal que imponga la completa igualdad en todos los procedimientos del país, en desmedro del*

²¹⁷ Pastor, Daniel. “La introducción de la reparación del daño como causa de exclusión de la punibilidad en el Derecho Penal Argentino” - <https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2015/09/Penal-EPII-2015-09-11.pdf>

principio federal (cfr. arg. Fallos: 328:1146, in re 'Verbitsky', considerando 56). En el caso concreto, las diferencias que existen entre este aspecto de la reglamentación neuquina del juicio por jurados -mayoría- en relación con las disposiciones de otras jurisdicciones, no alcanzan a configurar un supuesto de asimetría tal que permita considerar vulnerado el principio constitucional de igualdad ante la ley, o socavada la unidad en materia penal que impera en todo el país por la vigencia de un único código de fondo...” (Voto del Dr. Horacio Rosatti)²¹⁸.

A nuestro modo de ver, por los motivos arriba explicados, la asimetría negada estará presente y se profundizará a medida de que, sin atender a las cuestiones aquí planteadas, sigan estableciéndose tantos sistemas diferentes de tribunal con jurados, como provincias existen. Hay cuestiones que necesariamente deben ser fruto de consensos, de modo que quien pise suelo argentino, tenga la garantía y la previsibilidad de que, de ser juzgado por un delito en una provincia, al menos de manera probable, obtendría el mismo resultado que aquel que fuera juzgado en cualquier otra.

Como se explicó, en el precedente *“Canales”* la corte rechazó el planteo de inconstitucionalidad respecto de la potestad de las provincias de diseñar su propio sistema de jurados. Debemos destacar que la sanción de inconstitucionalidad de una norma es el último recurso al que puede apelar un magistrado, con posterioridad a haber buscado de manera infructuosa la armonía de una norma en el marco de nuestro sistema constitucional. Dicho esto, consideramos que el hecho de que la CSJN no haya declarado, en este caso, la inconstitucionalidad de una regulación específica de un tribunal con jurados, más allá de obedecer en gran parte a razones políticas, no quita que sea indispensable proseguir la búsqueda de un punto de armonización de las respectivas legislaciones. En este sentido, y retomando el pensamiento de Pastor, consideramos que: *“es sorprendente nuestra falta de inteligencia y compromiso para generar un Código Procesal Penal que, por convenio, rija para todas las jurisdicciones del país a partir de un Código Penal dictado en completa armonía político-criminal con las disposiciones del Código Procesal convenido”²¹⁹.*

²¹⁸ “Canales, Mariana Eduardo y otros s/ homicidio agravado - impugnación extraordinaria” (CSJ 46182016/RH1).

²¹⁹ Pastor, Daniel. “La introducción de la reparación del daño como causa de exclusión de la punibilidad en el Derecho Penal Argentino” - <https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2015/09/ Penal-EPII-2015-09-11.pdf>

Se preguntará el lector ¿cuál es el modelo propuesto entonces? No encontrará esa respuesta en estas líneas. Si encontrará, en cambio, el exhorto a que la legislación posea un estándar de coherencia que permita, como en todo país serio, tener previsibilidad y, con ello, seguridad jurídica.

Dirán los extremistas ideológicos del federalismo que se perdió sangre, años atrás, con el fin de garantizar el respeto de las autonomías que hoy gozan las provincias, como es la de organizar su propio sistema de administración de justicia. Pues, muchos años han pasado, y el federalismo hoy lo debemos celebrar desde las costumbres, la tradición, pero jamás desde la inequidad política o jurídica. La tecnología y las comunicaciones avanzaron a tal punto, que es probable que un joven de Humahuaca comparta más de lo que creemos, con otro de Tierra del Fuego, o de Caucete. Necesitamos, entonces, entender la necesidad de obtener consensos, serios y equilibrados.

Por último, ante esta segunda ola juradista que febrilmente pretende ampliar cada vez a más delitos el sistema de juzgamiento con jurados, consideramos que es necesario pensar, por qué esto, para nosotros, los argentinos, es prácticamente una novedad, y es motivo de tan desmesurado entusiasmo, mientras que en aquellos países de los que tomamos el modelo del jurado se está buscando un mejor método de juzgamiento basado en el estudio de las neurociencias y la aplicación de la inteligencia artificial. En un interesante estudio sobre el sistema norteamericano²²⁰, se nos explica que: *“los habituales espejos en que se miran los legisladores cuando emprenden reformas procesales penales-, se encuentran unos datos estadísticos rotundos: más del 95% de los procesos penales, tanto a nivel federal como estatal, se resuelven sobre la base de la asunción de culpabilidad del acusado (guilty plea), que condiciona en buena medida la pena que debe después imponer el tribunal y que, en general, es el resultado de una previa negociación entre el fiscal y el abogado defensor del acusado (plea bargaining)”*. Se afirma puntualmente que *“El juicio con jurado, que tanto impacto mediático genera, es así una rara avis en el panorama judicial estadounidense”*.

Por su parte, Pastor y Hassiner, al introducir la idea de “juez máquina”, adelantan la idea aquí desarrollada, cuando afirman que la Constitución Nacional

²²⁰ Lascuraín Sánchez, Juan Antonio y Gascón Inchausti, Fernando. “¿Por qué se conforman los inocentes?”. In Dret, Barceloa, Julio 2018. <http://www.indret.com/pdf/1400.pdf>

considera que el jurado popular emite mejores sentencias que los jueces profesionales en los casos criminales, tras lo que se preguntan: “¿Cómo debe seguir esta historia si comprobamos que una máquina puede hacerlo incluso mejor que el jurado?”²²¹. Gráfica es la imagen del litigante que, mientras defiende a su cliente, observa que uno de los jurados cabecea soñoliento, y piensa en cómo Harari explica que el rendimiento mental normal, en el futuro podría ser mejorado mediante el avance de la tecnología genética, cascos electrónicos para estimular la atención, la concentración y la toma de decisiones e interfaces directas entre el cerebro y las computadoras²²².

Mientras el futuro llega, la búsqueda humana de equidad y justicia, nos debe llevar a priorizar los consensos profundos y estudiados, en materia de Derecho Procesal Penal y puntualmente, como explicamos, en la adopción de un modelo de juzgamiento por jurados de casos criminales.

²²¹ Haissiner, Martín D. y Pastor, Daniel R. “Neurociencias, tecnologías disruptivas y tribunales digitales”. Bs. As. Hamurabi, 2019, Pág. 32.

²²² Harari, “Homo Deus: Breve historia del mañana” 2016, Págs. 391 y 395.

EL VEREDICTO INEXPRESIVO DEL JURADO ANGLOSAJÓN Y LA MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA PENAL (FALLO “CANALES” DE LA CSJN)

Por Andrea Cravero.

I. Introducción

La regulación de los jurados populares en el ámbito nacional, es una deuda legislativa que ya supera los 167 años. Pese a la contundencia adoptada por nuestra carta magna al establecer que los juicios criminales deben tramitarse con jurados (art. 118 CN),²²³ dicha figura no ha sido aún reglamentada por el Congreso Nacional (art. 24 y 75 inc. 12 CN).²²⁴ No obstante, este panorama de desconcierto sirvió de impulso a algunas provincias, que en uso de facultades propias, fueron impulsando la instauración del sistema de enjuiciamiento popular en sus respectivas jurisdicciones.²²⁵

Cierto es también que estas iniciativas locales no pasaron inadvertidas en el ámbito doctrinario. Estudiosos del derecho, con valiosos aportes, debatieron arduamente sobre

²²³El art. 118 concibe el sistema de jurados como una institución sustancial del Poder Judicial para el juzgamiento de causas penales (“Todos los juicios criminales ordinarios (. . .) se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución”). A su vez, esta disposición se complementa con los textos de los arts. 24 y 75 inc. 12, que mandan al Congreso a promover y dictar las leyes generales para la incorporación de esta modalidad de enjuiciamiento en toda la Nación.

²²⁴ Resulta indiscutible que este sistema de enjuiciamiento penal ha sido constitucionalmente adoptado para administrar la justicia argentina. Esta afirmación vale por cuanto, algunos autores llegaron a suponer que la inacción legislativa prolongada en el tiempo generó un derecho consuetudinario que vino a derogar las normas constitucionales concernientes al juicio por jurados, en un proceso de desuetudo que priva de basamento constitucional a la ansiada ley federal de jurados. Véase CLARIÁ OLMEDO, Jorge, *Derecho Procesal Penal*, 1ra. Edición, Córdoba, Lerner, 1984, t.I, p. 305. SAGUES, Néstor Pedro “El juicio penal oral y el juicio por jurados en la constitución nacional”, ED, 1981, t.92, p. 909-910. Frente a ello, es posible asegurar que la reforma constitucional de 1994 mantuvo inalterable los dispositivos legales que consagraban la obligación de regular el juicio por jurados, despejando toda duda respecto a la plena vigencia de la voluntad del constituyente de implantar ese sistema de enjuiciamiento criminal. En el sentido que no existió ni el menor asomo de rebelión contra el juicio por jurados en esa oportunidad. No se cuestionó la institución en el dictado de la ley que fijaba los puntos de revisión constitucional, ni los constituyentes lo hicieron al momento de celebrar la Convención reformadora. Sin embargo, esta observación –aclaro- no pretende inmiscuirse ni zanjar la disputa entre quienes aseguran que la Convención Constituyente de 1994 tenía vedado tratar el tema –por la ley de necesidad de la reforma N° 24.309- y aquellos que afirman, por el contrario, que estaba perfectamente habilitada para incorporar el instituto, fundada en que la limitación de esa función no podía ser resuelta por legisladores que son creadores de derecho en un plano inferior.

²²⁵Las provincias de Córdoba (ley 9182), Neuquén (ley 2784), Buenos Aires (ley 14543), Río Negro (ley 5020 mod. por ley 5413), Chaco (ley 2364-B) y Mendoza (ley 9106) con sistemas de enjuiciamiento popular en funcionamiento. Otras jurisdicciones han avanzado en su regulación como Entre Ríos (ley 10746 B.O. 2/12/2019), Chubut (ley XV30 B.O. 17/2/2020 con vigencia a partir del 1/1/2021) y San Juan (ley 1851-0 B.O. 26/12/2018 suspendida su vigencia por ley 1993-0 B.O. 8/1/2020), o se encuentran transitando debates parlamentarios (vgr. Santa Fe).

las facultades legislativas que se arrogaron las provincias al incluir el instituto del juicio por jurado en sus ordenamientos procesales.²²⁶ Recientemente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha zanjado esa discusión con el dictado de un fallo inédito - “Canales”-²²⁷, donde aborda, con toda claridad, la distribución de competencias legislativas en orden a la regulación del juicio por jurados, de acuerdo a la jurisdicción.

De este modo, al tiempo que reconoció al Congreso, el poder de legislar su conformación y funcionamiento para el poder judicial de la Nación²²⁸, la Corte Suprema aseguró que, de acuerdo al diseño constitucional establecido en los artículos 5, 121, 122 y 123 de la carta fundamental, correspondía a las provincias dictar sus propias normas sobre jurados. En definitiva, incluyó esta potestad dentro de las facultades por ellas reservadas para disponer lo concerniente a su sistema de administración de justicia y con

²²⁶ Hay quienes consideraron que, como atribución constitucional exclusiva y excluyente del parlamento nacional, por delegación provincial –art. 126 de la Constitución Nacional- se requería de su intervención reglamentaria para el dictado de una ley procesal común destinada a todos los tribunales de la República, federales y provinciales. ROCHA CAMPOS, Adolfo “Jurado y Constitución Nacional” SJA 26/03/2008, JA 2008-I-1066, Abeledo Perrot N° 003/013767. FERRARI ARGANARÁS, Gustavo “El sistema de juicio por jurados y su implementación”, Sup. Act. 03/04/2012, 1. GOMEZ, Claudio D. “El juicio por jurados en la provincia de Córdoba: su constitucionalidad a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia”, LLC2006, 1007, con cita de EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, “Tratado de derecho constitucional”, Depalma, Bs. As., 1997, t. IV, p. 505. SAGUES, Néstor P., *El juicio penal oral y el juicio por jurados en la Constitución Nacional*, en E.D. 92-906 y ss. citado por PUCCINELLI, Oscar R., “El juicio por jurados en la Constitución Argentina. Quid de su vigencia a 150 años de su inserción constitucional”, Constitución de la Nación Argentina –con motivo del sesquicentenario de su sanción-, Tomo II, Santa Fe, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, 2003, p. 275. GELLI, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina”, La Ley Bs. As., 2001-216. Este punto de vista fue objetado por quienes aseguraron que el establecimiento del juicio por jurados era un poder concurrente entre la Nación y los estados locales. MOONEY, Alfredo, “El juicio por jurados en el derecho público argentino”, LA LEY, 1986-D, 869. En esa línea, refirieron que el Congreso sancionará estas leyes cuando se trate de delitos sujetos a la jurisdicción federal, quedando a cargo de las provincias en los casos de delitos comunes, toda vez que –según afirmaron- se trata de una cuestión procesal reservada a la estricta competencia legislativa local (art. 5 y 121 CN). MEDINA, Jorge A. ZUCCHIATTI, Gustavo G. “Juicio por jurados”, LNC 2207-3-221, Abeledo Perrot N°: 0003/70035413-1. Luego, algunos autores han admitido que ante la ausencia de una legislación nacional común, y hasta tanto el Congreso de la Nación cumpla con su obligación de instrumentar el juicio por jurados, las provincias puedan reglamentarlo en respectivos ordenamientos procesales. GOMEZ, Claudio D. “El juicio por jurados en la provincia de Córdoba: su constitucionalidad a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia”, LLC2006, 1007. HERNANDEZ, Antonio María, “La competencia de las legislaturas provinciales”, Diario La Voz del Interior, 21/09/06. SAGUES, op. cit., p. 908, nota 14, se pronuncia por la posibilidad de que las provincias legislen sobre el juicio por jurados hasta tanto lo haga el Congreso. MAIER, Julio B. “El juicio por jurados”, *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Ira. edición*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009, p.1025.

²²⁷ CSJN, “Canales, Mariano Eduardo y otro s/homicidio agravado –impugnación extraordinaria-”, CSJ 461/2016/rh1, 2/5/2019.

²²⁸ El nuevo Código Procesal Penal Federal (leyes 27.063 y 27.482), que aguarda ser implementado en su totalidad, contempla el tribunal de jurados como uno de los órganos decisores (art. 52 inc. c), pero encomienda a una ley especial su regulación.

ello, el dictado de los códigos que reglamentan los procesos que tramitan en sus jurisdicciones²²⁹

De este modo, la opinión de la Corte Suprema se alineó al temperamento adoptado por muchas provincias de nuestro país, que en su órbita de poder legitimado, regularon el juicio por jurados, en la modalidad, tipología o clase que encontraron más compatibles a sus propósitos locales.

A modo introductorio, y sin pretender abarcar todos los supuestos posibles, existen dos grandes sistemas de juicios por jurados, el “*escabinado*” –tribunal de naturaleza mixta, que se integra con jueces profesionales y legos, y todos en conjunto deciden la resolución del caso criminal²³⁰, y el “*clásico o anglosajón*”, que, ha gozado de una expansión inusitada en toda la región, siendo además, el de mayor recepción en los ordenamientos jurídicos procesales locales y latinoamericanos.

Este último sistema -aún en sus distintas variables- supone a un tribunal compuesto exclusivamente por ciudadanos comunes y se caracteriza porque sus integrantes “(...) votan el veredicto por unanimidad y preceden a los jueces profesionales y permanentes en su fallo, acogiendo o rechazando la acusación y utilizando para ello el sistema de íntima convicción en la valoración de la prueba (...)”²³¹. Es decir, los jurados clásicos

²²⁹ “(...) La efectiva inteligencia que cabe darle a dichos preceptos constitucionales, no solo desde el punto de vista gramatical –en tanto de la mera formulación normativa no surge que las provincias hayan delegado expresamente en favor de la Nación la potestad de regular en esta materia ni, a la inversa, que la Constitución Nacional se la otorgue expresamente con exclusividad al Congreso Nacional limitando las autonomías jurisdiccionales locales- sino también como partes de una estructura sistemática (...) Que, en efecto, la naturaleza del planteo –de enormes implicancias en nuestro sistema federal- tiene que ser abordada a partir de dos premisas básicas de interpretación constitucional. La primera, que “la Constitución, en su contenido de instrumento de gobierno, debe analizarse como un conjunto armónico dentro del cual cada parte ha de interpretarse a la luz de las disposiciones de todas las demás (Fallos: 167:121; 236:100), pues sus normas, como las de toda ley, deben ser interpretadas en forma coherente, de manera que armonicen entre ellas” (Fallos: 328:1652 y sus citas, voto del juez Maqueda). La segunda, recordando que este Tribunal, desde sus primeros pronunciamientos, jamás ha descuidado la esencial autonomía y dignidad de las entidades políticas por cuya voluntad y elección se reunieron los constituyentes argentinos, y ha sentado el postulado axiomático “que la Constitución Federal de la República se adoptó para su gobierno como Nación y no para el gobierno particular de las Provincias, las cuales tienen derecho a regirse por sus propias instituciones es decir, que conservan su soberanía absoluta en todo lo relativo a los poderes no delegados a la Nación_” (Fallos: 329:5814 y sus citas, entre otros) – Considerandos 8 y 9-, “Que, asimismo, esta conclusión se ve corroborada atendiendo a lo previsto en el artículo 126 de la Constitución Nacional que constituye el contrapunto del mencionado artículo 75, inciso 12 y que, cuando enumera lo que las provincias no pueden hacer en materia legislativa significativamente no incluye la prohibición de las provincias de legislar en materia de juicio por jurados. Cabe resaltar que esta constituye la única materia -de las enumeradas como facultades reconocidas al legislador nacional en el artículo 75, inciso 12- que el constituyente no incluyó dentro de las que estaban vedadas a las provincias ejercer en sus respectivos ámbitos territoriales, lo que refuerza con evidencia que las provincias se reservaron esta facultad, es decir, que no fue delegada al Congreso Nacional.”(Considerando 11). CSJN, “Canales”, citado.

²³⁰ Ha tenido consagración normativa en la provincia de Córdoba.

²³¹ MAIER, Julio B., *Derecho procesal penal-Fundamentos*, op. cit. p. 789.

deciden, en soledad, sobre la existencia del hecho y la culpabilidad del acusado, en base a pruebas legalmente incorporadas que son apreciadas de acuerdo a su leal saber y entender, su íntimo parecer.

La característica propia de la inexpressión de los fundamentos, que supone la valoración probatoria por íntima convicción, paradójicamente, sustentó la resistencia más acentuada y recurrente de la doctrina a la implementación de un diseño de jurado de tipo anglosajón. Básicamente, esta corriente opositora considera que, la ausencia de motivación expresa del veredicto conlleva la restricción al derecho de recurrir una sentencia condenatoria.

Dicho razonamiento se funda en que, si bien, la reforma constitucional del año 1994, por una parte, mantuvo inalterable los preceptos que instauran el juicio por jurados -sin condicionar expresamente el tipo de sistema que debe adoptarse-; por la otra, incorporó con jerarquía constitucional una serie de instrumentos de derechos humanos que provocaron un impacto gravitante en la estructura del sistema constitucional argentino, propagando sus efectos interpretativos a otras normas de igual e inferior jerarquía.

De esta manera, se han reafirmado y especificado ciertos derechos y garantías que estaban establecidos explícita e implícitamente y se han contemplado muchos otros que no tenían acogida en nuestra carta magna.

Así es que, de una interpretación sistemática y armónica de las normas jurídicas involucradas, surge que el derecho de defensa en juicio ha sido dotado de mayor consistencia, y en su tutela, se requiere la motivación de toda sentencia judicial, más aún, si se trata de aquellas que imponen una pena al imputado.

Entonces, la puesta en relación de estas dos variables -obligación constitucional de instaurar el juicio por jurados y el deber de fundamentación en toda sentencia válida-, genera los siguientes interrogantes ¿La exigencia constitucional de fundamentación de sentencias es solo exigible a los jueces técnicos? Si así no lo fuera, ¿el sistema de valoración probatoria utilizado por los jurados para resolver en su veredicto sobre la existencia del hecho y la participación del imputado en cuanto no expresa motivos, acata el deber de fundamentación de las sentencias consagrado constitucionalmente? Luego, ¿La inexpressión de motivos restringe la amplitud recursiva garantizada convencionalmente?

Durante años, la doctrina se ha ocupado de profundizar sus argumentos para dar respuesta a los cuestionamientos reseñados. Recientemente fue la Corte Suprema de

Justicia de la Nación, quien debió expedirse sobre estos puntos, resolviendo un caso llegado a su conocimiento, que involucraba un jurado de tipo clásico, en pleno funcionamiento.

En ese marco, interesa resaltar como cuestión esencial del *leading case* “Canales” que, por primera vez nuestro máximo órgano jurisdiccional, y antes, la Corte Interamericana de Derechos Humanos²³², confirmaron la adecuación constitucional -y convencional- del veredicto inexpressivo -emitido por el jurado anglosajón- con la exigencia de motivación que toda sentencia válida supone.

II. Sistema clásico de enjuiciamiento por jurados.

1. Jurado clásico o anglosajón. Descripción. Distinción con el modelo de jurado mixto o escabinado.

En términos generales, un enjuiciamiento popular supone un modelo procedimental que otorga participación a ciudadanos comunes en la administración de justicia, concretamente, en el acto de sentenciar. Con esa finalidad, se convoca a un grupo de personas, carentes de conocimientos jurídicos, para formar parte de la resolución de un litigio judicial de naturaleza penal.²³³ De manera que, cada jurado es designado para el caso concreto, a los fines de juzgar, por única vez, a quien resultó acusado de haber cometido un hecho ilícito, que por decisión del legislador, se encuentra sometido a un juicio por jurados.

Se dice que es el “(...) proceso judicial por medio del cual un tribunal integrado total o parcialmente por vecinos del pueblo, que no son jueces letrados, decide sobre la culpabilidad o inocencia de un acusado (expidiéndose sobre los hechos en términos de culpabilidad o inocencia) y habilita la aplicación de la ley penal por parte de los órganos estatales competentes.”²³⁴

²³² Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua”, 8/3/2018,

²³³ En nuestro país el juicio por jurados se ha regulado para causas criminales. En otros ordenamientos - como Estados Unidos- los jurados pueden resultar competentes para resolver cuestiones de distinta órbita material, vgr., civil. Recientemente, se ha dado a conocer la intención del Gobernador de Mendoza de implementar jurados civiles en su provincia. <http://www.juicioporjurados.org/search/label/Pcia.%20de%20Mendoza>, consultado el 25/5/2020.

²³⁴ ROSATTI, Horacio “¿Puede el pueblo juzgar? ¿Debe el pueblo juzgar? El dilema de la participación popular en el ejercicio de la función judicial”, publicado el 6/6/2019 en

Si bien existen diferentes tipologías de jurados, podemos distinguir a grandes rasgos y según su composición y modo de deliberación, dos sistemas de jurados. Están aquellos íntegramente populares –en el sentido que ninguno detenta el cargo de juez permanente- que deciden el caso, con absoluta independencia del magistrado director del proceso. Y por el otro lado, los jurados mixtos –compuestos por jueces técnicos y legos- que deliberan y resuelven en sesión conjunta.

Al primer sistema, donde se deslindan claramente las funciones del juez y las del jurado, se lo llama clásico o anglosajón,²³⁵ mientras que al segundo lo denominan mixto o escabinado.²³⁶

Ligeramente, se identificarán las notas esenciales que tipifican cada uno de los modelos enunciados, no obstante, y tal como revela el título que enmarca el desarrollo de este capítulo, el presente trabajo se circunscribe a abordar, en sus propiedades y funcionamiento, el jurado clásico o anglosajón. Ello por cuanto, es el diseño juradista que ha tenido mayor consagración en las regulaciones provinciales de nuestro país y específicamente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, lo ha validado constitucionalmente en el reciente fallo “Canales”.

A su vez, este sistema es preferido en Inglaterra, en los Estados Unidos y otros países del Common Law, Austria, Noruega, Dinamarca, España y Rusia²³⁷. En Argentina

<http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/47725>, consultado el 15/9/2019, p. 1. Con similares términos, ROSATTI, Horacio, “El juicio por Jurados” extraído del *Tratado de Derecho Constitucional*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2011, t. II, Sexta parte, Sección IV, capítulo 1, consultado en <http://www.justiciasantafe.gov>, p. 1

²³⁵ Se dice que en su pureza y por sus orígenes, el jurado clásico está “conformado por doce ciudadanos legos que deliberan ardua y libremente, en secreto y sin intromisiones externas, para arribar a un veredicto acorde a su plural sentido común, en base a la producción de prueba durante la audiencia de debate y con la ayuda de guías jurídico técnicas suministradas por un juez profesional y elaboradas con intervención de las partes.” PENNA, Cristian, “Prejuicios y falsos conocimientos: historia de los cuestionamientos al juicio por jurados en Argentina”, p. 65 disponible en www.saij.gov.ar. Por su parte, Perrachione aporta “(...) que en el sistema de jurado de tipo anglosajón, el tribunal generalmente es unipersonal, y se hace múltiple con el jurado, aunque no colegiado. El jurado y el juez no actúan en colegio como en el sistema escabinado, sino que interactúan en el proceso pero cada uno tiene su independencia respecto del área de su competencia (hechos-derecho).” PERRACHIONE, Mario Claudio “El sistema de jurados instituido en Córdoba es una solución demagógica e inconstitucional que debe ser eliminada”, *Semanario Jurídico N°4*, Comercio y justicia Editores S.A. id. Infojus: DACF000021.

²³⁶ Por esta razón Cafferata Nores identifica al “juicio por jurados” con el sistema clásico y llama “juicio con jurados” al de naturaleza mixta. CAFFERATA NORES, José Ignacio..., *Manual de derecho procesal penal*, op. cit., p. 566/569.

²³⁷ CARAMUTI, Carlos Santiago “El jurado frente a las exigencias constitucionales desmotivación de la sentencia y el derecho al recurso contra la sentencia condenatoria”, LLNOA2006 (abril), 225, AR/DOC/183/2006.

lo receptan los ordenamientos procesales de la provincia de Buenos Aires²³⁸, Neuquén²³⁹, Río Negro²⁴⁰, Chaco²⁴¹, Mendoza²⁴², Entre Ríos²⁴³, Chubut²⁴⁴ y San Juan²⁴⁵.

La provincia de Córdoba, pionera en la implementación del juicio por jurados, ha escogido el modelo escabinado como esquema procedimental de enjuiciamiento por legos, coexistiendo en la actualidad, dos sistemas: uno de tipo facultativo regulado en el Código Procesal Penal –art. 361 y 369-²⁴⁶ y otro, obligatorio, instaurado a partir de la sanción de la Ley 9182 (B.O. 9/11/2004), para determinados delitos²⁴⁷.

El jurado cordobés obligatorio, emite un veredicto limitado a cuestiones de hecho y se resuelven por mayoría de votos. Como nota esencial, la ley obliga al “cuerpo decisor” a fundamentar lógicamente y legalmente su sentencia.

Es decir que, los jurados escabinos forman su convicción a partir de la percepción directa de las pruebas recibidas en el debate, pero la redacción de los argumentos se encuentra a cargo de los jueces técnicos. El presidente del tribunal no emite su voto, salvo en caso de empate, y será el encargado de plasmar por escrito, los argumentos de los jurados populares que no hayan coincidido con la decisión de algunos de los magistrados que votaron en la deliberación. En este sentido se ha dicho que: “(...) la norma impone también a los jurados legos la necesidad de fundamentar sus decisiones, en consonancia con lo exigido en idéntico sentido a los magistrados por la Const. Prov. (art. 155). Para ello les brinda distintas posibilidades, esto es, pueden adherirse a las conclusiones de alguno de los dos jueces técnicos que hubiesen votado en el mismo sentido que ellos (ya sea por la mayoría o la minoría), o en caso de no compartir las soluciones con ninguno de los profesionales cuentan con la colaboración del presidente del tribunal, quien, al

²³⁸Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires (actualizado con leyes N° 14.543 –B.O. 20/11/2013- y 14.589 –B.O. 16/5/2014).

²³⁹Código Procesal Penal para la Provincia de Neuquén (ley N° 2784 –B.O. 13/1/2012).

²⁴⁰ Código Procesal Penal de la Provincia de Río Negro (Leyes 5020 –B.O. 12/1/2015- y 5192), vigente desde el 1/3/2019 y reformado por ley 5413 (B.O. 12/12/2019).

²⁴¹ Ley 2364-B (antes N° 7661) –B.O. 16/9/2015-.

²⁴² Ley 9106 (B.O. 19/10/2018)

²⁴³ Ley 10746 (B.O. 2/12/2019).

²⁴⁴ Ley XV30, B.O. 17/2/2020. Vigencia a partir del 1/1/2021.

²⁴⁵ Ley 1851-0, B.O. 26/12/2018. Suspendida vigencia por art. 5 ley 1993-0, B.O. 8/1/2020.

²⁴⁶ Este sistema de juzgamiento se encuentra vigente desde el año 1998 y admite la posibilidad que, a pedido de partes –Ministerio Público Fiscal, querellante o imputado-, un tribunal se integre con dos jurados para juzgar delitos cuya pena máxima prevista por el legislador sea de quince años de prisión o superior a ella.

²⁴⁷ Los delitos económicos, de corrupción y aquellos que suponen atentados graves sobre la vida de las personas (arts. 80; 124; 142, bis, in fine; 144, tercero, inciso 2° y 165 del C.P.), –delitos aberrantes-deben ser sometidos, obligatoriamente al juzgamiento por jurados.

solo efecto de la redacción de la fundamentación, podrá orientarlos con relación al marco jurídico de sus razones (...).”²⁴⁸

Las características decisorias apuntadas, es lo que, tradicionalmente, ha distinguido el modelo escabinado del jurado de tipo anglosajón. En razón de que, éste último, se trata de un tribunal compuesto, exclusivamente, por ciudadanos comunes que preceden a los jueces profesionales y permanentes en su fallo, y con su voto, autónomamente, deciden en la etapa plenaria del juicio sobre la existencia del hecho y la culpabilidad del acusado, en base a pruebas legalmente incorporadas que son apreciadas de acuerdo a su leal saber y entender, su íntimo parecer, y por lo tanto no explicitan los motivos de su resolución.²⁴⁹

Ahora bien, el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba con fecha 8 de mayo de 2017 dictó el Acuerdo N° 260, Serie “A”, por el cual dividió en dos etapas la deliberación en los juicios con jurados escabinos. Según el art. 9 de dicha acordada, clausurado el debate el presidente del Tribunal dará al cuerpo de jurados las instrucciones técnicas necesarias tendientes a asegurar la correcta deliberación. Acto seguido, los ocho ciudadanos legos pasarán a deliberar “a solas”, sin perjuicio de las consultas técnicas que surjan durante la misma y que deberá evacuar el presidente del tribunal. Una vez que los jurados hayan arribado a una conclusión, se integrarán en una segunda fase con los jueces técnicos para finalizar la deliberación y así establecer la culpabilidad o la inocencia del acusado.

Esta nueva modalidad de votación solitaria de los legos en la primera etapa de la deliberación, en base a instrucciones técnicas previas, ha llevado a afirmar que el jurado escabinado cordobés se ha convertido, prácticamente, en uno de tipo clásico.²⁵⁰

²⁴⁸ ZURUETA Federico, “El juicio por jurados y su declaración de inconstitucionalidad”, LNC 2006-9-832, Abeledo Perrot N°: 0003/70025908-1 p. 6 y 7.

²⁴⁹ Ares brinda otra definición y dice que “Llamamos jurado anglosajón clásico o puro a aquel tribunal constituido por ciudadanos sin preparación en derecho –generalmente doce- que, presididos por un juez letrado y permanente que los instruye en el desempeño de sus funciones, deciden en un juicio oral y público si el acusado es culpable o no culpable (guilty or not guilty) de los cargos que se le endilgan, correspondiendo, en la mayoría de los casos, al magistrado técnico la individualización del derecho aplicable (calificación y pena).” ARES, José Luis, “Juicio por jurados. Incompatibilidad constitucional del modelo anglosajón puro por la carencia de motivación del veredicto”, Ponencia presentada en el XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, desarrollado del 22 al 24 de setiembre de 2005 en la ciudad de Mendoza, publicado en *Pensamiento Penal del Sur –Publicación del Área Penal de las Facultades de Derecho de las Universidades Nacionales del Comahue del Sur y de la Pampa-*, 2006/II, FJD, p. 185/6.

²⁵⁰ Afirmación efectuada en la página web de la Asociación Argentina de Juicio por Jurados, www.juicioporjurados.org/p/legislación.html, consultada el 22/5/2020.

2. La decisión del jurado: El veredicto. Objeto e importancia.

El rol del jurado clásico en un proceso penal, se circunscribe a emitir un pronunciamiento, llamado veredicto, cuyo objeto es decidir, concretamente, sobre la existencia material del hecho que sustenta la acusación y la participación punible del imputado en aquél.²⁵¹

La autoridad del fallo dictado por el jurado, se sustenta en su condición de ciudadano, y particularmente, en las mayorías requeridas para arribar a una decisión que compromete al encausado. En palabras de Cafferata Nores: “La seguridad del veredicto (y de la justicia del caso) se expresa a través del número de integrantes del *jury* (doce miembros) y la mayoría calificada (cuando no, unanimidad) que se exige para legitimarlo”.²⁵²

²⁵¹ El Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires en su artículo 371 quáter: (texto según Ley 14543) establece expresamente que el veredicto debe versar sobre ese contenido. En sentido similar lo prevén, el art. 207 del Código Procesal Penal de Neuquén –ley 2784-, art. 202 del Código Procesal Penal de Río Negro –Ley 5020- y art. 33 de la Ley 9106 de Mendoza. Por su parte, la ley de juicio penal por jurados de Chaco (N° 2364-B –antes Ley 7661) establece en su art. 6 que la función del jurado es deliberar sobre la prueba y determinar la culpabilidad o la no culpabilidad del acusado en relación al hecho o hechos y al delito o grado del mismo por el cual éste debe responder. Del mismo modo, los ordenamientos legales de Entre Ríos (art. 6), Chubut (art. 5) y San Juan (arts. 459 y 489). En base a ello, hay quienes sostienen que “Hay que distinguir entre veredicto y sentencia (...) el veredicto (determinación de los hechos del caso según la ley explicada por el juez) es competencia del jurado; la sentencia (cuestiones de derecho) es competencia plena del juez profesional”. HARFUCH, Andrés “La fundamentación del fallo en el sistema de jurado clásico”, en segunda jornada del encuentro de la Defensa Pública de la provincia de Buenos Aires, llevado a cabo en la ciudad de Mar del Plata los días 13 y 14 de octubre de 2011.

²⁵² CAFFERATA NORES, José Ignacio (...), *Manual de derecho procesal penal*, op.cit., p. 566/567. Algunas legislaciones exigen la unanimidad para la toma de decisiones en todos los casos (Chaco, Mendoza, Entre Ríos). En otras, se aceptan veredictos válidos con diez votos afirmativos si no hay acuerdo unánime (Chubut y Río Negro). San Juan y Neuquén adoptan sistemas de mayorías calificadas. En la provincia de Buenos Aires el veredicto de culpabilidad requiere unanimidad para penas de prisión perpetua y en los demás casos, como mínimo de diez (10) votos afirmativos. Tal es la importancia que tiene lograr un acuerdo en la deliberación, que se prevé un procedimiento para declarar que un jurado se ha estancado cuando no se obtienen las mayorías requeridas. Así, el artículo 371 quater del Cod. Proc. Penal de la prov. de Buenos Aires, determina que se debatirá y votará nuevamente la cuestión hasta tres (3) veces. De mantenerse la situación, el veredicto será de no culpabilidad, salvo que se hubieran obtenido más de ocho (8) votos afirmativos, en cuyo caso el jurado se declarará estancado, y el presidente hará saber tal circunstancia al secretario. El juez convocará inmediatamente al jurado a la sala de audiencia. Una vez presentes todas las partes, el o los imputados y la totalidad del jurado, el juez comunicará que el jurado se declaró estancado, y le preguntará al fiscal si habrá de continuar con el ejercicio de la acusación. En caso negativo, el juez absolverá al acusado, salvo que el ofendido constituido en particular damnificado sostenga la acusación que hubiere formulado el fiscal. En caso afirmativo, el jurado volverá a deliberar y votar las cuestiones. Si el jurado continuase estancado, se procederá a su disolución, y se dispondrá la realización del juicio con otro jurado. Si el nuevo jurado también se declarase estancado, el veredicto será de no culpabilidad. El ordenamiento chaqueño exige unanimidad en la toma de decisiones (art. 86) y también prevé un sistema de estancamiento (art. 87), al igual que la ley N° 9106 de la provincia de Mendoza (arts.33 y 34) y Entre Ríos (art. 86 y 87 de la ley10746). A su vez también receptan la posibilidad de realizar un nuevo juicio por estancamiento los regímenes legales de jurados previstos para

Al respecto, nuestro máximo tribunal nacional en el fallo “Canales”, dejó en claro que no existía en nuestro país, mandato constitucional que imponga a los jurados populares, un número determinado de votos para afirmar la culpabilidad de un imputado, distinguiéndolo así, de la exigencia de dos tercios de votos que sí se estableció atribuir responsabilidad en el marco del procedimiento de juicio político.

Ratificó la constitucionalidad de aquellos sistemas que adoptaron mayorías calificadas –y no unanimidad-, en la idea que, la mera existencia de votos disidentes del jurado no compromete derechos garantizados en nuestro sistema judicial, como la igualdad ante la ley y el derecho de defensa en juicio.²⁵³

A su vez, para que el acto resolutorio despliegue toda su eficacia debe haberse adoptado en un marco de independencia, confidencialidad y secreto, incluso respecto del magistrado técnico que dirige el debate. Por ello, una de las características definitorias del jurado anglosajón es su soberanía e independencia para decidir –regla de secreto y prohibición de presiones externas-²⁵⁴

Chubut (art. 83) y San Juan (art. 490), no así las provincias de Neuquén y Río Negro en las que, en caso de no arribar a las mayorías previstas debe dictarse, sin más, un veredicto de no culpabilidad.

²⁵³ En el precedente “Canales” la parte recurrente cuestionó la mayoría especial aceptada por el legislador neuquino para dictar veredictos de culpabilidad (mínimo de 8 sobre 12), por violación del estado jurídico de inocencia y el principio de igualdad ante la ley. Al respecto la Corte Suprema de Justicia refirió: “18) Que, por otra parte, la coexistencia del artículo 207 del Código de Procedimiento Penal de la Provincia del Neuquén con las disposiciones legales de otras provincias argentinas que exigen mayorías distintas -o unanimidad- para convalidar los veredictos de culpabilidad no vulnera el principio de igualdad ante la ley previsto en el artículo 16 de la Constitución Nacional. En el caso concreto, las diferencias que existen entre este aspecto de la reglamentación neuquina del juicio por jurados -mayoría- en relación con las disposiciones de otras jurisdicciones, no alcanzan a configurar un supuesto de asimetría tal que permita considerar vulnerado el principio constitucional de igualdad ante la ley o socavada la unidad en materia penal que impera en todo el país por la vigencia de un único código de fondo. En este sentido, al valorar el punto no debe soslayarse que las distintas regulaciones procesales dentro de las respectivas jurisdicciones de la Nación y las provincias son consecuencia directa del sistema federal adoptado por la Constitución Nacional, de modo tal que la función más importante de la Corte Suprema consiste en interpretar la Constitución de manera tal que el ejercicio de la autoridad nacional y provincial se desenvuelva armoniosamente, evitando interferencias o roces susceptibles de acrecentar los poderes del gobierno central en detrimento de las facultades provinciales y viceversa (Fallos: 306:1883 y 335:1794).(…) la unanimidad del veredicto sea una exigencia impuesta por la Constitución Federal, determinaría la anulación del federalismo que permite a las provincias darse sus propias instituciones y regular lo atinente a su composición y funcionamiento (artículos 122 y 123).” –Considerandos 18-. Sobre este punto piensa diferente DAVIES, Maximiliano, en su artículo de este libro titulado “*El juicio por jurados y los requisitos exigidos para el dictado del veredicto de culpabilidad ante el principio de igualdad*”.

²⁵⁴ El código procesal de Buenos Aires obliga a los miembros del jurado a denunciar ante el juez, por escrito, a través del presidente, cualquier tipo de presiones, influencias o inducciones que hubiesen recibido para emitir su voto en un sentido determinado. Si las circunstancias del caso así lo requieren, de oficio o a pedido de parte, el juez podrá disponer que los miembros integrantes del Jurado y los suplentes no mantengan contacto con terceros ni con medios de comunicación masivos durante todo el desarrollo del juicio, disponiendo excepcionalmente -en su caso- el alojamiento en lugares adecuados a cargo del Estado Provincial. Asimismo, este cuerpo legal establece expresamente el deber de mantener absoluta reserva de la opinión y forma en que han votado los jurados (art. 371 quater, punto 4 y 5). En el mismo

Luego, de conformidad a los términos del veredicto logrado en la deliberación, se declara culpable o no culpable a cada uno de los imputados. El presidente del jurado es el encargado de leer, en presencia de las partes, la decisión y con ello finaliza la intervención de los legos.

Como puede apreciarse, la función del jurado que parecería simple si la redujéramos a la sola emisión de un sufragio, tiene consecuencias trascendentales en el destino del juicio y especialmente en la situación procesal del acusado. Es que, esta parte resolutive no solo forma parte de la sentencia que se dicta, sino que precede y condiciona las cuestiones que deben decidir los jueces profesionales y permanentes de la administración de justicia estatal. Tal es así que, en el caso de un veredicto de no culpabilidad, queda vedado el uso del poder penal, y no se autoriza al acusador solicitar la revisión de esa decisión.²⁵⁵

Maier reparó en el valor que detenta el pronunciamiento de los ciudadanos comunes en el modelo de enjuiciamiento por jurados clásico y dijo “(...) En este sistema, el derecho penal, para su aplicación efectiva (condena), precisa de la autorización que le brinda eventualmente el veredicto de los jurados, de la aquiescencia unánime de los ciudadanos que participan accidentalmente en la administración de justicia penal. Políticamente, la institución construye un sistema de administración de justicia en el cual los ciudadanos, mediante su decisión (veredicto) resuelven -en primer término- sobre la existencia de un comportamiento y su aprobación o desaprobación social y legal, decisión con la que impiden o permiten a los jueces profesionales y permanentes -órganos judiciales burocráticos del Estado- el uso del Derecho penal, conforme a la ley y con los límites establecidos por ella.”²⁵⁶

sentido, arts. 208 y 209 del código procesal de Neuquén, arts. 203 y 204 del código procesal de Río Negro, arts. 66 y 90 de la ley de Chaco, arts. 35 y 36 de la ley mendocina, arts. 41 y 58 de la ley XV 30 de Chubut, arts. 66 y 90 de la ley entrerriana, y arts. 492 y 493 del Cód. Proc. Penal de San Juan.

²⁵⁵ Incluso, en el ordenamiento procesal de Neuquén (art. 202) se instrumentó un juicio en dos fases. En la primera etapa, trata todo lo relativo a la existencia del hecho y la responsabilidad penal del acusado. Solo cuando hay veredicto de culpabilidad tiene lugar una segunda etapa, con la exclusiva intervención de un juez profesional, se determina la calificación jurídica y las consecuencias del injusto penal. De otro modo, si se dicta un veredicto de no culpabilidad, sin más, se ordena la inmediata libertad del imputado y la cesación de las restricciones impuestas, o la aplicación de las medidas de seguridad resueltas oportunamente y esta decisión es irrecurrible. En los Códigos procesales de Río Negro (art. 197) y San Juan (art. 481), también se desdobra la realización del juicio, sin embargo, en la primera fase prevén el tratamiento de la calificación legal.

²⁵⁶ MAIER, Julio B. “El juicio por jurados”, *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. 1ra. edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2009, p.1025.

De todos modos, vale decir que las atribuciones independientes de los jurados populares respecto del juez técnico no deben llevar a suponer que los primeros sustituyen a los segundos en su función de juzgar. Cada uno en su rol, es irremplazable. La Corte Suprema reparó en este aspecto al decir: “Que, en definitiva, el juicio por jurados es una alternativa que permite conjugar la 'precisión' propia del saber técnico con la 'apreciación' propia del saber popular, congregando la garantía inherente al debido proceso y la percepción de la realidad propia de una decisión basada en el sentido común. En concreto, los representantes del saber técnico se encargan de controlar que el camino hacia la decisión se encuentre balizado conforme a reglas procesales previas y precisas (debido proceso adjetivo); y los representantes de la opinión popular se encargan de construir una conclusión prudencial sobre la base del sentido común (debido proceso sustantivo).”²⁵⁷

Dicho esto, y advertida la misión asignada al veredicto, como acto de decisión, en adelante me detengo a estudiar el mecanismo por el cual los legos arriban a la solución del hecho y en su caso, a la participación responsable del inculpado.

3. Sistema de valoración probatoria del jurado: Íntima convicción. Descripción conceptual.

El jurado, como todo órgano decisor, debe basar su solución en las pruebas producidas en el juicio plenario. Pues, precisamente, la función de la evidencia es confirmar o desvirtuar una hipótesis acusatoria precedente. Aún más, en el modelo de proceso de tipo acusatorio presenta una relevancia sustancial, sólo la prueba -objetiva y legalmente incorporada- en contrario, es capaz de destruir el estado jurídico de inocencia.

Ahora bien, aclárese que la evidencia por sí misma, no produce efecto alguno en el proceso. Para que la misma, alcance resultado gravitante, requiere de la intervención intelectual de los operadores jurídicos, que, en sus distintos roles, aprecian críticamente esos datos obtenidos en el debate, interrelacionándolos para sustentar o desvirtuar los presupuestos fácticos que dieron base a la imputación.

La valoración, así concebida, representa uno de los tres momentos que tradicionalmente caracterizan la compleja actividad probatoria de un juicio (producción,

²⁵⁷ Fallo “Canales” cit. (considerando 20).

recepción y valuación) y tiene por objeto establecer la eficacia o valor convictivo que le serán asignados a los elementos de prueba incorporados a él.

Es preciso señalar, que en orden a los distintos sistemas de valoración probatoria no existe una clasificación pacífica en la doctrina. Algunos consideran que son tres²⁵⁸ y otros, agrupan la sana crítica racional y la íntima convicción como métodos de apreciación libre, por oposición al modelo de prueba tasada.²⁵⁹

En lo que aquí respecta, cuando los autores hablan de la íntima convicción necesariamente la vinculan con la institución de jurados.²⁶⁰ A su vez, los ordenamientos procesales receptan de manera positiva este método de apreciación de pruebas en los jurados populares.

Para entenderlo hay quienes pretenden dotar a la íntima convicción de un contenido preciso, y profundizan en el modo por el que se adquiere el saber que sustenta su juicio valorativo. Lo hacen, contraponiendo este sistema, con el de la sana crítica racional²⁶¹ o también, describiendo la intuición como método directo de conocimiento.²⁶²

²⁵⁸ Vélez Mariconde los enumera en prueba legal, íntima convicción y libre convicción o sana crítica. VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Estudios de Derecho Procesal Penal*, Imprenta de la Universidad Córdoba, 1956, t. I, p. 293/4. A su vez, este autor identifica conceptualmente la sana crítica racional y la libre convicción razonada. En su acepción genérica, la libre convicción significa que el juez puede valorar libremente todos los elementos probatorios legalmente incorporados al proceso. En tanto que, la sana crítica racional es el conjunto de reglas que proporcionan la lógica, la experiencia común y la psicología para el análisis crítico del material probatorio, al momento de dictarse una resolución jurisdiccional.

²⁵⁹ En el sistema tasado, el legislador de antemano determina el valor de cada uno de los elementos probatorios como así también las condiciones a partir de las cuales ciertos hechos pueden considerarse probados. Dice Abalos que “Al juez se le permite apreciar libremente la prueba, pero aunque él esté convencido por ese análisis libre, la prueba tarifada le obliga a dictar sentencia conforme al valor que la ley le ha asignado a cada uno de esos medios. La voluntad de la ley suple la voluntad del juzgador.” ABALOS, Raúl Washington, *Derecho Procesal Penal*, op. cit., p. 399 y 400.

²⁶⁰ VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Estudios de Derecho Procesal Penal*, op. cit., p. 298/299, BILINSKI, Mariana “Cada vez más cerca de la implementación del sistema de enjuiciamiento penal con jurados” en new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files.../procesos01.pdf, ABALOS, Raúl Washington, *Derecho Procesal Penal*, op. cit., p. 401/402, CHAIA Rubén A., *La prueba en el proceso penal*, 1ra. edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2010, p. 142/142, JAUCHEN Eduardo, *Tratado de derecho procesal penal*, 1ra. edición, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2012, p. 716/717.

²⁶¹ La íntima convicción se funda en el sentido común y lógico de un ciudadano medio mientras que la sana crítica racional implica una valoración conforme a principios inspirados en la psicología, la experiencia común y las reglas de la lógica y del recto conocimiento humano. Abalos explica que el método de sana crítica consiste en “que la ley no impone normas generales para acreditar algunos hechos delictivos (como las relativas al cuerpo del delito) ni determina abstractamente el valor de las pruebas, sino que deja al juzgador en libertad para admitir toda prueba que estime útil al esclarecimiento de la verdad (en principio, todo se puede probar y por cualquier medio), y para apreciarla conforme a las reglas de la lógica, de la psicología y de la experiencia común”. En definitiva, valorar racionalmente implica libertad para la apreciación pero sometido a determinadas reglas del correcto pensamiento humano con más la exigencia de motivar la decisión jurisdiccional bajo pena de nulidad”. ABALOS, Raúl Washington, *Derecho Procesal Penal*, 1era. edición, Tomo II, Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1993, p. 404. De igual modo, JAUCHEN Eduardo, *Tratado de derecho procesal penal*, op. cit. p. 718, CHAIA Rubén A., *La prueba en el proceso penal*, op. cit. p. 152/154 y otros. En contra, Largiguet

Sin embargo, en materia de jurados populares, los autores centran la descripción del método de valoración probatoria basado en la íntima convicción en función de una característica que le es propia, la inexpresión. Bilinski, dice al respecto que se trata de la sana crítica racional sin exteriorización, y ello se debe a que los legos no cuentan con las herramientas técnicas para poner en palabras las razones de su decisión.²⁶³

En este sendero, el artículo 210 del Código Procesal Penal de la ciudad de Buenos Aires –ordenamiento que regula el juicio por jurados de tipo clásico–, establece que “Para la valoración de la prueba sólo se exige la expresión de la convicción sincera sobre la verdad de los hechos juzgados, con desarrollo escrito de las razones que llevan a aquella convicción. Esta regla rige para cualquier etapa o grado de los procedimientos, salvo el caso del juicio por jurados en el que rige la íntima convicción”.²⁶⁴

muestra enfáticamente su desconcierto respecto al tema de que los legos basan sus decisiones judiciales en su leal saber y entender, mientras que los jueces profesionales lo hacen con la sana crítica racional y dice “(...) en los debates se deja implícita o sugerida la diferencia real entre la “sana crítica racional” y la “íntima convicción”; más, sin embargo, no queda claro cuál es esta diferencia. Cuando los abogados quieren explicar en qué consiste la sana crítica racional, apelan a la idea de que una sentencia debe fundarse en las “leyes de la lógica, de la experiencia y la psicología”. Por supuesto, que así presentada la cuestión, la expresión “sana crítica racional” no es más que una *fórmula vacía*, hasta que no se expliciten todas las leyes lógicas, psicológicas y experienciales que formarían el catálogo crítico (...) Creo que si uno reconstruye las intuiciones de aquellos que preconizan la necesidad de distinguir la sana crítica racional respecto de la íntima convicción, la diferencia básica estribaría en que la primera forma de razonamiento es deductiva y por tanto concluyente. La segunda es inductiva y por tanto no concluyente. En este último caso, significa que hay algunas premisas que faltan para fundar una deducción, pero sí hay premisas suficientes para sostener que el hecho ha ocurrido –en tal o cual sentido– con cierto “grado de probabilidad” que dependerá del número de pruebas aportadas, del grado de confiabilidad que ellas despiertan, de la coherencia entre éstas, etcétera.” LARIGUET, Guillermo, “El debate sobre el juicio por jurado en el fuero penal de Córdoba y el problema de la fundamentación lógica y legal de las sentencias”, *Pensamiento penal y criminológico. Revista de derecho penal integrado*, Mediterránea, Año V-Nº9-2004, p. 140/141.

²⁶² Sin pretender agotar todos los postulantes de esta corriente cito a Obligado quien recurre a las enseñanzas de Manuel García Morente para explicar que “ (...) discurso, discurrir, conocimiento discursivo es, pues, un conocimiento que llega al término apetecido mediante una serie de esfuerzos sucesivos que consisten en ir fijando, por aproximación sucesiva, unas tesis que luego son contradichas, discutidas por uno consigo mismo, mejoradas, sustituidas por otras nuevas tesis o afirmaciones, y así hasta llegar a abrazar por completo la realidad del objeto y por consiguiente obtener, de esta manera el concepto. El método discursivo es, pues, esencialmente un método indirecto. La intuición consiste exactamente en lo contrario. Consiste en un acto único del espíritu que de pronto, súbitamente, se lanza sobre el objeto, lo aprehende, lo fija, lo determina por una sola visión del alma. Por eso la palabra intuición tiene que ver con la palabra intuir, la cual, a su vez, en latín significa ver. Intuición vale tanto como visión, como contemplación. El carácter más aparente del método de la intuición es el ser directo, mientras que el método discursivo es indirecto. La intuición va directamente al objeto y se obtiene un conocimiento inmediato”. OBLIGADO, Daniel, “El juicio por jurados: El veredicto”, La LEY 1998-B, 1169, AR/DOC/20362/2001 con cita de GARCÍA MORENTE, Manuel “Lecciones preliminares de filosofía”, Universidad Nacional de Tucumán, Facultad de Filosofía y Letras, Losada S.A., Buenos Aires, 1948, p. 32 y ss.

²⁶³ BILINSKI, Mariana “Cada vez más cerca de la implementación del sistema de enjuiciamiento penal con jurados” op. cit. p.5

²⁶⁴ En el mismo sentido, lo receptan otras provincias. Véase art. 21 de la ley 2784 y art. 24 de la ley 9106. Incluso la ley Chaqueña de jurados, en su art. 7, precisa que el veredicto al que arriban los jurados de acuerdo a la prueba producida en el juicio se rinde sin expresión de los motivos de su decisión (ley N°

Cabe adelantar que esa inexpressión del jurado no lo convierte en soberano de sus actos. Su decisión, al igual que la adoptada por la magistratura se encuentra supeditada a la prueba producida en el debate y su convicción debe apoyarse en esos elementos acreditantes, valorados conforme al sentido común de un ciudadano medio.²⁶⁵ Insisto, en la íntima convicción -propia del juicio por jurados- interesa particularmente la apreciación de la prueba por parte del decisor y como se verá más adelante éste es el argumento por el cual los juradistas clásicos afirman que los veredictos del sistema anglosajón son motivados, aun cuando no se exteriorizan sus razones.²⁶⁶

Ya lo aclaró la CIDH al afirmar que “La íntima convicción no es un criterio arbitrario”.²⁶⁷ En este punto es preciso detenerse, pues, nuestra CSJN en el fallo “Canales”, evocando el *leading case* de la CIDH (“Nicaragua”), ha dejado establecido que, el concreto el mecanismo de razonamiento interno que utilizan los jurados para decidir, no resulta distinguible del que realizan los jueces técnicos, solo que no lo expresan.

Esta afirmación ha sido claramente explicada por los tribunales supremos y sustentada en el proceso lógico interno que requiere la prueba de los hechos, al decir que: " En definitiva, cualquier tribunal (técnico o popular) debe reconstruir un hecho pasado, para lo cual utiliza la lógica metodológica que es común a cualquier persona, pues no depende de que tenga o no formación o entrenamiento jurídico. Toda persona que debe reconstruir un hecho del pasado, consciente o inconscientemente, emplea el método histórico, o sea, en un primer paso delimita las pruebas que tendrá en cuenta (heurística); a continuación, valora si esas pruebas no son materialmente falsas (crítica externa); luego valora la verosimilitud del contenido de las pruebas (crítica interna) y,

2364-B (antes Ley 7661)). Este dispositivo concuerda con los arts. 6 de ley XV30 de Chubut, y 7 de la ley entrerriana.

²⁶⁵ Frondizi-Daudet al decir que“(…) para los jurados, la afirmación basada en la íntima convicción reemplaza a la prueba” confunden este enjuiciamiento con el jurado de la República Romana en donde el íntimo convencimiento reinaba de manera absoluta y se resolvía sin requerir análisis alguno de la prueba producida. FRONDIZI, Román Julio – DAUDET María Gabriela, *Garantías y eficacia en la prueba penal*, La plata (Buenos Aires), Librería editora Platense SRL, 2000, p. 65.

²⁶⁶ En este sentido, Vélez Mariconde nos decía “Es un error creer, en efecto que para formar su íntima convicción, el jurado puede adherir a impresiones sentimentales y superficiales, y que no tenga necesidad de entregarse a un análisis atento y razonado de los hechos y de las circunstancias de la causa. La libre convicción o certeza moral significa una sola y misma cosa: la exclusión de la certeza o prueba legal, es decir, la exclusión de un sistema de criterios artificiales destinados a medir, anticipadamente, el valor de cada elemento de prueba. Pero el jurado no debe juzgar por sentimiento o por vagas impresiones: debe formar su convicción por un trabajo de reflexión y de conciencia, y someterse él mismo a las reglas de la lógica y de la dialéctica naturales.” VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Estudios de Derecho Procesal Penal*, op.cit., p. 298/299.

²⁶⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua”, 8/3/2018, apartado 262.

finalmente, llega a la síntesis. Quien valora el veredicto de un jurado, necesariamente debe reconstruir este camino, no bastando para descartarlo cualquier criterio diferente acerca de las críticas. Para descartar el veredicto de un jurado debe verificarse que la síntesis se aparte directamente de la lógica metodológica histórica antes referida, que es lo que sucede en el caso²⁶⁸

De manera que, si el método lógico de reconstrucción del hecho empleado por jueces técnicos y legos para valorar la prueba es el mismo, solo resta reconocer una característica propia que tipifica y distingue al sistema de la íntima convicción: la ausencia de exteriorización de ese procedimiento lógico histórico de apreciación de pruebas.

En definitiva, desde una perspectiva descriptiva y conclusiva, puedo afirmar, que la nota esencial que define y distingue la íntima convicción como método de valoración probatoria utilizado por el jurado de tipo anglosajón, es la ausencia de la explicitación del examen crítico efectuado sobre la evidencia.

III.El deber de fundamentación en la sentencia penal.

1. La fundamentación como garantía de una sentencia válida. Régimen normativo.

La exigencia constitucional de fundamentar las sentencias, en nuestro sistema jurídico, ha sido sustentada en los arts. 18, 1 y 33 de la ley suprema. A su vez, el precepto 75 inc. 22, le confiere a esta garantía el carácter de convencional, con el alcance fijado en los arts. 8.1 y 8. 2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 14.1 y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.²⁶⁹

Este mandato, orientado a los sujetos que tienen el poder de juzgar, obedece a razones estrictamente jurídicas, inviolabilidad de la defensa en juicio y debido proceso; pero también políticas, en resguardo de la vigencia del sistema republicano de gobierno,

²⁶⁸ CSJN en fallo “Canales” con cita de CIDH en caso “V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua”, ya citado, párrafos 259 y 262.

²⁶⁹ El art. 18 prescribe que “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo *fundado* en ley anterior al hecho del proceso (...) Es inviolable la defensa en juicio de la persona y sus derechos”, el art. 1 describe la forma republicana de gobierno y el art. 33 regula que “las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”. Como garantías judiciales, el Pacto San José de Costa Rica establece que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías, por un juez o tribunal competente (art. 8.1) y a recurrir el fallo condenatorio ante un juez o tribunal superior (art. 8.2.h). De igual modo lo receptan los arts. 14.1 y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

que en el ámbito jurisdiccional supone la publicidad de los actos y la responsabilidad de los funcionarios que los practican. Se dice que, la adecuada motivación del decisorio constituye una fundamental garantía de las innominadas por la Constitución Nacional (art. 33).²⁷⁰

Aún más, con la reforma a la ley suprema del año 1994 y la consecuente incorporación de los tratados con jerarquía constitucional al derecho interno, ciertos derechos se han visto precisados, otorgándole un expreso alcance y contenido a los principios jurídicos y políticos que los integran. En ese marco, se ha establecido, concretamente, que toda persona declarada culpable de un delito tiene derecho a que el fallo en contrario y la pena sea sometido a un tribunal superior.

Incluso, en favor de la fundamentación como obligación constitucional, los autores recurren al preámbulo de nuestra carta magna, en la idea que, como herramienta interpretativa necesaria e insoslayable, expresa auténticamente el alma del texto constitucional. Bajo ese sustento, derivan, el deber de dar a conocer los motivos por los que se condena o absuelve a una persona que ha sido acusada, del propósito de “afianzar la justicia”, “consolidar la paz interior” y “asegurar los beneficios de la libertad”.²⁷¹

En la órbita local, los constituyentes de la provincia de Córdoba, reconocieron la necesidad de contar con los argumentos judiciales de los magistrados e impusieron el deber de resolver con fundamentación lógica y legal (art. 155 de la Constitución Provincial).

Se habla también de la costumbre *secundum legem* de fundar los fallos, generada a partir del comportamiento constante y uniforme de los tribunales en ese sentido.²⁷² En

²⁷⁰ “La Constitución Nacional no exige en forma expresa que las decisiones jurisdiccionales deban ser motivadas. Sin embargo, “la fundamentación constituye un requisito insoslayable para el aseguramiento de la racionalización del poder, extremo básico dentro del modelo republicano (art. 33, CN).” JAUCHEN Eduardo, *Tratado de derecho procesal penal*, 1ra. edición, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2012, Tomo II, p. 18/20. Gualda nos enseña que “La tendencia motivacionista de la sentencia cobra impulso a partir de la Revolución Francesa y de la Constitución de 1793. Como es esencia del Régimen republicano que el Tribunal ejerza la jurisdicción por delegación de la soberanía popular, el pueblo tiene derecho a controlar los actos del Tribunal, y para ello, a conocer en virtud de qué motivo dicta la sentencia. La motivación es por ello garantía para los habitantes y factor de fiscalización, incluso política, del tribunal. En ningún Estado (republicano o no), el tribunal ejerce jurisdicción por derecho propio, sino que recibe el poder de juzgar de una única fuente (la Constitución) y de una autoridad (Estado). Por lo tanto, el tribunal siempre debe ser responsable ante la Constitución y ante el Estado, y para efectivizar tal principio de responsabilidad, es sensato exigir que aclare el porqué de sus fallos.” GUALDA Raúl A., “El juicio por jurados. Fundamentación y motivación de la sentencia”, *Semanario Jurídico* N° 1481 (27), Octubre 2004.

²⁷¹ ARES, José Luis, “Juicio por jurados. Incompatibilidad constitucional del modelo anglosajón puro por la carencia de motivación del veredicto”, op. cit. p. 192/3 con cita de LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de Interpretación Constitucional*, Abeledo-Perrot, 1998, p. 745.

²⁷² ARES, José Luis, “Juicio por jurados. Incompatibilidad constitucional del modelo anglosajón puro por la carencia de motivación del veredicto”, op. cit., p. 189.

esta línea, cabe referir que la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal nacional y constitucional reclama que las decisiones judiciales tengan fundamentos jurídicos serios, que suministren razones suficientes y racionales en sus conclusiones. Se procura que la sentencia sea una derivación razonada del derecho vigente, aplicado a las circunstancias probadas de la causa. Ello se logra, con la explicitación clara y suficiente de las inferencias lógicas que dieron por acreditados los hechos y la responsabilidad del imputado. La trascendencia de la fundamentación fáctica es revelada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto desestima decisiones jurisdiccionales que provienen del mero arbitrio judicial.²⁷³

En definitiva, es incuestionable, como dogma elemental del modelo procesal constitucional argentino que las sentencias judiciales requieren ser motivadas para no ser invalidadas.²⁷⁴

Remarco, entonces, que la ausencia de argumentos priva al acto jurisdiccional de todo su valor. En este sentido, Douglas Price recordando a Olsen Ghirardi dice que “el principio de que toda sentencia debe ser fundada, so pena de nulidad, es un principio que ha logrado afirmarse en casi todos los sistemas de Derecho contemporáneo (...)”²⁷⁵.

En consonancia con lo afirmado, la mayoría de los códigos procesales penales modernos, incluyen en sus normas esta exigencia. A nivel nacional, la norma ritual que todavía rige el proceso penal, recepta la obligación de fundar las sentencias bajo pena de nulidad (arts. 399 y 123) y prevé expresamente la ineficacia procesal de la resolución definitiva que carezca de motivación (art. 404 inc. 2, 1er. supuesto). El nuevo Código Procesal Penal Federal (aprobado por ley 27.482) en su art. 20 establece que las decisiones deben expresar los fundamentos de hecho y derecho en que se basen.²⁷⁶

De todos modos, una decisión inmotivada, aún en ausencia de una prescripción legal expresa que la sancione con invalidez, corre igual suerte, pues nuestro sistema

²⁷³ *DJ*, 1990-2-162, *CS-Fallos*, 312:2127; 300:949, 240:160, CNCP, Sala III, 20/4/2011, “Chabán Omar Emir y otros s/recurso de casación. La jurisprudencia local es coincidente en este punto. TS Córdoba, 5/9/08, “Bertolino, Martín s/Recurso de casación”.

²⁷⁴ ARES, José Luis, “Juicio por jurados. Incompatibilidad constitucional del modelo anglosajón puro por la carencia de motivación del veredicto”, op. cit., p. 188.

²⁷⁵ DOUGLAS PRICE, Jorge Eduardo, *La decisión judicial*, 1era. edición, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2012, p. 371/2 con cita de GHIRARDI, Olsen, *Patologías lógico-formales de la sentencia*, en LexisNexis, J. A. fasc. 11, Buenos Aires, 2004, p.3. En el mismo sentido, GUALDA Raúl A., “El juicio por jurados. Fundamentación y motivación de la sentencia”, *Semanario Jurídico* N° 1481 (27), Octubre 2004.

²⁷⁶ El art. 305 inc. b regula entre los requisitos de las sentencias la exposición de los motivos de la decisión y en virtud de lo receptado en el art. 358 inc. c del mismo cuerpo legal, una sentencia condenatoria puede resultar impugnada por vicios en la motivación.

procesal penal actual no tolera un acto jurisdiccional que viole un derecho constitucional garantizado convencionalmente.²⁷⁷

Es que, la obligación aquí analizada, involucra concretamente el derecho de defensa en juicio consagrado en el art. 18 de nuestra ley suprema, que se manifiesta, como derivación lógica, en la exigencia de obtener una decisión fundada y la posibilidad de recurrirla.²⁷⁸ En materia penal, este derecho implica una actitud contrapoder estatal y supone, como mínimo, ser oído en juicio en su aspecto material y técnico.

Luego, el ámbito propicio para intentar la defensa de la persona y de sus derechos es, nada más y nada menos, que el proceso, entendido como una serie de actos sucesivos -acusación, defensa y prueba- que tramitados en debida forma legitiman un fallo condenatorio.²⁷⁹

Entonces, en la idea de un juicio justo, es preciso que el imputado conozca las razones de la decisión para poder ejercer cabalmente su defensa, que supone dentro de sus posibilidades, resistir la restricción de sus derechos y cuestionar con éxito la sentencia en instancias superiores.²⁸⁰

1.a. Revisión integral de la sentencia. Sistema vigente.

En nuestro ordenamiento jurídico, el justiciable tiene derecho a que su fallo condenatorio sea reexaminado por un órgano diferente al que lo dictó y de mayor jerarquía. En este sentido, las convenciones internacionales le conceden al perseguido penal la posibilidad de que su sentencia sea doblemente conformada, lo que implica la aquiescencia de dos tribunales para que el condenado pueda sufrir una pena.

El recurso, como especie de impugnación, es en general el medio utilizado por la parte que se considera afectada por una resolución judicial para evitar las consecuencias perjudiciales derivadas de su ejecución, demostrando su injusticia y provocando, como

²⁷⁷ CAFFERATA NORES, José Ignacio (...), *Manual de derecho procesal penal*, op. cit., p. 189.

²⁷⁸ VAZQUEZ ROSSI, Jorge E., *Derecho Procesal Penal*, Rubinzal-Culzoni, 1997, Tomo II, p. 453/454.

²⁷⁹ PALACIO, Lino Enrique, *Los recursos en el proceso penal*, Abeledo-Perrot, 1998, p.112.

²⁸⁰ La importancia de la argumentación radica en que provee los motivos de hecho y derecho tenidos en cuenta a la hora de finiquitar la disputa subyacente en el conflicto penal, asegurando además: "a) Al tribunal: exponer las razones por las cuales ha adoptado una de las hipótesis en juego. b) A las partes: conocer los fundamentos permitiendo eventualmente impugnar la decisión tomada. c) Al Tribunal Superior: verificar si la sentencia resulta una inferencia válida de los hechos debatidos y si contiene una derivación razonada del derecho vigente. d) Al imputado: fijar definitivamente su situación ante la justicia, haciendo, en su caso, efectivo el goce del "ne bis in idem". E) A la sociedad: controlar en el caso concreto, la seriedad expositiva de quien tomó la decisión y, en general, el funcionamiento del Poder Judicial." CHAIA Rubén A., *La prueba en el proceso penal*, op. cit., p. 171.

consecuencia de su triunfo, la eliminación o modificación del fallo, y la desaparición o disminución del perjuicio.

Así concebido y como acto procesal de parte, importa una declaración de voluntad expresa del justiciable que pretende un nuevo examen de su condena. Ahora bien, esta iniciativa de los sujetos procesales no se circunscribe a la mera interposición del recurso, sino que también se extiende al señalamiento de los motivos que respaldan la impugnación –agravios- y a la mantención de la pretensión recursiva –dado que puede ser desistido tácita o expresamente-.

Con ello, es inherente a la viabilidad del recurso –como carga procesal- aducir un interés para demostrar la injusticia de la decisión y no convertir el planteamiento en una cuestión meramente académica y abstracta. Perjuicio que debe ser directo, actual –subsistente al momento de resolver el recurso- y concretamente derivado de la resolución.

Además, importa el gravamen, en cuanto a que, si no hay recurso del acusador, funciona como límite a la jurisdicción. Pues, en esas condiciones, la resolución sometida a revisión no puede ser modificada en perjuicio del recurrente.²⁸¹

Precisamente, la casación es el medio impugnativo por excelencia para revisar una sentencia de condena en el sistema procesal penal argentino y el objeto de este recurso es el fallo, específicamente, en los motivos que lo respaldan.²⁸²

Nuestro alto tribunal encontró el medio para conciliar la organización de la justicia nacional²⁸³ –en cuanto determina instancia única para juzgar delitos- con la exigencia de los tratados internacionales –requerimiento del doble conforme-, a través del precedente “Casal”²⁸⁴. La Corte Suprema sin declarar inconstitucional el artículo del Código Procesal

²⁸¹ Rige el principio de “Prohibición de Reformatio in Pejus” de modo que, anulada una sentencia, si la instancia de casación fue únicamente del condenado, no se puede empeorar la situación del recurrente, sin pecar con exceso de jurisdicción en desmedro del derecho de defensa en juicio. Consecuentemente, el tribunal reenviado deberá acotar su desarrollo al objeto procesal contenido en el requerimiento de elevación de la causa a juicio, al material probatorio producido y al margen punitivo impuesto en la sentencia recurrida. CNCP, Sala IV, L.L., del 4/V/2001, f. 101.931.

²⁸² La motivación es el conducto de la impugnación, ya que los fundamentos dados por el juez en el fallo cumplen una función estrictamente jurídica, como es la de poner a las partes en condiciones de controlar si hay o no causales para recurrir. HITTERS, Juan Carlos, *Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación*, Librería Editora Platense, 1998, p. 194.

²⁸³ Como nuestra constitución nacional y las convenciones supranacionales no deciden ni obligan a una organización judicial concreta, en una, dos o más instancias de mérito, siempre existió la discusión en este país sobre el par conceptual contrapuesto de única o doble instancia de mérito. Pues, el procedimiento penal de única instancia de mérito admitía solo un recurso limitado a motivos de índole jurídica, la casación.

²⁸⁴ CSJN, *Recurso de hecho deducido por la defensa de Matías Eugenio Casal en la causa Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa*, sentencia de 20 de septiembre de 2005. Hasta este

Penal de la Nación que regulaba el recurso de casación, sostuvo que debía ampliarse su interpretación de forma tal que, el tribunal de casación, pudiera adentrarse en el análisis de las cuestiones de hecho y prueba, hasta agotar la capacidad de revisión –teoría del máximo rendimiento-. Ello significa que lo único incontrolable por la alzada es lo derivado directamente de la inmediación y aquello de lo que no exista constancia actuada.²⁸⁵ Así fue que, en nuestro país, se hizo operativa la garantía del doble conforme.

Ahora bien, la doctrina judicial sentada por la Corte Suprema sobre la amplitud de las cuestiones de revisión antes referidas, conduce irremediabilmente, al punto medular de este capítulo, que es, el análisis de la fundamentación fáctica de las sentencias penales. Pues, a partir de la doctrina sentada por nuestro máximo órgano judicial, entiendo que los jueces de mérito se encuentran compelidos a efectuar un mayor esfuerzo en orden a la valoración de la prueba. Más allá de su percepción inmediata, ya no son soberanos de los hechos y se encuentran sujetos a control por una instancia superior.

2. Fundamentación fáctica de la sentencia.

La sentencia penal tradicionalmente ha sido definida como “(...) el acto de voluntad razonado del tribunal de juicio, emitido luego del debate oral y público, que habiendo asegurado la defensa material del acusado, recibido las pruebas ofrecidas con la presencia continuada de las partes, sus defensores y el fiscal, y escuchado los alegatos de estos últimos, resuelve de modo imparcial y en forma definitiva sobre el fundamento de la acusación condenando o absolviendo al acusado.”²⁸⁶

fallo la Cámara Nacional de Casación Penal, por aplicación del art. 456 del C.P.P., sólo se ocupaba de la “inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva” y de algunos vicios “in procedendo”. Estaba excluido todo lo relativo a la determinación de los hechos y a la valoración de la prueba. Tanto la Comisión como la Corte Interamericana de Derechos Humanos se han pronunciado exigiendo a los Estados partes el cumplimiento irrestricto de esta garantía y en casos que involucraron a nuestro país –el órgano informativo- concluyó que el recurso extraordinario federal por sus estrechos marcos cognocitivos no garantizaba la doble instancia. En el fallo “Herrera Ulloa c. Costa Rica” de 2004, la Corte IDH sentó el criterio de que el recurso debía permitir al tribunal entrar en el fondo de la controversia, examinar los hechos, las pruebas producidas y la valoración de éstas.

²⁸⁵ “(...) Desde entonces, los tribunales orales en lo criminal, la Cámara Nacional de Casación y sus equivalentes en otras provincias hacen denodados esfuerzos para arbitrar los mecanismos para satisfacer las directivas del fallo “Casal”, que van desde labrar actas circunstanciadas del debate hasta grabar y filmar todo. Es que no hacer esto último puede conducir a la anulación de los juicios llevados a cabo y ordenar la realización de nuevos, con la violación al principio del “non bis in idem” y a la garantía del plazo razonable también prevista en la Convención (art. 8.1).” IBARLUCÍA, Emilio A. “juicio por jurados”, LA LEY 27/12/2012 publicado en <http://www.leyonline.com.ar/maf/app/delivery/document/retrievalVM?&docguid=iA47>, consultado 25/02/2013 a las 18:00 hs.

²⁸⁶ CAFFERATA NORES, José Ignacio ..., *Manual de derecho procesal penal*, op. cit., p. 537.

Este tipo de pronunciamiento, como todo acto jurídico, representa la voluntad propia y razonada del juzgador, que se exterioriza en el marco de un proceso, a modo de conclusión.²⁸⁷

Entre las cuestiones que los jueces deben analizar en sus votos, se encuentran las de examinar, crítica y minuciosamente, las pruebas de cargo y de descargo recibidas, fijar debidamente el hecho acreditado y la intervención del imputado, como así también exponer el encuadre jurídico aplicable al evento reprochado.

En este orden de ideas, resulta oportuno mencionar que algún sector propicia la distinción entre la actividad de fundamentar y el concepto de motivación de las resoluciones judiciales. Para algunos, parecería que, se trata de una cuestión temporal en el razonamiento del juez, ya que para ellos “(...) motivar implica dar las razones o explicaciones que se han tenido para hacer algo y fundamentar importa expresar en qué se ha apoyado ese hacer”.²⁸⁸

Para otros, motivar se refiere a la conducta, el hecho, y la fundamentación a la norma, el derecho. Jauchen los distingue de este modo, aunque luego reconoce que, en la tarea cotidiana de un juez, es imposible mostrarlos separadamente.²⁸⁹

²⁸⁷ En consonancia con el pensamiento del profesor emérito Jorge Zinny, que en este punto se distingue de Adolfo Alvarado Velloso. El autor citado en último término deja a la sentencia fuera del proceso, de hecho dice que como acto jurídico no ostenta el carácter de procesal, en la idea que el proceso como método no puede integrar su objeto: la sentencia. ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Sistema Procesal-Garantía de la libertad*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2009, t.II, p. 227.

²⁸⁸ BERTOLINO, Pedro J., *Código Procesal Penal de la Pcia. De Bs. As., comentado y anotado con jurisprudencia provincial*, Lexis-Nexis, 2005, p. 169 citado por D'ALBORA, Franciso J., *Código Procesal Penal de la Nación, anotado, comentado, concordado*, Abeledo-Perrot, 1999, p.226. Gualda también participa de esta idea, y precisa que fundamentar y motivar son dos tiempos distintos, imposibles de escindir. Explica que “(...) fundar una sentencia no es específicamente motivarla: fundamentar apunta no sólo a que se logra la razón de lo existente, sino también porque el espíritu piensa según leyes que en absoluto no puede violar, so pena de caer en el error y no alcanzar la verdad. La garantía de la verdad objetiva está en la corrección del razonamiento; pero, además, es referirse a normas de derecho positivo, que servirán de apoyatura al fallo. En tanto que motivar es la razón determinante que hace que la razón volente se incline por una decisión, que debe ser lograda “racionalmente”. Los “motivos” deben hacer conocer con fidelidad todas las operaciones del espíritu que han conducido al tribunal al dispositivo adoptado por él. (...)”GUALDA Raúl A., “El juicio por jurados. Fundamentación y motivación de la sentencia”, *Semanario Jurídico* N° 1481 (27), Octubre 2004.

²⁸⁹ “La *fundamentación* y la *motivación* no son sinónimos, ya que mientras el primero alude al Derecho, el segundo hacer referencia a los hechos (...) Por eso se ha dicho que “si bien en la práctica se expresa indistintamente, deber de fundar o de motivar, la primera, es decir, la fundamentación, se refiere a la correcta invocación de la norma aplicable y la segunda, a los verdaderos motivos o razones que tiene el juzgador para decidir, es decir al razonamiento derivado de las circunstancias de hecho probadas que lo llevan lógicamente a la aplicación de una u otra norma. Tal diferenciación pierde importancia en cuanto se observa que la motivación judicial no puede ser independiente de la fundamentación legal; el juez, al dar los motivos de su decisión, no podría apoyarse pura y exclusivamente o en los hechos o en las normas (...)” JAUCHEN Eduardo, *Tratado de derecho procesal penal*, 1ra. edición, tomo II, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1012, p. 19 con cita de la CNCP, sala III, 20-8-2004, c. 5072, reg. 442.04.3, disidencia de la Dra. Ledesma.

Finalmente, más allá de las concepciones heterogéneas que se desprenden de los términos utilizados, en el presente trabajo me centro en la exteriorización que ambos suponen y asimilo esas palabras -motivación y fundamentación- utilizándolas en todo su desarrollo de manera indistinta. Esto último, en razón de que, de todos modos, la debida fundamentación o motivación de la sentencia exige ambos aspectos -la referida a la conducta y la atinente a la norma-.

Cobra aquí especial relevancia el contenido preciso de la premisa fáctica del acto jurisdiccional. De manera que, se deja sentado que la obligación constitucional y legal de fundamentar las sentencias antes desarrollada, no se reduce al encuadramiento normativo de la conducta asumida como existente por parte de un imputado responsable -en cuanto a análisis del tipo y penalidad-, pues conforme lo ya desarrollado, requiere, a su vez, de una motivación en la verificabilidad del hecho y la participación del acusado en el mismo.

Lo anterior no desconoce que, en la plataforma fáctica de la sentencia a la que se alude, para fijar el hecho y responsabilizar al acusado, precisa -necesariamente- del análisis de las normas jurídicas que gobiernan el caso, pues en ese abordaje se entremezclan componentes fácticos y jurídicos. De manera que, en lo que sigue y consciente de la interrelación entre los hechos y derecho, me voy a referir como *fundamentación fáctica, solo a la motivación fundada en las pruebas practicadas en el juicio para dar por acreditado el supuesto de hecho, por oposición a la estructura del fallo que se dedica a la calificación jurídica del suceso acaecido.*

2. a. Los jurados como sujetos obligados constitucionalmente a fundar el fallo.

La razón de este apartado, es la de despejar cualquier duda respecto a la vigencia plena de la garantía de fundamentación aun en el enjuiciamiento penal por jurados. Ello, porque hay quienes interpretando los dichos de Maier,²⁹⁰ afirman que la exigencia de

²⁹⁰ Textualmente el autor citado manifiesta “Nuestra Constitución Nacional no presta apoyo a aquellos que pretenden que la reconstrucción de hechos integrante de la sentencia penal, esto es, la premisa fáctica del juicio previo fundante de la aplicación de la pena, deba ser motivada en el sentido indicado. No sólo no existe en el texto constitucional ninguna oración de la que se pueda desprender esa exigencia, sino que por el contrario, la ley fundamental ha estimado consustancial a nuestra forma republicana de gobierno el juicio por jurados. El jurado clásico, como modelo de tribunal de juicio, representa la inexistencia de toda expresión de motivos que apoye el veredicto en el cual concluye, pues, tanto históricamente, como en el Derecho comparado, estos tribunales valoran la prueba por el sistema de íntima convicción, sin necesidad de exteriorizar las razones por las cuales arriban a una determinada conclusión aprobatoria o desaprobatoria del comportamiento del imputado(...) De esta manera, la necesidad de fundar la

nuestra carta magna de fundamentar la plataforma de hecho de la sentencia, solo se dirige a los jueces técnicos y permanentes, relevando de ese deber constitucional, a los jurados legos.

Recuérdese que esa obligación de naturaleza constitucional está consagrada como una de las garantías innominadas con sustento convencional.

Con lo cual, excusar al jurado el clásico o anglosajón de ese deber, por su composición y modo de valorar la prueba -íntima convicción-, lo convertiría, lisa y llanamente, en un tribunal arbitrario.

Dicho esto, entonces, *se deja sentado que los jurados anglosajones, al igual que los magistrados, se encuentran compelidos a cumplir con el deber constitucional de fundar fácticamente su veredicto.*

2.b. Contenido de la fundamentación fáctica de los jurados. Requisitos de la “verdadera motivación” (fallo “Canales”).

La motivación que interesa aquí analizar, es la que pretende sustentar la decisión de quienes asumen el rol de jueces de los hechos. Ahora bien, tradicionalmente se puso atención en el modo de revelación de los fundamentos, postergando la consideración de cómo es que, los magistrados, en su fuero íntimo, arriban a esa resolución y si es correcto el razonamiento empleado, en la idea que, para acceder a ese conocimiento y evaluarlo, primero debe ser mostrado.

Esto se apoya en que, el derecho, como sistema de regulación y coordinación de las conductas se ha especificado a partir de una característica propia del género humano, que es el lenguaje. Luego, la invención de la escritura ha permitido fijar referencias, crear tiempo, estabilizar expectativas.²⁹¹

sentencia es propia de tribunales integrados por jueces profesionales y permanentes, que aplican en la valoración de la prueba el sistema de las pruebas legales y cuyas sentencias pueden ser controladas por tribunales superiores, según la organización jerárquica de los órganos de administración de justicia.” MAIER, Julio B., *Derecho procesal penal-Fundamentos*, Buenos Aires, Del Puerto, 2004, t. I, p. 483/4. En el mismo sentido, Harfuch que asigna al jurado clásico las inveteradas garantías de la defensa y el recurso. HARFUCH, Andrés, “Inmotivación, secreto y recurso amplio en el juicio por jurados clásico” publicado en <http://www.juicioporjurados.org/2013/03/inmotivacion-secreto-y-recurso-amplio.htm> también publicado en: Revista "Derecho Penal", Año I N° 3 "Participación ciudadana en la justicia", Infojus, 2013, ps. 113.

²⁹¹ El lenguaje es una institución social que nos trasciende y abarca todas las formas orales y escritas de expresión. Entre el lenguaje y el pensamiento existe una relación íntima, ya que el hablante transforma el razonamiento en lenguaje utilizando signos (palabras) y el oyente capta esos signos y los comprende, transformándolos nuevamente en pensamiento. Todo ello es producto de un comportamiento voluntario, no reflejo.

Douglas Price refiere -en lo atinente al rol que los textos producen en el derecho, citando a Luhmann- que “(...) la escritura como memoria social funciona con la ventaja de mantener disponibles, de manera no obligatoria, el conocimiento para situaciones imprevisibles.²⁹² En este sendero, el emisor del mensaje, con la escritura se vuelve ausente, porque en definitiva lo que interesa son sus argumentos. Expresa Riccardo Campa que la escritura hace que la comunicación se independice del momento en que fue efectuada y con ello se desliga de las intenciones del que comunica.²⁹³

La palabra -oral o escrita- ha sido siempre considerada una forma de exteriorizar el pensamiento, aquí, los fundamentos de la sentencia, y ha sido directamente vinculada a la posibilidad de habilitar una eventual etapa recursiva.

Actualmente, la registración digital del juicio por medio de sistemas de videograbación permite -con los debidos resguardos- inmortalizar el lenguaje oral de las pruebas y del fallo -cuando es leído-.

Cabe precisar que en el procedimiento judicial ordinario, no basta la mera comunicación escrita de la parte resolutive de un fallo emitido por órganos jurisdiccionales para dar por fundado el mismo.²⁹⁴ Se requiere algo más, y es precisamente volcar en él sus argumentos decisivos.

De todos modos, recientemente, la CSJN en el fallo “Canales” ha restado atención a la exteriorización para priorizar el razonamiento interno de motivación, al asegurar que la verdadera fundamentación no se encuentra en la redacción o exposición de sus argumentos, sino en el procedimiento lógico que precede a la decisión.

Entonces, ¿Qué significa esta labor judicial de motivar fácticamente una sentencia desde la perspectiva constitucional?

Veamos, en toda sentencia penal existen dos momentos diferentes e igualmente exigibles en la motivación de los hechos, uno descriptivo y otro intelectual. La doctrina en

²⁹² CAMPA Ricardo, *La scrittura e la memoria*, Istituto Della Enciclopedia Italiana, Buenos Aires, 1987, citado por DOUGLAS PRINCE, Jorge Eduardo, *La decisión judicial*, 1era. edición, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2012, p. 201/2

²⁹³ LUHMANN, Niklas, *El derecho de la sociedad*, trad. de Javier Torres Farrate, Herder, México, 2005, Cap. 6, Título II, p. 307/9. citado por Douglas Prince, Jorge Eduardo, *La decisión judicial*, 1era. edición, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2012, p. 376

²⁹⁴La argumentación es aclarar, descubrir o probar. (cfr. Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, Espasa Calpe, 1992, p. 132, 1ª col., voz argumentar)]. Con mayor precisión, argumentar significa “ofrecer un conjunto de razones o de pruebas en apoyo de una conclusión” (WESTON, A., *Las claves de la argumentación*, Barcelona, Ariel, 1994 p. 13) La argumentación pertenece al campo de lo verosímil y de lo probable. ANDRUET, Armando S.(h), “La argumentación jurídica y el silogismo forense”, *El siglo XXI y el razonamiento forense*, Tomo 3, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba – Instituto de Filosofía del Derecho, 2000, p. 33/34.

general coincide respecto a la necesidad de que el juez -al menos en lo que hace a la formación de la premisa fáctica - mencione los elementos de prueba -válidamente incorporados y aptos para ser valorados- y exteriorice el examen crítico probatorio para considerar fundada su sentencia.²⁹⁵

De manera que, en la estructura fáctica del fallo, es preciso que los aspectos antes enunciados (tanto descriptivo como el intelectual) concurren simultáneamente. Cualquiera de ellos que falte, priva a la decisión de la debida motivación con la consecuente sanción de nulidad.

La necesidad de una motivación en las decisiones judiciales, entendida como argumentación racionalmente verificable, implica antes que nada, conocer las razones por las que se ha llegado a una determinada valoración y, por tanto, a una decisión en base a esa apreciación.²⁹⁶ Así, el acto de motivar supone reproducir el proceso intelectual seguido por el juez para arribar a esas conclusiones fácticas. Interesa, particularmente, saber cómo piensa quien ha tomado la decisión y no lo que otro pueda decir sobre ella. Por eso, la fundamentación judicial es -o debería ser-, además, una actividad esencialmente personal y no delegable.

Ahora bien, esa valoración crítica de la prueba de los hechos, tal como hemos analizado en el capítulo II.3 responde siempre a un método lógico-histórico²⁹⁷, que es expuesta por los jueces técnicos en sus sentencias, y silenciada por los jurados populares que deciden bajo el sistema de la íntima convicción.

Por lo cual, según la interpretación jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, parecería que, lo que se exige a los fines de cumplimentar la obligación de fundar fácticamente una sentencia en un jurado popular -que no expresa motivos-, es que

²⁹⁵ MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal-Fundamentos*, 2da. edición, 3° reimpresión, Buenos Aires, Del Puerto, 2004, t.I, p.482. Cafferata Nores explica que es necesario “Por un lado, que se *describa expresamente* el material probatorio en el que se fundan las conclusiones a que se arriba, consignando el contenido de cada elemento de prueba; y por otro, que éstos sean *merituados*, tratando de demostrar su ligazón racional con las afirmaciones o negaciones sobre los hechos que se admitan en la sentencia, todo explicado por escrito.” CAFFERATA NORES, José Ignacio..., *Manual de derecho procesal penal*, op. cit. p. 546/547. En el mismo sentido BARBERÁ DE RISO, María C., *Proceso Oral –Selección de doctrina judicial en materia penal del T.S.J. de Córdoba*, Córdoba, Marcos Lerner, L-Z Tomo II, p. 274/5.

²⁹⁶ El Código Modelo de Ética Judicial para Iberoamérica refiere que la motivación consiste en expresar de manera ordenada y clara, las razones jurídicamente válidas y aptas para justificar la decisión (art. 19). A su vez, prescribe que el juez tiene el deber de motivar sus decisiones tanto en materia de hechos como de derechos (art. 22) y que en la labor de fundamentación fáctica debe proceder con rigor analítico en el tratamiento del cuadro probatorio. Debe mostrar en concreto lo que aporta cada medio de prueba, para luego efectuar una apreciación en su conjunto (art. 23).

²⁹⁷ Compuesto por la heurística, crítica externa, crítica interna y síntesis (CSJN, Fallo “Canales”).

sea reconocible, por algún medio, el razonamiento que utilizó el cuerpo juzgador para la reconstrucción de los hechos.

Rosatti, ya antes de asumir como ministro del máximo tribunal nacional, se había enrolado en esta opinión y sostuvo que: “(...) la verdadera fundamentación no está en la expresión escrita sino en la coherencia entre las afirmaciones de las partes, las pruebas y el sentido de la sentencia. De modo que, es perfectamente posible cuestionar una resolución en base a la incongruencia entre precedentes o premisas (afirmaciones y pruebas) y conclusión (culpabilidad o inocencia).”²⁹⁸

Respecto al jurado popular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁹⁹ ha dicho, tal como lo había hecho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y que ha sido de recibo en el reciente fallo “Canales” de la Corte Suprema nacional que “el veredicto debe permitir que, a la luz de las pruebas y el debate en la audiencia, quien lo valora pueda reconstruir el curso lógico de la decisión de los jurados, quienes habrían incurrido en arbitrariedad en el supuesto en que esta reconstrucción no fuera viable conforme a pautas racionales”³⁰⁰

A modo conclusivo, y teniendo en cuenta lo resuelto por los máximos órganos judiciales constitucionales, la falta de exteriorización de la fundamentación del veredicto anglosajón no vulneraría garantía constitucional alguna, siempre que sea identificable y por lo tanto revisable, el método racional utilizado para arribar a la decisión.

IV. Veredicto inexpressivo

1. Introducción.

En este capítulo, analizo cómo y por qué los fervientes defensores doctrinarios del sistema clásico de enjuiciamiento por jurados, pese aceptar que la constitución exige a los

²⁹⁸ ROSATTI, Horacio, *Tratado de Derecho Constitucional*, op. cit. p. 4. En igual sentido, ROSATTI, Horacio “¿Puede el pueblo juzgar? ¿Debe el pueblo juzgar?”, op. cit. p. 6.

²⁹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua”, 8/3/2018, apartado 259.

³⁰⁰ CSJN, “Canales” con cita de CIDH “Nicaragua”. Vale agregar que Nuestro máximo Tribunal Nacional, ya se había expedido respecto a la íntima convicción como sistema de valoración. En aquella oportunidad, enfáticamente pronunció, que debía ser rechazado en la medida que se entienda por tal un juicio subjetivo de valor e irracional, respecto del cual no se pueda seguir (y consiguientemente criticar) el curso de razonamiento que lleva a la conclusión de que un hecho se ha producido (considerando 29), CSJN, fallo “Casal”.

legos fundar las sentencias –basándose en las pruebas recibidas válidamente en juicio-, niegan que tengan que dar a conocer sus móviles decisivos.

Debe recordarse, por un lado, que en el sistema anglosajón se somete al veredicto de un cuerpo de carácter popular, la culpa y responsabilidad de los procesados, de manera que cada miembro del jurado se pronuncia por los hechos y la imputabilidad resultante, de acuerdo con su ciencia y conciencia.

Desde otro costado, proviene la obligación constitucional de fundar los fallos, consecuentemente y de acuerdo a lo analizado en el capítulo anterior, los veredictos de los jurados anglosajones también deben ser motivados en las pruebas recibidas en el debate.

Entonces, zanjada la cuestión sobre el alcance extendido de la garantía procesal de fundamentación fáctica a los jurados, el punto medular radica en el cómo se cumplimenta ese mandato constitucional.

Esta cuestión ha desvelado a la doctrina. Por eso, Hendlar trata de compatibilizar la participación ciudadana en el enjuiciamiento criminal con el principio garantizado de exigir la motivación de las decisiones judiciales y concluye que, los jurados, sin revelar las causas que los llevaron a culpabilizar al imputado, cumplen con el deber de fundamentación. Explica que “(...) Los jurados no tengan que dar razones de su convicción no significa que sus veredictos sean puramente discrecionales o arbitrarios.”³⁰¹ De manera que, en esa propuesta, no se cuestiona la obligación de los jurados a motivar su veredicto, en cuanto contenido mismo de la fundamentación, sino la innecesaridad de su exteriorización.³⁰²

Luego, puedo adelantar que, dentro de este paradigma de inexpressión se han brindado múltiples razones para explicar porque los legos no pueden ni deben exhibir manifestación alguna de sus motivaciones –tesis que llamo absolutas- y aquellos que encuentran alternativas superadoras al silencio rotundo, extrayendo o derivando de ciertos mecanismos, los argumentos que convencieron a los jurados para culpabilizar a un acusado de un hecho ilícito en un veredicto determinado –tesis que denomino relativas-.

Esta clasificación, que carece de rigor científico, solo trata de esquematizar posiciones, que aclaro, no resultan antagónicas, tampoco inconciliables. Por el contrario,

³⁰¹ HENDLER, Edmundo, *El juicio por jurados: significados, genealogías, incógnitas*, 1ra. edición, Buenos Aires, Del Puerto, 2006, p. 103.

³⁰² Continúa el autor: “(...) la ley no requiere razones ni impone reglas; sólo pide el convencimiento sincero en la intimidad de la conciencia” HENDLER, Edmundo, *El juicio por jurados: significados, genealogías, incógnitas*, op. cit. p. 64.

su mayoría se traslucen en las legislaciones que regulan los jurados populares en nuestro país y han sido abordadas específicamente por la CSJN en el emblemático fallo “Canales” y por la CIDH en su *leading case* “Nicaragua”.

De manera que, bajo esa titulación, se exploraran las distintas posiciones juradistas de la inexpressión que, encuentran en los argumentos esbozados, sus razones para sostener que el veredicto emitido por un jurado de tipo anglosajón acata la obligación constitucional de fundamentar fácticamente una sentencia, otorgando la posibilidad al condenado de defenderse en instancias superiores.

2. Las razones del veredicto inexpressivo.

2.a. Tesis absolutas (Fundamentación sin expresión)

A partir del análisis de las explicaciones brindadas por la doctrina para defender el veredicto inexpressivo, se clasifican y agrupan las principales razones de quienes, antes del pronunciamiento de la Corte Suprema en el fallo “Canales”, ya aseguraban que los jurados clásicos fundamentan su veredicto, sin revelación alguna de motivos.

2. a. 1. Objeto del veredicto: los hechos.

Esta idea centra la discusión en el objeto del pronunciamiento. Al respecto se aduce que, cuando los ciudadanos comunes integran como jurados un proceso penal, su intervención en la decisión se restringe a la determinación de los hechos y la participación responsable de los imputados. Es decir que, son los encargados de decidir sobre la plataforma fáctica motivo de acusación, valorando las pruebas que se producen en el debate oral y se pronuncian conforme su íntima convicción.³⁰³

Por esta razón, Harfuch sostiene que el veredicto emitido por el jurado solo determina los hechos, mientras que el desarrollo de las cuestiones de derecho –sentencia– se reserva a los magistrados profesionales.

³⁰³ Precisamente es “(...) el objetivo del juicio ante jurados populares: que sea un determinado conjunto de hombres y mujeres comunes los que determinen la conclusión conforme a reglas de experiencia habituales.” JAUCHEN, Eduardo, *Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo I*, 1ra. edición, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2012, p.342.

Incluso, se ha dicho que la declaración de culpabilidad o inculpabilidad de los jurados está para mostrarse únicamente desde una perspectiva fáctica y no para cumplir una función jurídica.³⁰⁴

Todo ello, para sostener que la motivación republicana que exige nuestra Constitución –entendida como expresión de motivos– debe ser exigida a los jueces profesionales pero de ningún modo a los jurados.³⁰⁵

Como derivación de lo anterior, esta doctrina distingue el veredicto de la sentencia y arriba a una conclusión, la sentencia por sí misma permite satisfacer plenamente el derecho al recurso. Pues, el fallo propiamente dicho, redactado por los jueces permanentes y técnicos, es susceptible de ser revisado conforme a los estándares internacionales.³⁰⁶

2.a.2. Calidad de los sujetos que arriban al veredicto: legos.

Otras de las razones de la ausencia de expresión de motivos en el veredicto popular ha sido atribuida a la carencia de conocimientos jurídicos por parte de quienes asumen la función de juzgar los hechos. En palabras de Harfuch, los legos son llamados a razonar y

³⁰⁴ LORCA NAVARRETE Antonio María, “El modelo Español de veredicto del jurado”, *Revista de Derecho Procesal Penal*, 2014-2: juicio por jurados II, 1ra. edición, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, p. 49. Hablan de una teoría del caso elaborada por los operadores judiciales (fiscales y defensores) en la que se distingue el plano fáctico, el probatorio y el jurídico, correspondiendo expedirse el jurado sobre las dos primeras fases. ALLIAUD Alejandra, LAGO Daniel H., RUBIO Mercedes, “Algunos aspectos particulares del juicio con jurados en la Provincia de Buenos Aires”, *Revista de Derecho Procesal Penal* 2014-2: juicio por jurados II, 1ra. edición, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, p. 57/58.

³⁰⁵ HARFUCH, Andrés “La fundamentación del fallo en el sistema de jurado clásico”, en segunda jornada del encuentro de la defensa pública de la provincia de Buenos Aires, llevado a cabo en la ciudad de Mar del Plata los días 13 y 14 de octubre de 2011, publicado en www.juicioporjurados.org. En igual sentido, BILINSKI, Mariana “Cada vez más cerca de la implementación del sistema de enjuiciamiento penal con jurados” publicado en new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files.../procesos01.pdf Lariguet dice que “La participación de los legos se restringe, en rigor, a dictar un “veredicto”, es decir, una afirmación, fundada en pruebas, de que los hechos indican que el acusado o bien es inocente o bien es culpable. En otras palabras, los jurados se restringen a las *cuestiones de facto*. La tipificación y determinación del quantum de la pena, *cuestiones de iure*, son tareas que encaran –y deben hacerlo según las exigencias de la práctica jurídica habitual– los jueces técnicos.” LARIGUET, Guillermo, “El debate sobre el juicio por jurado en el fuero penal de Córdoba y el problema de la fundamentación lógica y legal de las sentencias”, *Pensamiento penal y criminológico. Revista de derecho penal integrado*, Año V-Nº9-2004, p. 138/9.

³⁰⁶ Bilinski dice “Es, en este sentido, que los pactos Internacionales (Art. 8.2.h de la CADH y Art. 14.5 del PIDCP, incorporados al Art. 75 inc. 22 de la CN) protegen el derecho al recurso: “el derecho que toda persona tiene a recurrir el fallo o la pena impuesta, ante un juez o tribunal superior”, y que ha aplicado la CIDH en el fallo “Herrera Ulloa vs. Costa Rica” (CIDH, “Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica”, 2/07/2004) que, en nuestro país, originó la doctrina legal del señalado fallo “Casal”.” BILINSKI, Mariana “Cada vez más cerca de la implementación del sistema de enjuiciamiento penal con jurados” op. cit.

a decidir, pero no a escribir un fallo.³⁰⁷ Se motivan en las pruebas apreciadas pero están imposibilitados de manifestarlo.

2.a.3. Legitimidad del jurado popular: pueblo soberano.

Como ya se adelantó, el juicio por jurados es consustancial a la forma republicana de gobierno. Es decir, el pueblo soberano como fuente originaria de los poderes del Estado participa directa o indirectamente en funciones que le son propias. De allí, esta doctrina deriva que el jurado popular -como parte integrante del pueblo- tiene derecho a administrar su propia justicia.³⁰⁸

Parecería, entonces que, el argumento político esbozado otorga un superávit de legitimidad al jurado para habilitarlo a decidir, sin dar razones.

Rosatti hace su aporte en este sentido y dice: “La fundamentación explícita encuentra su razón de ser en la obligación de los jueces, como representantes del pueblo en el ejercicio de un poder del Estado (son representantes aunque no sean electivos) de rendir cuentas por sus decisiones; no es idéntica la obligación cuando es el mismo pueblo -es cierto que también por medio de representantes pero asumiendo la función de modo directo- quien ejerce la potestad de juzgar, siempre que quede asegurado el derecho a la defensa técnica del acusado y el debido proceso por parte de un juez profesional”³⁰⁹

Esta fue la razón que dio preeminencia nuestro Máximo Tribunal Nacional -integrado por el autor mencionado- para explicar la innecesaridad de explicitar la motivación en los jurados populares. Apoyándose en los argumentos que la CIDH había pronunciado en la causa “Nicaragua”, explicó que: “(...) la motivación de las decisiones adoptadas por los órganos encargados de impartir justicia no es sólo relevante para el inculpado del delito, sino que permite también el control ciudadano de los actos de gobierno, en este caso de la administración de la justicia y los expone a su escrutinio. En

³⁰⁷ HARFUCH, Andrés “La fundamentación del fallo en el sistema de jurado clásico”, op.cit... Con el mismo basamento, Bilinski considera que “(...) los jurados no cuentan con las herramientas técnicas de expresar en palabras las razones de su decisión” BILINSKI, Mariana “Cada vez más cerca de la implementación del sistema de enjuiciamiento penal con jurados” op. cit. p.3

³⁰⁸ En ese orden, Bilinski precisa que “Es la esencia misma del juicio por jurado, que jamás, deba motivarse el veredicto porque éste emana del propio pueblo soberano”. BILINSKI, Mariana “Cada vez más cerca de la implementación del sistema de enjuiciamiento penal con jurados” op.cit.p.3.

³⁰⁹ ROSATTI, Horacio “¿Puede el pueblo juzgar? ¿Debe el pueblo juzgar? op. cit. p. 5. El mismo autor, ya lo sostenía en su obra “El juicio por Jurados” (...) op. cit. p. 4

el caso de los jurados, dicha vertiente se entiende cubierta en razón de la participación directa de la ciudadanía ^{#10}

Resta decir que esa atribución soberana del pueblo para juzgar, recientemente promulgada por la Corte Suprema de la Nación en el fallo “Canales” goza, en nuestra provincia de Córdoba, de recepción constitucional desde el año 1987. Pues, la interpretación conjunta y armónica de las cláusulas contenidas en los arts. 3 y 162 de la carta magna provincial, vigentes hace más de tres décadas, conduce a afirmar el reconocimiento constitucional a los ciudadanos cordobeses, por su carácter de soberanos, a juzgar penalmente a sus pares. Ello por cuanto, según establece la Constitución Provincial, la autoridad suprema que radica en el pueblo puede ser ejercida directamente y de acuerdo a las formas de participación que en ella se establecen (art. 3), autorizando, dentro de las cláusulas referidas al poder judicial, como modo específico, la integración de tribunales colegiados con ciudadanos legos (art. 162).

De manera que, la norma fundamental local incluyó, mucho antes que el pronunciamiento del máximo órgano jurisdiccional, entre sus declaraciones, la condición legítima de los ciudadanos a participar, directamente, en la administración de justicia penal. Sin embargo, las leyes que determinaron luego la implementación de los jurados en la provincia de Córdoba, respetuosas de la soberanía popular, adoptaron, tal como se adelantó, en sus dos variables, prototipos de modelo escabinado, en sistemas mixtos de integración del tribunal con profesionales y legos, que emiten sus sentencias con fundamentación expresa.

2.a.4. Regla del secreto.

Harfuch presenta otra razón para explicar la ausencia de argumentación explícita en los jurados clásicos. Entiende que existe “(...) una incuestionable sobrevaloración de la garantía de la motivación, únicamente dirigida al juez profesional” ³¹¹ e introduce la cuestión de la regla del secreto del jurado como el reverso de la moneda en el debate sobre la motivación expresa.

³¹⁰ CSJN, fallo “Canales” en referencia a la Sentencia de la CIDH, en caso “Nicaragua”, párrafo 257.

³¹¹ HARFUCH, Andrés, Inmotivación, secreto y recurso amplio en el juicio por jurados clásico publicado op. cit.p.2.

Bajo esa premisa, el juradista, analiza las poderosas razones que sustentan la regla del secreto del jurado, planteándola como el verdadero eje del problema de la inmotivación y el recurso.

En otro ensayo, el mismo autor, dice que “El secreto absoluto abarca no solo el contenido de las deliberaciones (aspecto interno) sino también se extiende a la prohibición de exigirle al jurado que explique los motivos de su decisión (aspecto externo).”³¹²

De manera que, el jurado que revele lo discutido en la deliberación, sus motivos o cómo se alcanzó el veredicto exteriorizando sus razones, no solo quebranta la regla enunciada, sino que, puede ser penalmente perseguido por violación de secretos y obstrucción a la administración de justicia.³¹³

Con apoyo de la literatura jurídica anglosajona, sustentó el blindaje de las deliberaciones del jurado en la eficiencia de una decisión adoptada sin influencias externas.³¹⁴

En definitiva, concluye que una de las formas directas para torcer esta regla invaluable del secreto del jurado -y, por ende, de su esencia como tal- es obligar al jurado a dar por escrito -con mayor o menor amplitud- los motivos de su veredicto.³¹⁵

³¹² HARFUCH Andrés, “Libertad de prensa y regla del secreto del jurado. Su distinta regulación en los Estados Unidos e Inglaterra”, *Revista de Derecho Procesal Penal 2014-2: juicio por jurados II*, 1ra. edición, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, p. 174/175.

³¹³ El contenido de la famosa condición de secreto en el jurado -creación del common law de casi tres siglos- se ha mantenido con ligeras variantes en estos términos “Las declaraciones realizadas, las opiniones expresadas, los argumentos adelantados y/o los votos emitidos por los miembros de un jurado en el curso de sus deliberaciones son inadmisibles en cualquier procedimiento legal. En particular, los jurados no pueden testificar sobre el efecto de nada de aquello que haya influido en su mente o en la de los otros jurados, en sus emociones o en sus decisiones finales. (...).” HARFUCH, Andrés, Inmotivación, secreto y recurso amplio en el juicio por jurados clásico, op.cit., pág. 4

³¹⁴ En esta línea, tradujo algunos extractos de fallos internacionales significativos que consideraba imprescindibles para reafirmar la vigencia de la regla de oro invocada. El primero de ellos -“Sawyer” de la Corte Suprema de Justicia de Canadá, año 2001 (R. v Pan; R. v Sawyer [2001] 2 S.C.R. 344)- explica la cuestión crucial de porque el jurado debe mantener el secreto antes, durante y después del veredicto. La jueza interviniente relató “(...) 50. “El primer fundamento en favor de la necesidad del secreto es que la confidencialidad promueve el candor y el tipo de debate franco y abierto que es esencial a esta clase de toma de decisión colegiada. Mientras buscan la unanimidad, los jurados deben ser libres para explorar en voz alta todas las avenidas del razonamiento, sin temor a quedar expuestos al ridículo público, al desprecio o al odio. Este fundamento es de vital importancia para la potencial absolución de un acusado impopular, o de aquel acusado de un crimen particularmente repulsivo. A mi modo de ver, este fundamento es consistente, y no requiere confirmación empírica. (...) También se citó el fallo “Taxquet” de la CEDH de 2010 -“Taxquet v Bélgica”, CEDH, 2010- en el cual se muestra la relación entre la regla del secreto y la no fundamentación del veredicto del jurado “79. El gobierno irlandés señala que el secreto de las deliberaciones está estrechamente ligado a la ausencia de fundamentación de los veredictos. Imponer la indicación de los fundamentos en las decisiones de los jurados modificaría la naturaleza y la esencia misma del sistema criminal tal como existe en Irlanda.” cit. por HARFUCH, Andrés, “Inmotivación, secreto y recurso amplio en el juicio por jurados clásico”, op. cit., p. 29/30

2.a.5. La irrelevancia de la argumentación judicial formal.

Otro sector de la doctrina pretende demostrar la validez del veredicto inexpresivo desacreditando los argumentos judiciales en sí mismos, en la idea que no son más que una mera expresión formal de un convencimiento previo. Se escudan en que, si bien en el documento escrito que registra la sentencia, la fundamentación precede formalmente a la resolución, permitiendo explicarla intelectualmente, la realidad es que aquella es redactada una vez que el tribunal técnico ha tomado su decisión.³¹⁶

Se concluye que la fundamentación formal de las sentencias representa una auténtica superstición forense que debería ser revisada, pues -así descripta- no presentan ninguna ventaja procesal valedera en ejercicio del derecho de defensa del condenado. De manera tal que, garantizada la coherencia entre el veredicto y la evidencia, el jurado puede guardar para sí sus fundamentos sin poner en riesgo el decisorio.

2.a.6. La fundamentación explícita del fallo como garantía renunciabile del imputado.

Esta doctrina, sostiene que la carencia de fundamentación, y por ende, la ausencia del recurso que a la sazón, es la principal objeción que se le hace a la institución del juicio

³¹⁵En nuestro país, esta regla tiene expresa acogida en los ordenamientos de Chubut (art. 57 y 58), Entre Ríos (arts. 8 y 90) y San Juan (arts. 461 y 493). A su vez, las leyes de jurados de Chaco (art. 90), de Mendoza (art. 36), de Neuquén (art. 209) y el Cód. Proc. Penal de la prov. de Buenos Aires (art. 371 quater, punto 5) obligan a los jurados a mantener absoluta reserva de su opinión y de la forma que han votado.

³¹⁶ En tal sentido, se dice que “la expresión escrita de los argumentos constituye no tanto el antecedente de la decisión sino su legitimación ex post facto, pues el tribunal –honestamente convencido de la culpabilidad o inocencia del acusado- buscará (dentro del cúmulo de razones invocadas por las partes y las que él mismo ha formado) aquellas que permitan dar sustento a su postura, desechando las que conduzcan a una hipótesis contraria”. ROSATTI, Horacio “¿Puede el pueblo juzgar? ¿Debe el pueblo juzgar? op. cit. p. 5/6 y en ROSATTI, Horacio, *Tratado de Derecho Constitucional*, op. cit., p.4. En este sendero, se cuestiona la utilidad y fiabilidad misma de la argumentación judicial. Penna agrega que es “(...) ingenuo confiar en que las expresiones de motivos -cuya precariedad, en general, resulta empíricamente evidente- necesariamente plasmarán fielmente y con exactitud un metódico y racional proceso de reflexión -desprovisto de todo subjetivismo arbitrario- efectuado por el juez profesional para arribar a la certeza pronunciada en la sentencia (...) así, un recurso que se apoye exclusivamente en los fundamentos manifestados por escrito solo permitirá una especie de ficción de revisión y su éxito dependerá más de la capacidad de argumentación del juez que de la calidad de la decisión”. PENNA, Cristian, “Prejuicios y falsos conocimientos: historia de los cuestionamientos al juicio por jurados en Argentina”, disponible en www.saij.gov.ar. p. 39 con cita de SANDRO, Jorge A., Reflexiones sobre el jurado popular, en LA LEY 1992-A, 876

por jurados clásicos, puede ser superada, desde esta perspectiva, si se asume a la argumentación del fallo como una garantía del imputado, de la cual éste puede disponer.

Así, por un lado se dota de calidad de garantía disponible a la fundamentación de sentencias, y por el otro, presupone la ausencia de argumentación explícita en el juicio por jurados de tipo anglosajón.

Planteada así la cuestión, el ciudadano enjuiciado por legos podría renunciar a su derecho garantizado de motivación de la sentencia si optara ser juzgado por un jurado popular de tipo clásico. En tanto que, si prefiriera la fundamentación de su eventual condena debería someterse a proceso bajo el sistema escabinado.³¹⁷ Estas ideas aplicarían, siempre que, se regule la posibilidad del imputado de disponer sobre el modo de juzgamiento por legos. O cuanto menos, si el ser juzgado por pares fuera considerado como un derecho personal renunciabile del acusado. Vale acotar que, la Corte Suprema, en el fallo “Canales”, desestimó el cuestionamiento constitucional efectuado por el condenado a la normativa neuquina que prevé el juzgamiento obligatorio por jueces populares, enrolado en la tesis que afirma que, el juicio por jurados debe ser entendido como un derecho individual, pero fundamentalmente, como un modelo institucional de administración de justicia. Uno de sus exponentes, Rosatti, concluye “esta institución no solo expresa el derecho de un imputado a ser juzgado por sus pares sino - fundamentalmente- el derecho de los pares a juzgarlo”³¹⁸.

2. b. Tesis relativas (Fundamentación con expresión revelada)

Se dijo arriba, que el jurado lego al analizar la prueba de acuerdo al sistema de la íntima convicción, declara culpable o inocente al acusado cuando alcanza cierto número de votos, sin indicar las razones de esa conclusión.

En este punto, se exponen aquellos mecanismos ideados para intentar mitigar la carencia absoluta de argumentación por parte de los jurados de tipo anglosajón, brindando un análisis superador en orden a compatibilizar las obligaciones constitucionales de motivación de sentencias y de enjuiciamiento popular.

³¹⁷ GRISSETTI, Ricardo Alberto, “El juicio por jurados: cómo conjugar la participación ciudadana y el requisito de la fundamentación de la sentencia en su implementación ¿jurado escabinado? ¿jurado puro? ¿los dos?”, Sup. Penal2008 (diciembre), 16 - LA LEY2009-A, 889.

³¹⁸ ROSATTI, Horacio “¿Puede el pueblo juzgar? ¿Debe el pueblo juzgar? op. cit. p. 3 y 10.

Con esa finalidad, los autores atribuyen a ciertos institutos -parámetro de prueba mínimo e instrucciones- la función de derivar o revelar el razonamiento empleado por los legos, mixturando el sistema de valoración probatorio basado en la íntima convicción.

2.b.1. Estándar probatorio mínimo.

Hay quienes sostienen que el escollo al veredicto inmotivado de los jurados anglosajones deviene inconsistente si se cuenta con un sistema de estándar de prueba objetivo y razonable. En otras palabras, sin estos parámetros previos de certezas, toda expresión de fundamentos representa, por sí sola, la confesión de un juicio subjetivo y arbitrario.

En este postulado, una hipótesis fáctica de culpabilidad del imputado solo puede ser aceptada si responde a un grado particularmente alto de confirmación probatoria.

Schiavo celebra el art. 371 ter del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires que incorpora el concepto de veredicto inmotivado junto con la declaración de culpabilidad supeditada a la superación de toda duda razonable.³¹⁹ Ello, según el autor, conduce a “(...) fijar grados de certeza previos a la posibilidad de emitir un juicio de convicción. Es decir, al no exigírsele una explicación de la “certeza moral” de quien emite el juicio, lo que se reduce es el campo de acción del mismo, imponiéndose la necesidad de que sea la evidencia la que suministre un estándar de prueba objetivo de entidad tal que permita sustentar, por fuera de cualquier duda, a la hipótesis de acusación”.³²⁰

En esa línea, el doctrinario citado refiere que el derecho, como cualquier campo del conocimiento, exige que una afirmación únicamente pueda ser aceptada cuando la misma se encuentre sólidamente conectada con la evidencia que la respalda. Rechaza que la “subjetiva convicción” de una aseveración pueda probar una hipótesis, pues sería como asegurar que un evento es cierto solo por estar profundamente persuadido de su existencia.

³¹⁹ La fórmula “más allá de una duda razonable”, de cuño anglosajón para causas criminales, tiene entre nosotros un contenido semejante al aforismo “in dubio pro reo” que asume su rol determinante en la instancia final, con el pronunciamiento del veredicto de condena o absolución. HENDLER, Edmundo, *El juicio por jurados: significados, genealogías, incógnitas*, 1ra edición, Buenos Aires, Del Puerto, 2006, p. 73/74.

³²⁰SCHIAVO, Nicolás “Fundamentos conceptuales del veredicto inmotivado” publicado en www.juicioporjurados.org/2012/08fundamentos-conceptuales-del-veredicto.html consultado el 31/7/2014 a las 13:00 hs. p. 1/2.

Asimismo, refiere Schiavo que el fundamento conceptual del veredicto inmotivado conduce a establecer un nuevo campo de estudio, el “derecho probatorio”, cuyo objeto se centra específicamente en la forma que se construye una imputación y el grado de certeza que ella tiene –estándar probatorio- para poder habilitar el juicio subjetivo del sentenciante. “De allí que el jurado podría ser arbitrario en la absolución, pero nunca podría serlo en la condena, en tanto que para poder expresarse en ese sentido tendría que encontrarse apoyado en un caudal de evidencia admisible que –en conjunto con las instrucciones que se le dirigieran- obrarían como una fundamentación suficiente y controlable (...)”³²¹

El autor en su obra dirigida a la judicatura en general, explica su tesis acerca de la necesidad de un estándar mínimo y objetivo para la habilitación del juicio de verdad.³²² Parte de la idea de que la verdad³²³, como objeto del proceso, se logra luego de transitar varios estadios que el mismo autor describe. Así, en el proceso de verificabilidad, se determina todo aquello sobre lo cual resulta necesario expresarse, como un acontecimiento verídico.³²⁴

Continúa explicando que el segundo aspecto de la verdad se liga a su manera de construcción, es decir, a la forma de verificación y se toma en cuenta las condiciones de los órganos encargados de investigar y de juzgar. Aquí se examinan las reglas de exclusión, pertinencia y admisibilidad de la prueba.

Luego, el último aspecto de la triple relación del juicio de verdad se vincula con las reglas de la comprobación. Es decir, las formas bajo las cuales es posible afirmar que resulta verídica la historia relatada en el hecho. Al respecto, expresa que “Las reglas de comprobación tienen una íntima vinculación con las anteriores, en tanto ellas requieren una particular conexión con las que rigen la conformación narrativa del hecho y las formalizaciones de los medios de prueba; pero también comprenden aquellas otras vinculadas a la “valoración de la prueba”. Todas éstas, en conjunto, hacen a la fijación de

³²¹SCHIAVO, Nicolás “Fundamentos conceptuales del veredicto inmotivado” op.cit.p.2.

³²²SCHIAVO, Nicolás, *Valoración racional de la prueba en materia penal: un necesario estándar mínima para la habilitación del juicio de verdad*, 1ra. edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2013, p. 51/3.

³²³ El autor cuando utiliza la expresión verdad, hace referencia a un concepto más reducido, el de verdad procesal, como aquella que solo se conoce por lo que ha sido producido en el proceso, bajo las formas legales establecidas y en los supuestos que éste determina.

³²⁴ Únicamente interesa la verdad de un evento en tanto adquiera sentido a través de determinados principios jurídicos que conducen a calificarlo como un hecho penalmente relevante.

determinados SP que deben alcanzarse, para poder afirmar la existencia del hecho (...)"³²⁵

Más adelante, explica que los principios que hacen al juicio de pertinencia y admisibilidad reducen considerablemente el material sujeto a una valoración subjetiva, pero aún lo hacen de manera insuficiente, dado que no proporcionan un estándar de probabilidad objetivo referente al modo en que él debe ser analizado.

Finalmente, ese estándar de probabilidad prevalente se logra con el apoyo de cuatro premisas principales, que Shiavo enumera del siguiente modo: "1. Que el juez debe resolver la veracidad de los enunciados considerando su aplicación a cada uno de ellos. 2. Que en el juicio de veracidad utilicen criterios racionales ajenos a la "íntima" convicción. 3. Que únicamente sea posible hablar de "verdad" en aquellos casos en que las pruebas confirmen la hipótesis que se asume como verdadera. Pero fundamentalmente, y por sobre todas las cosas, 4. Que la cantidad de prueba presentada en el caso permita asumir que la probabilidad en que se fundan las afirmaciones anteriores son "elevados" frente a las hipótesis contrarias. (...)"³²⁶

Refiere el autor que en el nuestro ámbito jurídico los jueces se encuentran desprovistos de cualquier regla de pertinencia y carentes de condiciones de valoración probatoria -cuanto menos en los términos que se ha analizado-. Por lo que, como propuesta superadora a ese juicio subjetivo que tilda de insuficiente, plantea la necesidad de que las reglas de apreciación y comprobación deban estar previa y objetivamente delimitadas bajo un mecanismo de inferencias inductivas que en su conjunto permitan expresarse en términos de probabilidad.

En definitiva, el autor traslada esas consideraciones respecto a la cuantificación objetiva de los elementos de prueba al enjuiciamiento por legos, y afirma que el sistema anglosajón utiliza esta clase de estándar de valoración -expresado en normas federales o estatales de evidencia y también en las denominadas instrucciones al jurado-, que suplen toda motivación expresa sobre la premisa fáctica del fallo.

2.b.2 Instrucciones al jurado.

³²⁵ Incluso, el autor en su trabajo debate sobre los "SP" que deben alcanzarse en el curso de la valoración de la prueba para afirmar que determinado hecho puede ser tenido por verídico. SCHIAVO, Nicolás, *Valoración racional de la prueba en materia penal: un necesario estándar mínima para la habilitación del juicio de verdad*, op. cit., p. 2/3.

³²⁶ SCHIAVO, Nicolás, *Valoración racional de la prueba en materia penal: un necesario estándar mínima para la habilitación del juicio de verdad*, op. cit., p. 53.

Los partidarios de este sistema sostienen que es posible cumplir la exigencia constitucional de fundamentación de sentencias, sin necesidad de dar razones de su convicción, por medio de las denominadas instrucciones al jurado. Hendler, como postulante de esta corriente, refiere en su obra que “La correlación entre las indicaciones impartidas y el veredicto se muestra como la de una premisa y su conclusión y tiene el claro sentido de expresar los fundamentos de esta última.”³²⁷

De lo que se trata es de sustituir, en el sistema de juicio por jurados, el esquema tradicional de la sentencia –en el que se plasma el razonamiento lógico que funda la decisión– por un veredicto que nace a raíz de las respuestas que el jurado debe hacerse ante cuestiones que determina el juez técnico encargado del debate.³²⁸

A su vez, este tema encuentra su punto de conexión con el tratado anteriormente, pues el estándar probatorio mínimo puede fijarse por medio de las instrucciones. Entonces, y dada la indiscutible importancia que en una sentencia tiene la fijación de los hechos, resulta central saber que son, como se confeccionan, el funcionamiento y la utilidad que presentan las reglas que guían al jurado para emitir su veredicto.

Las instrucciones propiamente dichas son un conjunto de indicaciones legales vinculantes, redactadas en términos claros y sencillos por el juez profesional con la colaboración de las partes, que albergan la enunciación de una serie de principios jurídicos que rigen en cada caso, con el fin de acotar la discrecionalidad del jurado en su decisión.

³²⁷ HENDLER, Edmundo, *El juicio por jurados: significados, genealogías, incógnitas*, op. cit., p. 103. En nuestro país, el Código Procesal Penal de Buenos Aires recepta esta teoría. El art. 106 (Texto según Ley 14543) establece sobre la motivación que “Las sentencias y los autos deberán ser motivados, bajo sanción de nulidad. (...) En el caso del juicio por jurados las instrucciones del juez al jurado constituyen plena y suficiente motivación del veredicto” y el artículo 375 bis: (Texto según Ley 14543) Sentencia en juicio por jurados. Cuando el juicio se celebre por Tribunal de jurados, la sentencia se ajustará a las normas previstas en este código pero deberá contener el veredicto del jurado y la transcripción de las instrucciones dadas al jurado sobre las disposiciones aplicables al caso. Resulta ilustrativo también el art. 211 del Cód. Proc. Penal de Neuquén (Ley 2784) que dice “Sentencia. Cuando el juicio se celebre por Tribunal de Jurados, la sentencia se ajustará a las normas previstas en este Código pero deberá contener, en lugar de los fundamentos de la decisión sobre los hechos probados y la culpabilidad del imputado, la transcripción de las instrucciones dadas al jurado sobre las disposiciones aplicables al caso y el veredicto del jurado”. En idéntico sentido, se regula en los arts. 206 del Cód. Proc. de Río Negro, 92 de la ley de Chaco, y 39 de la ley mendocina 9106. En forma concordante, con los arts. 92 de la ley 10.746 de Entre Ríos, 87 de la ley XV 30 de Chubut, y el art. 495 del Cód. Proc. Penal de San Juan (ley 1851-0).

³²⁸ Es más, esas respuestas serían controlables con los registros filmicos del juicio. FERRER Carlos, “La cuestión de la fundamentación de la sentencia. Juicio puro vs. Jurado mixto”, *Revista de Derecho Procesal Penal 2014-2: juicio por jurados II*, 1ra. edición, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, p. 174/175.

En palabras de Chiesa Aponte “las instrucciones al jurado son el mecanismo procesal mediante el cual el jurado toma conocimiento del Derecho aplicable al caso”.³²⁹

Su importancia radica en que, es con relación a ellas que giran las cuestiones que pueden ser planteadas en recursos ante otras instancias.³³⁰

Existen otros dos tipos de sugerencias que los jueces pueden dirigir al jurado – pero que a diferencia de las instrucciones- no rigen con uniformidad en todos los sistemas clásicos. Se trata de los comentarios sobre los hechos probados y el resumen de las pruebas presentadas.³³¹

Las instrucciones propiamente dichas brindadas a los jurados antes de deliberar, son preparadas habitualmente por el juez luego de escuchar las propuestas de las partes. Anticipadamente, el acusador y los abogados defensores presentan sus modelos de instrucciones al juez, detallando sus proposiciones -según lo que a cada una le convenga dentro de los parámetros de legalidad- en un memorando escrito que debaten luego en el despacho del magistrado.

El juez profesional al elaborar -en soledad- las instrucciones finales, deberá hacerlo en términos sencillos y accesibles para que puedan ser entendidos por cualquier ciudadano. Si las partes mantienen objeciones en alguno de sus puntos, podrán dejar constancia de ello -reserva-, a los fines de fundar con posterioridad, los recursos pertinentes.³³²

³²⁹ CHIESA APONTE, Ernesto L., *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, Forum, Colombia, 1995, vol. II, p. 233 cit. por ALMEIDA, Vanina, “La Garantía de deliberación y su eficacia práctica en el sistema anglosajón de juicio por jurados”, *Revista de Derecho Procesal Penal –Juicio por Jurados –I*, 2014-1, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, p.74/75.

³³⁰ HENDLER, Edmundo, *El juicio por jurados: significados, genealogías, incógnitas*, op. cit. p. 78.

³³¹ La ley 2364-B para la Provincia de Chaco establece en su art. 71 que “El juez no podrá efectuar en las instrucciones, bajo pena de nulidad, un resumen del caso, ni valoraciones o alegaciones sobre los hechos, las pruebas o la credibilidad de las declaraciones recibidas durante el juicio”. En el mismo sentido, arts. 201 de Cod. Proc. de Río Negro, 71 de ley 10746 y 44 ley XV 30. Por su parte, los tribunales federales en los Estados Unidos receptan las tres indicaciones, pero en la mayoría de los estados de Norteamérica, la atribución de hacer comentarios ha sido suprimida, incluso por expresas disposiciones constitucionales, admitiendo solo el resumen de las pruebas presentadas sin acotaciones sobre lo que fue acreditado. Eso no excluye que igualmente deben impartirse las instrucciones concernientes a la ley aplicable. Por su parte, la práctica inglesa indica que en ese país, las directivas a los jurados tienen lugar por medio del resumen final de los jueces. En él se incluye las indicaciones sobre el derecho que son vinculantes para el jurado, y el resumen de las pruebas, que es un comentario que atañe a las cuestiones de hecho pero que no es obligatorio para los legos. HENDLER, Edmundo, *El juicio por jurados: significados, genealogías, incógnitas*, 1ra edición, Buenos Aires, Del Puerto, 2006, p. 75 y 91 a 100 con cita de MURPHY Peter (ed.), *Blackstone's Criminal Practice*, Blackstone Press Limited, 8ª ed., 1998.

³³² Los arts. 371 del Cód. Proc. Penal de Buenos Aires, 205 del Cód. Proc. Penal de Neuquén -Ley 2784-, 201 del Cód. Proc. Penal de Río Negro, 68 del ordenamiento procesal chaqueño, 32 de la ley 9106 de Mendoza, 68 de la ley entrerriana y 485 del Cód. Proc. Penal de San Juan, regulan, de manera coincidente, como se elaboran las Instrucciones para la deliberación de jurados.

La bondad atribuida a las instrucciones propiamente dichas reside en que, los legos no pueden basarse en otra prueba que no esté allí indicada y eso, a juicio de los defensores del sistema, implica la reducción de su margen de discrecionalidad.

En ese punto, la doctrina describe la operatoria de las instrucciones en el sistema anglosajón. Así, al concluir el juicio oral y antes de que el jurado se retire a deliberar (*final deliberation*) para dar su veredicto, el jurado recibe del juez las instrucciones (*jury instructions*) que le indican qué reglas debe seguir para tomar su decisión.³³³ Hay un conjunto de instrucciones básicas que aplican casi todos los tribunales en Estados Unidos –las llamadas *pattern instructions*– adaptadas según las circunstancias a cada caso concreto por el juez, y sometidas a constante escrutinio por parte de las autoridades judiciales y académicas de aquél sistema.

Conforme a esta postura,³³⁴ las instrucciones sobre la ley aplicable al caso –y el resumen de las pruebas presentadas– que son impartidas al jurado contienen una clara semejanza con los fundamentos legales dados por los jueces profesionales en sus sentencias y se erigen en premisas que dan basamento a su conclusión –el veredicto–.

Hendler, incluso, le anota a las instrucciones una ventaja adicional, para él ausente en la redacción de los fallos de los jueces técnicos, y es que se exponen, necesariamente, en términos claros y sencillos.

De manera que, así planteadas, las instrucciones pretenden satisfacer plenamente el requisito de fundamentación de la sentencia que se impone al resguardo del debido

³³³ Así también se estructura en el Cód. Proc. Penal de Buenos Aires (art. 371 ter según Ley 14543) en cuanto a que el juez le explica verbalmente al jurado las normas que rigen la deliberación, le entrega una copia por escrito de las instrucciones, les indica cómo se confecciona el veredicto y les informa sobre su deber de pronunciarlo en sesión secreta y continua. Les hace saber que rige la presunción de inocencia y que para declarar culpable a una persona se debe probar su autoría más allá de toda duda razonable. El magistrado aclara que el acusador es quien tiene la carga de demostrar la culpabilidad del imputado, cual es el alcance constitucional de la negativa a declarar del acusado y que solamente podrán considerar la evidencia producida en el juicio. Los instruye sobre el derecho aplicable al caso, las causas de justificación y análogas, si fueron objeto de debate y las cuestiones atinentes a la valoración de la prueba. Para ello se utilizará un lenguaje claro y sencillo. Si durante la deliberación los integrantes del jurado tuviesen dudas sobre el alcance de las instrucciones, en cualquiera de sus aspectos, lo harán saber al juez por escrito. La votación es secreta. En sentido similar se recepta en la Provincia de Neuquén (art. 206), Río Negro (art. 201), Chaco (art. 69), Mendoza (art. 33), Entre Ríos (art. 69 y 70), Chubut (art. 43) y San Juan (art. 486).

³³⁴ Para otro sector de la doctrina, las instrucciones si bien permiten asumir que el jurado entendió su labor, no constituyen ni suplen una fundamentación que consideran innecesaria. ROSATTI, Horacio “¿Puede el pueblo juzgar? ¿Debe el pueblo juzgar? op. cit. p. 8.

proceso, tanto en lo que hace a la motivación legal de las decisiones del jurado como, por consiguiente, a las posibilidades de revisión de sus veredictos en instancias superiores.³³⁵

Quizás, por ello, la Corte Interamericana en el caso: “Nicaragua”, relaciona directamente el debido proceso legal a la existencia obligatoria de instrucciones del juez director del proceso, sobre el derecho aplicable, en tanto ofrece garantías para escrutar la decisión del jurado y a partir de ellas, se puede “mostrar” el correlato lógico del veredicto con los hechos y la evidencia.

En definitiva, podría concluirse que, para las teorías analizadas, los veredictos emitidos por los jurados, no son infundados, solo que -por distintas razones- esa motivación no es puesta de manifiesto o al menos no se exterioriza en el formato tradicional de redacción de fundamentos, utilizado por los jueces técnicos.

V.Revisión de las decisiones del jurado

1. a. Control de la decisión en el juicio por jurados anglosajón.

Sostienen los autores enrolados en la corriente juradista clásica, que el hecho de que las motivaciones del veredicto no sean reveladas, no impide ni restringe, al condenado, el ejercicio efectivo de la garantía de revisión de la sentencia.

Por lo pronto, vale aclarar que el control de las resoluciones dictadas en el marco de un enjuiciamiento con jurados, no resulta subjetiva ni objetivamente ilimitado. De hecho, solo procede el recurso contra sentencias de naturaleza condenatoria.

Cuando se tratara de una decisión desincriminante, de acuerdo a los sistemas procesales de juicios por jurados clásicos vigentes en nuestro país, no se permite al Ministerio Público Fiscal o a la querrela, impulsar la revisión de los veredictos de no culpabilidad emitidos por los jueces legos³³⁶, tampoco solicitar el reexamen de las

³³⁵HENDLER EDMUNDO S. “La fundamentación legal del veredicto de los jurados”, op. cit, BILINSKI, Mariana “Cada vez más cerca de la implementación del sistema de enjuiciamiento penal con jurados”, op.cit. PENNA, Cristian, “Prejuicios y falsos conocimientos: historia de los cuestionamientos al juicio por jurados en Argentina”, disponible en www.saij.gov.ar

³³⁶Conforme arts. 20, 450, y 371 quater pto. 7, Cód. Proc. Penal de Buenos Aires. El art. 89 de la ley procesal de Chaco establece “El veredicto de no culpabilidad será obligatorio para el tribunal y hará cosa juzgada material, concluyendo definitiva e irrevocablemente el procedimiento y la persecución penal en contra del acusado. Contra el veredicto de no culpabilidad y la sentencia absolutoria correspondiente no

sentencias absolutorias dictadas en su consecuencia -salvo en determinados supuestos excepcionales-³³⁷.

1.a.1. Control del veredicto condenatorio.

Las partes intervinientes en un juicio por jurados, no se encuentran legitimadas para recurrir el veredicto condenatorio, como acto procesal autónomo. Sin embargo, algunos ordenamientos permiten que dicho resolutorio sea sometido a revisión por parte del juez director del proceso. En este sentido, según el Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires (art. 375 bis) el magistrado, tiene la prerrogativa de evaluar si el veredicto de culpabilidad se compadece con la prueba producida en el debate, para en caso de resultar manifiestamente contrario, declarar la nulidad de lo resuelto, ordenando la realización de otro juicio, con nueva integración de jurados.

Por su parte, las leyes que regulan el juicio por jurados en las provincias de Chaco (art. 83), Entre Ríos (art. 83) y Chubut (art. 55) receptan la “reconsideración” del veredicto defectuoso -ambiguo-, con la posibilidad concreta del juez de instruir, previa opinión de partes, al jurado para que exprese claramente la intención de absolver o condenar. Pero, si el jurado persistiere en rendir el veredicto con las mismas falencias, la resolución será aceptada y el juez dictará un fallo absolutorio.

1.a.2. Control de la sentencia condenatoria.

En este punto, a diferencia del anterior, el objeto del recurso es la sentencia misma, que, a su vez, contiene un veredicto de culpabilidad. Aquí se analiza la chance que tiene el condenado de revisar el fallo y la amplitud de ese remedio en el juicio por jurados de tipo anglosajón.

La CSJN en “Canales” fue categórica al referir que “(...) pese a la ausencia de fundamentación escrita, es perfectamente posible cuestionar una resolución de un jurado en base a la incongruencia entre precedentes o premisas (afirmaciones y pruebas) y

se admite recurso alguno (...)”. Del mismo modo, los arts. 38 inc. c de la ley 9106 de Mendoza, y 89 de la ley entrerriana 10746.

³³⁷Por ejemplo, el acusador sólo podrá impugnar la sentencia absolutoria cuando demuestre fehacientemente que el veredicto absolutorio del jurado fue logrado mediante soborno, o por comisión de coacción agravada, secuestro extorsivo u otras graves intimidaciones (Artículos 232 y 235 inc. 2 del Cód. Proc. Penal de Río Negro). En sentido similar, el Cód. Proc. Penal de Neuquén -arts. 238 último párrafo y 241 inc. 2-, art. 89 de la ley de jurados de Chaco, y art. 90 de Chubut (ley XV 30).

conclusión (culpabilidad o inocencia). Siendo pertinente recordar, *mutatis mutandi*, que esto es así por cuanto el Tribunal ya remarcó que "la propia Constitución no puede interpretarse en forma contradictoria, o sea, que el principio republicano de gobierno impide entender un dispositivo constitucional como cancelatorio de otro" (Fallos: 328:3399, considerando 24)."

De modo que, según lo resuelto por el máximo órgano judicial de nuestro país, el Tribunal de alzada al efectuar el contralor de una sentencia condenatoria dictada en juicio por jurados, dada la ausencia de explicación razonada del valor de la prueba, tiene por misión, verificar la coherencia entre la resolución, las afirmaciones de las partes y la evidencia.

Para ello, deberá recorrer, en sentido inverso, el razonamiento interno logrado por los jurados, a través del método histórico de apreciación crítica de los hechos probados. Podríamos asimilar ese proceso al de la mecánica de un tren que se desplaza por una misma vía férrea, transitando varias estaciones para llegar a destino, las que, luego serán nuevamente frecuentadas cuando al llegar a la última terminal, deba emprender su regreso. En la revisión de la sentencia, el viaje comienza por la última estación denominada "Sentencia" y en el tránsito a su destino -primera estación: "acusación"- irá verificando la corrección de su itinerario ("Juicio") para determinar si la línea escogida es la correcta (en el sentido de unir coherentemente acusación, juicio -pruebas- y sentencia).

Satisfechos o no con la metodología de revisión judicial de la sentencia dictada en un juicio por jurados, resta todavía analizar, ya en relación con los sujetos legitimados para recurrir, cómo se concreta la pretendida posibilidad de impugnar la determinación de los hechos efectuada por un jurado, aun cuando no expresa sus motivos.

La doctrina se ocupa de ello, y brinda, como medios para hacer operativo el recurso de casación, las instrucciones que el juez brinda al jurado y el estándar de duda razonable que necesariamente debe superar.

Harfuch -respecto a la recurribilidad- textualmente refiere que "los Pactos le exigen a los Estados no que motiven sus sentencias, sino que concedan al condenado la posibilidad de demostrar que el fallo es irracional, sea que surgió de un proceso formalmente injusto (*iudicium recindens*) o que arrojó un resultado injusto por defectos graves. Ello está perfectamente contemplado en el sistema de jurado clásico con íntima convicción desde hace siglos del modo explicado: las instrucciones son la base motivada y racional de la íntima convicción. Un juicio por jurados sin instrucciones del juez será

nulo, precisamente porque sería un fallo infundado o inmotivado, surgido de la libre idea del jurado sin guía alguna del juez”³³⁸

De modo que, todo el sistema recursivo gira principalmente sobre el eje de las instrucciones. Los actores del sistema penal con jurados clásicos deben asumir que se litiga y los recursos se interponen en base a lo que el juez dijo, o dejó de decir o dijo erróneamente en las instrucciones.³³⁹

Así planteadas, las instrucciones son la base del agravio³⁴⁰ y también –según esta tesis– son los fundamentos que el tribunal revisor debe analizar para determinar si el a quo valoró correctamente la prueba, superando toda duda razonable.

En función de ello, la alzada no sólo examina si fue correctamente motivado el fallo, determinando si las instrucciones fueron claras y precisas³⁴¹, sino que también revisa de manera autónoma la prueba del proceso.³⁴²

Necesariamente, se producen cambios en la mecánica recursiva de las sentencias emitidas por los jurados populares. Penna, es quien afirma que los motivos para recurrir,

³³⁸ HARFUCH, Andrés “La fundamentación del fallo en el sistema de jurado clásico”, op. cit. p. 5

³³⁹ De hecho, aducen que la inmotivación del veredicto del jurado clásico nunca fue un impedimento en Inglaterra, Canadá, Puerto Rico o Estados Unidos para cuestionar la prueba de los hechos del caso ante una sentencia de condena derivada de un veredicto de culpabilidad. Afirman que, son todos signatarios del PIDyCP y, por lo tanto, están también alcanzados por la doctrina “*Herrera Ulloa*”, sin que ello haya repercutido negativamente en lo más mínimo en su actualidad recursiva. La audiencia plenaria en el precedente “Taxquet” de la Corte Europea de Derechos Humanos, señaló que la condena carente de fundamentos no viola por sí sola el derecho a un proceso equitativo ni Pactos Internacionales de Derechos Humanos, cuando sus motivos pueden resultar de la acusación y del contenido de las cuestiones propuestas al Jurado, si ellas contienen información suficiente, son precisas e individualizadas. (“Taxquet V. Bélgica”, 06/10/10). HARFUCH, Andrés, *Inmotivación, secreto y recurso amplio en el juicio por jurados clásico* op. cit. Dentro del sistema interamericano, los autores refieren que se han tratado peticiones relacionadas con condenas emitidas a partir de veredictos de culpabilidad y la Corte Interamericana no ha objetado la falta de fundamentación expresa. KIHN, Bruno Roberto “Modelo anglosajón puro del juicio por jurados, Constitución Nacional y sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, op. cit., p.7 a 13.

³⁴⁰ El art. 448 bis del Cód. Proc. Penal de Buenos Aires establece que el recurso podrá ser interpuesto por los motivos generales de casación –art. 448– y por motivos especiales, entre los que enumera: “c) Cuando se hubieran cuestionado las instrucciones al jurado y se entendiera que éstas pudieron condicionar su decisión. d) Cuando la sentencia condenatoria se derive del veredicto de culpabilidad que se apartare manifiestamente de la prueba producida en el debate.” En igual sentido el art. 93, de la ley chaqueña.

³⁴¹ Hendler anotaba que sin dudas el resumen final constituía la materia más frecuente de los recursos de apelación en el sistema anglosajón y enumeraba los errores comúnmente corregidos: “1) Indicaciones erróneas sobre el derecho; 2) omisión de incluir indicaciones sobre el derecho consideradas imprescindibles; 3) indebida exclusión de cuestiones de hecho que deben ser resueltas por el jurado; 4) indicaciones erróneas sobre los hechos; 5) comentarios inapropiados sobre los argumentos de la defensa; 6) comentarios relativos a la personalidad del acusado.” HENDLER, Edmundo, *El juicio por jurados, Significadas, Genealogías, Incógnitas*, op. cit., p. 90 con cita de MURPHY Peter (ed.), *Blackstone’s Criminal Practice*, Blackstone Press Limited, 8 va. edición, 1998.

³⁴² La ley N° 2365-B de Chaco, expresamente refiere en su art. 7 que además de las instrucciones del juez al jurado, “el requerimiento de elevación a juicio y el registro íntegro y obligatorio del juicio en taquigrafía y/o video” constituyen plena y suficiente base para el control amplio de la decisión del jurado. En idéntico sentido, lo prevén las provincias de Chubut (art. 6 ley XV30) y Entre Ríos (art. 7 ley 10746).

y su amplitud, no se ven alterados en un sistema de enjuiciamiento por legos, pero le impone una nueva dinámica al recurso, de acuerdo al interés afectado. Concretamente, refiere que no cambian las posibilidades de revisión de la condena, sino solo la base objetiva de los agravios. De manera simple, lo esquematiza: “Si el agravio reposa en una errónea decisión sobre admisibilidad de prueba, los argumentos del recurso tendrán apoyo en el registro de la audiencia de etapa intermedia. Si el agravio atañe a la conformación del jurado, el apoyo estará en el registro de la audiencia de voir dire. Si el agravio reposa en algún comportamiento indebido del juez o del fiscal frente al jurado cualquier actitud con capacidad para direccionar ilegítimamente su veredicto, el apoyo estará en el obligatorio registro en video de la audiencia de juicio. Si el agravio reposa en una errónea interpretación del derecho sustantivo delitos o defensas, el control recursivo reposará sobre el registro del debate de las instrucciones y sobre las instrucciones escritas del juez. También reposará en las instrucciones y en el registro de su litigio cualquier interpretación atinente al principio de la duda razonable y la carga de la prueba o a los criterios de valoración de la prueba, entre otras pautas de orden procesal. Finalmente, si el agravio se vincula con cuestiones de hecho y prueba -errónea determinación de los hechos y arbitrariedad en la valoración de la prueba-, los argumentos del recurso podrán tener sustento en los registros de audio y video obligatorios.”³⁴³

En lo que sigue, nos referiremos a los agravios relacionados con la prueba de los hechos y los criterios de valoración.

1.a.2.i Alcance de la revisión en el juicio por jurados anglosajón: valoración independiente e integral de la prueba en la alzada.

En cuanto al alcance atribuido al recurso de casación en el enjuiciamiento por jurados clásico, algunos sostienen que está limitado a cuestiones de derecho, porque los jurados deciden sobre los hechos y éstos resultan inapelables.³⁴⁴

En este apartado, la propia doctrina juradista contradice esa afirmación y asegura que la revisión amplia exigida por el bloque de constitucionalidad es perfectamente admisible en el enjuiciamiento por jurados anglosajón, porque congenia un recurso que

³⁴³ PENNA, Cristina, “Primer Paso de la Corte Suprema de Justicia hacia la consolidación del juicio por jurados” LA LEY 26/06/2019, AR/DOC/1903/2019, p. 9.

³⁴⁴PERRACHIONE, Mario Claudio “El sistema de jurados instituido en Córdoba es una solución demagógica e inconstitucional que debe ser eliminada”, *Semanario Jurídico N°4*, Comercio y justicia Editores S.A. id. Infojus: DACF000021.

abarca hechos y derecho. Dice Schiavo que “(...) en el derecho anglosajón, desde siempre se admitió la posibilidad de recurrir un veredicto condenatorio, pero no por discrepar con el contenido inmotivado de su veredicto, sino por nulidad por haberse emitido el mismo sin que existiera una suficiente y previa cantidad de evidencia, que bajo las fórmulas del derecho probatorio, permitieran asumir como constitucionalmente válido un veredicto de culpabilidad”³⁴⁵

En apoyo a sus conclusiones, citan el fallo “Casal”, en la medida que la Corte Suprema de Justicia, siguiendo el antecedente “Herrera Ulloa” en el ámbito interamericano, sentenció que “(...) el tribunal de casación debe agotar el esfuerzo por revisar todo lo que pueda revisar, o sea, por agotar la revisión de lo revisable (...)”³⁴⁶

Bajo ese lineamiento, para esta postura, cuando el juicio sea por jurados clásico y el acusado impugne la condena, el tribunal superior debe hacer un análisis propio de la evidencia revisándola en su integridad.

De allí que, sea competencia ordinaria y normal de los jueces del recurso, evaluar con amplitud la prueba de los hechos del caso y determinar si ella fue suficiente o insuficiente para abastecer el estándar objetivo de duda razonable y para tener por probados los hechos de la imputación.

Insisten en que, es tarea de los jueces del recurso valorar, reexaminar y decidir si la prueba y el peso de la misma fueron contundentes para condenar a la persona más allá de toda duda razonable y, si las instrucciones del juez al jurado sobre este punto crucial, fueron correctas y claras.³⁴⁷

En definitiva, según la doctrina judicial de nuestra CSJN, en el juicio por jurados anglosajón, se encuentra garantizado el derecho al recurso amplio.

Luego, el modo de revisión de la condena no sería el tradicional, y ello no quebrantaría garantía constitucional alguna. Concretamente, para esta tesis, la alzada

³⁴⁵ SCHIAVO, Nicolás “Fundamentos conceptuales del veredicto inmotivado” op. cit. p.3.

³⁴⁶ CSJN, *Recurso de hecho deducido por la defensa de Matías Eugenio Casal en la causa Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa*, sentencia de 20 de septiembre de 2005.

³⁴⁷ En Canadá, la corte de apelaciones sigue un test de valoración objetivo-subjetiva –llamado “Test de Yebes”- bajo el método de la revisión integral de toda la evidencia producida en el debate, y luego extrae sus conclusiones e inferencias sobre si se superó o no el estándar de duda razonable. Sintéticamente, en Australia la defensa puede apelar fundando su recurso en que el jurado debió haber tenido en el caso concreto una duda razonable. Este tipo de apelaciones hacen que las cortes deban determinar cuestiones de hecho. En el fallo de la Suprema Corte de Australia “Weiss” [2005] HCA 81, [41] se dijo “La corte de apelaciones debe hacer su propia valoración independiente de la evidencia y determinar si, con las naturales limitaciones existentes en el caso de una corte de apelaciones que procede total o parcialmente sobre los registros taquigráficos, se probó que el acusado fue encontrado culpable más allá de toda duda razonable”. HARFUCH, Andrés, *Inmotivación, secreto y recurso amplio en el juicio por jurados clásico* op. cit, 17 a 21.

verifica la razonabilidad de la decisión, no ya en base a los argumentos del fallo, sino a través de un análisis lógico entre las premisas y la conclusión, en el que se tiene en cuenta las instrucciones del juez técnico y, especialmente, de forma independiente e integral, la prueba de los hechos.

Para finalizar, y ante el interrogante que se me plantea acerca de cómo se materializaría en la alzada, esa revisión amplia e independiente de la sentencia en un juicio por jurados, encuentro que, según la doctrina, el recurso se resuelve de dos modos, a través del control de la evidencia reunida en el debate o efectuando un nuevo juicio.

En el primer caso, Penna, siguiendo los lineamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Casal”, en cuanto a revisión amplia de las pruebas, y sin magnificar las cuestiones de la intermediación, refiere que basta consultar los registros escritos de las actuaciones o acudir a la reproducción audiovisual de las evidencias recibidas en el juicio.³⁴⁸ En este aspecto, el ordenamiento bonaerense, obliga, bajo pena de nulidad, la filmación o grabación íntegra del juicio por jurados (art. 370).

Precisamente, esta cuestión fue abordada por un tribunal de alzada, en oportunidad de resolver un recurso de casación interpuesto contra una sentencia condenatoria dictada en el marco de un enjuiciamiento popular. A propósito del contralor de la prueba, se dijo que: “La tarea revisora de este tribunal, en lo que respecta a esta modalidad de agravio, no pasa por la realización de un nuevo juicio, sino en una labor en la que se debe estimar la “suficiencia probatoria de signo acusatorio” que, más allá de toda duda razonable, avale la decisión del veredicto de culpabilidad. En ese sentido, el juicio de suficiencia probatoria no difiere sustancialmente del control que se realiza respecto de veredictos emanados de jueces técnicos”.³⁴⁹

³⁴⁸ El autor advierte que buena parte de la prueba se halla en la propia causa glosada como documental o pericial. La principal cuestión, generalmente, queda limitada a los testigos. De cualquier manera, esos testimonios resultan controlables por las actas que se labran en consecuencia. Aún más, agregan “que ante la actual facilidad para la registración en audio y/o video no se justifica la remisión a actas -el registro en audio/ video es más fiel, más ilustrativo, más práctico, más eficiente y menos costoso que la constancia actuarial-, y mucho menos a constancias del expediente escrito -fatal para la oralidad-.” PENNA, Cristian, “Prejuicios y falsos conocimientos: historia de los cuestionamientos al juicio por jurados en Argentina”, nota 44, disponible en <http://www.saij.gob.ar>. En este sentido, las reglas prácticas contenidas en la Acordada 1/12 dictada por la Cámara Federal de Casación Penal, en sesión plenaria, y dirigida a jueces profesionales, receptan específicamente la posibilidad de remitir al tribunal de impugnación registros digitales producidos en otras instancias para decidir procesos penales complejos.

³⁴⁹ Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala I, c. 88.547 “R., C. E. s/ recurso de casación / I., _D. O. F. y F., J. C. s/ recurso de casación” del 23/10/18.

Otro sector, se inclina más por la realización de una segunda audiencia de prueba, en la idea que, coloca al imputado en una mejor situación que aquella en que lo posicionan actualmente las leyes procesales en materia recursiva.³⁵⁰

Tanto una como otra, suponen la actuación de un tribunal de alzada integrado únicamente por jueces profesionales, y este detalle, genera un nuevo punto de discusión, pues encumbrada doctrina se pronuncia en desacuerdo con la composición exclusivamente técnica del órgano de revisión.³⁵¹

Me queda por decir que, será la experiencia recabada en aquellas jurisdicciones que cuentan con un sistema juradista de enjuiciamiento, lo que permitirá derribar, si es que todavía existen, los fantasmas que sobrevuelan la instrumentación efectiva del derecho al recurso, que goza el condenado por un tribunal popular.

A modo de cierre, una breve referencia a algunos de los aspectos abordados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el fallo “Canales”, que merecen ser destacados, por la autoridad de quien emanan y en razón de la trascendencia que, en este momento histórico, adopta el precedente, pues parece que, gradualmente, comienza a cumplirse el ansiado mandato constitucional de instaurar el juicio por legos en todo el país.

Nuestro diseño constitucional de administración de justicia, concibe al jurado como una institución sustancial para el juzgamiento de los delitos. Sin embargo, fue recientemente, la Corte Suprema de Justicia, en su rol de intérprete final de la ley suprema, quien zanjó las discusiones existentes en orden a las atribuciones legislativas para regularlo, convalidando el poder soberano de las provincias para dictar sus propias leyes de juicio por jurados.

Esto trae sus implicancias, pues si bien, por la propia naturaleza del control de constitucionalidad, el fallo carece de efectos *erga omnes*, sienta ciertos criterios generales que trascienden el pronunciamiento.

En este sentido, con respeto absoluto a la autonomía de las jurisdicciones locales para organizar su administración de justicia, resolvió, por primera vez, la adecuación constitucional del jurado de tipo anglosajón, instaurado en la provincia de Neuquén, que por caso, se encuentra en pleno funcionamiento.

³⁵⁰ Resulta más cuestionable para el autor que, no se realice de nuevo el juicio y se reproduzca la filmación del debate. KIHN, Bruno Roberto “Modelo anglosajón puro del juicio por jurados, Constitución Nacional y sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, op. cit. pág. 12.

³⁵¹ ROSATTI, Horacio “¿Puede el pueblo juzgar? ¿Debe el pueblo juzgar? op. cit. 5.

En ese marco, afirmó la validez de la íntima convicción, como sistema de apreciación probatoria del jurado. A los fines de la toma de decisión, importa más como los legos lograron el convencimiento interno, que la inexpressión de sus motivos, asegurando que ese proceso intrínseco también es revisable. Eso sí, para evitar arbitrariedades en la decisión, el veredicto debe permitir, a la luz de las pruebas y el debate de la audiencia, que quien la valore pueda reconstruir el curso lógico de razonamiento que llevó a los jurados a resolver en un sentido determinado. De modo que, el método histórico de reconstrucción del hecho, también utilizado por los jueces técnicos, se erige, como dogma de la “verdadera fundamentación” fáctica de las sentencias.

Por derivación, se relativizaron los argumentos escritos, para posibilitar el cuestionamiento de un fallo basado en un veredicto condenatorio, resolviendo cualquier interpelación con la simple indagación de la congruencia o incongruencia lógica de sus premisas.

Por otra parte, con un celoso cuidado de las facultades provinciales originarias e indefinidas, la Corte Suprema de Justicia procuró no inmiscuirse en cuestiones reglamentarias sobre la conformación y funcionamiento de los jurados. Lo dejó bien plasmado, al validar la disposición procesal de la provincia de Neuquén que dispuso el juzgamiento obligatorio por jurados en delitos que refieran cierta gravedad. A criterio de la Corte Suprema, la ley local, no desconoció ni alteró las garantías individuales fundamentales de los habitantes de esa provincia, conforme lo dispuesto en el art. 5 de la Constitución Nacional, por el hecho de no haber contemplado, en favor del imputado, un derecho a renunciar a esta modalidad de enjuiciamiento.

Bajo el mismo “prisma de análisis”, desestimó el agravio constitucional planteado a la mayoría especial aceptada por el legislador neuquino, por considerar que, la unanimidad del veredicto no resulta una exigencia impuesta por la Constitución Nacional. En particular, entendió insuficiente el argumento brindado por el condenado, sustentado en opiniones doctrinarias, respecto a la divergencia generada a partir de la reglamentación neuquina del juicio por jurados, que en cuanto a este punto -mayoría-, se contraponía con disposiciones de otras órbitas locales, que establecen la unanimidad para atribuir culpabilidad, en la idea que pudiera *“configurar un supuesto de asimetría tal que permita considerar vulnerado su principio constitucional de igualdad ante la ley o*

socavada la unidad en materia penal que impera en todo el país por la vigencia de un único código de fondo".³⁵²

El máximo órgano jurisdiccional insistió en relación a que: *"Las distintas regulaciones procesales dentro de las respectivas jurisdicciones de la Nación y las provincias son consecuencia directa del sistema federal adoptado por la Constitución Nacional, de modo tal que la función más importante de la Corte Suprema consiste en interpretar la Constitución de manera tal que el ejercicio de la autoridad nacional y provincial se desenvuelva armoniosamente, evitando interferencias o roces susceptibles de acrecentar los poderes del gobierno central en detrimento de las facultades provinciales o viceversa (Fallos: 306:1883 y 335:1794)"* -considerando 18-.³⁵³

La mirada política que trasunta al fallo "Canales", nos enfrenta, a su vez, a la previsible posibilidad de diversas tipologías de jurados en nuestro país. Ese panorama perturba a quienes sostienen que nuestro sistema constitucional adopta un modelo específico de jurado, el clásico o anglosajón. En esta preocupación, se ha encauzado cierta jurisprudencia que, teniendo por base el precedente de la Corte Suprema de Estados Unidos, dictado en 1930 "Patton vs. United States (281 U.S.276)", definió las características esenciales que debe reunir un juicio por jurados constitucional: doce integrantes que, instruidos por un juez profesional sobre derecho aplicable, dictan un veredicto -unánime para el caso de culpabilidad-, que solo será impugnable por el condenado.³⁵⁴

Detenerme a abordar el problema concreto, en toda su magnitud, acerca de cuál es el modelo de enjuiciamiento popular receptado en nuestra carta magna -si es que puede sostenerse que hay uno predeterminado-, excede el propósito de estas líneas, pero al menos, dejo planteado el interrogante, pues de su letra y espíritu no surge que el legislador se encuentre compelido a adoptar, con exclusividad, el juicio por jurados de tipo anglosajón.³⁵⁵

³⁵² Sobre este punto piensa diferente DAVIES, Maximiliano, en su artículo de este libro titulado "El juicio por jurados y los requisitos exigidos para el dictado del veredicto de culpabilidad ante el principio de igualdad".

³⁵³ Sobre este punto piensa diferente CAFURE, Martín, en su artículo de este libro titulado "La imperiosa necesidad de adoptar un modelo uniforme de juicio por jurados a nivel nacional".

³⁵⁴ Cámara de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala I, Causa: "Ruppel Nestor Fabián s/ recurso de casación", N 81504, 11/7/17.

³⁵⁵ Rosatti asegura que respecto a la composición del jurado, es constitucionalmente compatible tanto un jurado popular como mixto. ROSATTI, Horacio "¿Puede el pueblo juzgar? ¿Debe el pueblo juzgar? op. cit. p. 2.

Veamos, la exégesis gramatical de las normas constitucionales que receptan la instauración del instituto (arts. 118, 24 y 75 inc. 12) no indican expresamente un sistema específico de enjuiciamiento por legos. Entonces, recurro a interpretar las normas bajo otro método, la voluntad histórica del autor de la norma, y en consonancia con la mayoría de la doctrina constitucional y procesal, afirmo que la incorporación del juicio por jurados a nuestra Constitución Nacional tuvo su génesis en la Constitución de Estados Unidos de América. De allí que, salvo algunas opiniones en contrario,³⁵⁶ se sostenga que el constituyente pensó en el sistema clásico, como modelo de jurado, cuando quiso preverlo para nuestro país.³⁵⁷

³⁵⁶ Ponen en duda la intención misma del constituyente responsable de instaurar obligatoriamente el jurado anglosajón. Es que, según se ha dicho “En las asambleas constituyentes que aprobaron la incorporación de este instituto no se registra debate alguno ni expresión de los fundamentos que sostuvieron los textos, a pesar de que las circunstancias históricas e institucionales harían sospechar todo lo contrario en la medida en que el juicio por jurados era extraño a las reglamentaciones vigentes en la época colonial y, por lo tanto, pareciera de la mayor razonabilidad que los constituyentes expresaran los fundamentos que sostenían la significativa innovación que incorporaban para el juzgamiento de los delitos (...)La discordancia en el pensamiento y actuación de este constituyente (se refiere a Gorostiaga) queda patentizada cuando, diez años más tarde, tomó intervención como diputado nacional en el debate parlamentario de la ley 50 –de procedimiento de los tribunales nacionales, en lo civil y criminal y reconocida por los legisladores como reglamentaria de la Constitución Nacional-, oportunidad en el cual ante un proyecto para las causas criminales que sólo atribuía facultades decisorias en cabeza de un juez (Tít. XXX, art. 362) prescindiendo abiertamente de las disposiciones constitucionales atinentes al juicio por jurados, ninguna objeción fue presentada por el –en dicha oportunidad- legislador y mereció la aprobación del cuerpo culminando con la vigencia de dicho procedimiento supuestamente infractor de la Carta Magna que se pretendía reglamentar.” NAZARENO, Julio S. El proceso penal abreviado y el juicio por jurados, en L.L. 1997-E-1432/5 citado por PUCCINELLI, Oscar R., “El juicio por jurados en la Constitución Argentina. Quid de su vigencia a 150 años de su inserción constitucional”, Constitución de la Nación Argentina –con motivo del sesquicentenario de su sanción-, Santa Fe, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, 2003, tomo II, p. 264/6.

³⁵⁷En verdad, dice Maier, “el juicio por jurados que conoce el Estado republicano nació en el Derecho anglosajón y nos llega a nosotros a través del Derecho constitucional de los E.E.U.U. (Constitución de los EEUU, art. III, sec.2º, &3), texto traducido del art. 117 de la Constitución Federal de los Estados Unidos de Venezuela, de 1811, casi idéntico a nuestro art. 102 de la Constitución Nacional originaria (1853/60), actual art. 118. Es José Benjamín Gorostiaga, en su esbozo constitucional, art. 62, quien sigue ese texto y a quien se le atribuye la inserción de las reglas relativas al jurado en nuestra Constitución Nacional.” MAIER, Julio B. “El juicio por jurados”, *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. I ed.*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009, p.1021, con cita de CAVALLERO-HENDLER, *Justicia y participación. El juicio por jurados en materia penal* [ed.1988], caps. II y V., p. 23 y ss. y 95 y ss. ZURUETA Federico, “El juicio penal por jurados en Córdoba. Especial referencia a la ley 9182”, LNC 2006-3-274, Abeledo Perrot N° 0003/70023034-1. Ello se debió a que los constituyentes quisieron cambiar una realidad histórica, política y cultural, estableciendo las bases de organización en la administración de justicia, alejada de la raíz inquisitiva que heredamos del régimen de la monarquía absoluta. VAZQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo, “El juicio por jurados en el procedimiento penal”, *Congreso Internacional de oralidad en materia penal*. Colegio de Abogados del departamento judicial de La Plata. Instituto de Derecho Procesal. La Plata. 5,6, y 7 de octubre de 1995, p. 238/9. A su vez, existió una razón de tipo contextual que llevó, en su momento, a los padres de la Constitución a implementar el enjuiciamiento por legos, concretamente la carencia de abogados titulados fuera de las grandes ciudades y la pretensión de atraer a ciudadanos anglosajones a poblar nuestro territorio. FERRARI ARGANARAS, Gustavo “El sistema de juicio por jurados y su implementación”, Sup. Act. 03/04/2012, 1.

Visto así, puede decirse que existe una incuestionable raíz histórica que emparenta el instituto de juicio por jurados incorporado a nuestra constitución con el jurado clásico instaurado en el sistema anglosajón. Sin embargo, si se pretendiera debilitar esa exégesis, podría apuntarse que, aun cuando la introducción del juicio por jurados en la Constitución Nacional respondió a un dogma liberal de la época, ese mandato constitucional no fue obedecido al momento de la redacción del código de procedimientos en lo criminal, con un contexto histórico similar y próximo a los tiempos de la sanción de nuestra ley suprema, a pesar de la existencia de un proyecto concreto elaborado en ese sentido -De Florentino González y Victorino de la Plaza del año 1873³⁵⁸.

Más allá de esos datos contextuales, existen otras pautas interpretativas que indican la necesidad de dotar de significado actual a las cláusulas constitucionales en juego. Conforme los lineamientos brindados por el constitucionalista Bidart Campos, para desentrañar el sentido de las normas no solo debo retroceder mentalmente al momento de creación de la prerrogativa y a la voluntad del autor en igual momento, sino que es preciso confrontarlo con el sentido que a la norma le asigna la comunidad actual.³⁵⁹

A ello, se adiciona que, la Constitución Nacional lleva, en sí misma, una pretensión de futuro y continuidad, que obliga a interpretarla progresivamente y más, esa inteligencia debe ser armonizada, razonable y sistemáticamente, con el resto de los preceptos constitucionales en juego, incluyendo a los mandatos receptados en los pactos internacionales con jerarquía constitucional. Aquí, se introduce otra pauta hermenéutica de suma trascendencia, que exige entender sus cláusulas en interrelación con otras de manera orgánica para respetar la coherencia presupuesta en nuestra Constitución.

³⁵⁸ Las razones del incumplimiento de la codificación procesal penal están explicadas con detalle en la nota del 15 de julio de 1882 que Manuel Obarrio –autor del proyecto que luego en 1888 se convirtió en el Código de Procedimientos en lo Penal (Ley N° 2.372)- remitió al entonces Ministro de Justicia Eduardo Wilde, donde sostuvo que pese a la expresa disposición existente había optado por jueces de derecho y no por jurados en la convicción de que la Constitución delegó en el Congreso la determinación del momento en el cual el juicio por jurados debía ser establecido, oportunidad que según Obarrio no había llegado todavía. BIANCHI Alberto B., “El juicio por Jurados (un examen del sistema en los Estados Unidos a propósito de la intención de establecerlo en la Argentina)”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, Agosto 1999, Año XXI, N° 251, p. 10 a 12.

³⁵⁹ BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar, 1997, t. II, p. 313. Dijo el autor “Interpretar la voluntad del autor como inmutable y detenida en la época originaria de la constitución es atentar contra la propia voluntad de futuro y de perduración con que el autor la ha plasmado” BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de la Constitución reformada*, op. cit. p. 313/315 y 318/319

Planteada de este modo la cuestión, la interpretación de los preceptos que instauran el juicio por jurados no debe practicarse unitariamente, sino en conjunción con el resto de la normativa constitucional vigente, lo que me lleva a conjeturar que pese a que el origen histórico de las normas constitucionales que lo instauraron, parecería emparentarlas con un sistema de jurados clásico, es posible que, en estos tiempos, se adopte alguna otra modalidad, siempre que se armonice con otros derechos garantizados, en el alcance dado por los instrumentos internacionales vigentes en nuestro país.³⁶⁰

Dada la incipiente experiencia que plantean los recientes ordenamientos de jurados, habrá que estar, en lo que a repercusiones trata, atentos a cómo se desarrollarán los procesos que involucran jurados y cómo se comportarán, a partir de ahora, los encargados de impulsar e incorporar los sistemas de enjuiciamiento populares en los procesos locales que todavía no cuentan con ellos. En tanto y en cuanto, si bien libres y autónomos, no se encuentran ilimitadamente legitimados para provocar el aniquilamiento de garantías constitucionales, por yuxtaposiciones incompatibles, ni por adyacencias discordantes, que contribuyan a socavar la unidad y seguridad jurídica nacional.

En este punto, si bien, indiscutible la atribución legislativa de cada provincia para dictar su regulación procesal, que en principio, sería irrevisable, la Corte como órgano supremo se reserva la misión específica de resguardar la supremacía de la Constitución Nacional en cada caso concreto, velando por el goce efectivo y equilibrado de derechos y garantías reconocidas en la Constitución Nacional y los tratados internacionales, de todos los habitantes de nuestro país.

POSTFACIO

Una mirada personal “resiliente” sobre el veredicto inexpresivo a partir del fallo
“Canales”.

³⁶⁰Incluso el propio Maier –que insiste en negar la exigencia de fundamentación de los legos anglosajones por su supuesta referencia constitucional- luego reconoce que “La Constitución Nacional, pese a su referencia histórica clara e inconfundible, permite ser interpretada en la actualidad en el sentido de exigir alguna forma de participación ciudadana en los tribunales de justicia penal, (...), incluso la más moderada que presentan los tribunales integrados con escabinos, modo de integración que hoy resulta tendencia mayoritaria en los países de Europa continental.” MAIER, Julio B. “El juicio por jurados”, *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. I ed.*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009, p.1037/8. Cabe recordar que el jurado escabino, como el que rige en la provincia de Córdoba, no suele padecer el reclamo de la carencia de fundamentación, porque los legos deliberan conjuntamente con los jueces técnicos que son quienes –con distintas variables- plasman los argumentos de la decisión en el documento público. Sobre este punto piensa diferente AYÁN, Manuel S., en su artículo de este libro titulado “*Principales obiter dicta efectuados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Canale” (CSJN, 461/2016 del 02/05/19)*”.

Al concluir este trabajo, de método básicamente descriptivo y expositivo, subsisten en mí, ciertas dudas que por su resueno, logran inquietarme. Cuanto sea, al menos para sincerarme con mi espíritu, me propuse evidenciarlas en este apartado, sin aspirar, si quiera, a la corrección de sus formulaciones, pues ni yo misma, he alcanzado ese estado de convencimiento.

Con seguridad, tentaré al lector a pensar que, con estas reflexiones se retroceden en cuestiones que, actualmente, gozan de consenso doctrinal y jurisprudencial. Sin embargo, abusando de su paciencia, quizás, logre al finalizar estas líneas, al menos explicarme en aquello que, pretende a través de la ruptura de ciertos esquemas presupuestos - pensamiento disruptivo- y en función de las inquietudes planteadas, meditar, como alternativa superadora, la expresión de la fundamentación del jurado anglosajón que, entiendo, puede aplicarse en nuestro sistema jurídico.

En este panorama de final adelantado, a modo de disparador inicial, voy a indagar acerca de, si la íntima convicción, avalada convencionalmente para los jurados populares, continúa siendo un sistema de valoración probatoria que se define, *stricto sensu*, por la inexpressión absoluta del razonamiento lógico que supone. Como derivación, el interrogante que, desde una perspectiva de aplicación práctica, pesa sobre la garantía del condenado a recurrir una sentencia por cuestiones de valoración de pruebas, en un juicio por jurados que, no expone las razones de su veredicto.

Dicho esto, tal como se ha desarrollado anteriormente, dentro del ámbito de la judicatura, tradicionalmente se ha asimilado la motivación de las resoluciones con la exposición del razonamiento que condujo a la decisión. Así pues, en nuestro derecho positivo, la falta de fundamentación de una sentencia judicial en un procedimiento ordinario, refiere tanto a la ausencia de expresión de la motivación -aunque ésta hubiese existido en la mente del juez- cuanto a la carencia de justificación racional de la efectivamente explicitada. De modo que, es posible identificar, como presupuesto de una sentencia válida, la consignación escrita de las razones que justifican el juicio lógico en la decisión judicial.³⁶¹

Sin embargo la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el fallo “Canales” dio preminencia al eslabón previo de la cadena argumentativa, situando la fundamentación

³⁶¹ LA ROSA, Mariano R., “Defensa en juicio, debido proceso y juicio por jurados”, *Revista de Derecho Procesal Penal 2014-2: juicio por jurados II*, 1ra. edición, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, p. 245/246.

“verdadera”) y por tanto, la relevante, en el método lógico histórico que, tanto los jueces técnicos como los jurados, realizan para arribar a la decisión.

Luego, si, avanzamos en ese camino, se pueden advertir distintos argumentos, emitidos por el activismo juradista, para excusar a los legos de la obligación constitucional de exteriorizar aquel razonamiento.

Así, partiendo de la base de que, el veredicto dictado por el jurado anglosajón no es inmotivado, se explican algunas de las razones por las que la apreciación de la prueba que efectúan para lograr su convicción no es puesta de manifiesto de modo expreso, a modo de silencio rotundo o, solo, como inexpressión mitigada.

Dentro de las tesis que denominé absolutas, cuando los defensores del sistema clásico se centran en el *objeto de la decisión*, justificaban la ocultación de argumentos en la circunstancia de que los jurados se pronuncian sobre hechos históricos, es decir, la existencia o inexistencia del comportamiento que se imputa al acusado, mientras que, los jueces profesionales deciden sobre la aplicación del derecho penal. Sin embargo, a mi modo de ver, esa pretensión, autónomamente considerada, podría encontrar dos escollos insalvables: la dificultad en la distinción entre hecho y derecho, y la subestimación de la importancia que tiene la fijación y motivación de la plataforma fáctica en una sentencia judicial.

En orden al primer cuestionamiento, Douglas Price reconoce que el veredicto versa sobre los hechos, pero explica que éstos al tratarse de sucesos calificados por tipos normativos, se hacen requirentes de una intelección.³⁶² En otras palabras, solo un hecho penal puede darse por probado, si la evidencia permite acreditar aquel suceso histórico que, jurídicamente descrito por el legislador, constituye delito.

Incluso uno de los fervientes defensores del jurado clásico asume que esa separación resulta imposible en una decisión judicial. En palabras de Maier “Siempre se parte de preconceptos normativos que indican -cuando menos- cuáles son los elementos de la realidad que interesan al Derecho (selectividad histórica). Pero, además, en los mandatos y prohibiciones penales anidan muchas veces elementos normativos que califican la acción o la omisión.”³⁶³

³⁶² Esa operación mental supone que, aun cuando pueda ser ayudada por el juez profesional, es ultimada por el jurado en un proceso que pasa de mecánicas, constatativas, a elaboradas, adjudicativas o decisorias. DOUGLAS PRINCE, Jorge Eduardo, *La decisión judicial*, 1er. ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2012, p.62

³⁶³ Ejemplifica el autor “(...) en el hurto, la cualidad de una cosa de ser total o parcialmente *ajena*; en el estupro, la *honestidad o inmadurez sexual* de la víctima; en la administración fraudulenta, la calidad de

Entonces, si el jurado se ocupa de un hecho jurídico y no de un simple hecho material resulta razonable que, a la hora de juzgar un delito³⁶⁴ deba sujetarse a la norma en términos de legalidad (art. 18 CN), y esa adecuación, parecería comprobable, por medio de la revelación del curso argumental seguido por el jurado para declarar la culpabilidad.

Además, esa tajante separación que habilita a los juradistas a distinguir el veredicto de la sentencia, conduce a pensar en que ésta última podría existir independientemente de su premisa fáctica y ello es inconcebible. Por el contrario, la fijación y motivación de los hechos en una resolución judicial presenta una trascendencia tal que condiciona la sentencia misma, en el sentido de calificación jurídica y pena. De modo que, ésta se dicta solo cuando el jurado arribó a un veredicto de culpabilidad, en el que, necesariamente, se probó el suceso atribuido al acusado. Es decir, el juez técnico comienza a intervenir en su función decisoria luego de que la prueba sobre los hechos ha sido valorada por el jurado.

Así planteada la cuestión, resulta aplicable aquello que la doctrina refiere en cuanto a que “Los hechos gobiernan la solución jurídica, pues si tenemos en cuenta la estructura de la norma jurídica (penal), vemos que se descompone en dos tramos: hechos y consecuencia jurídica, lo cual nos muestra que los hechos constituyen el antecedente que determina el consecuente, el derecho aplicable. De ello se sigue que ha de extremarse el cuidado en la interpretación y valoración de la prueba de los hechos, y de su acierto dependerá el éxito o no de la labor en la aplicación del derecho.”³⁶⁵

Incluso más, no reparar en esta distinción podría conducir al equívoco de afirmar que, para satisfacer enteramente el derecho al recurso, bastaría la sola revisión de la sentencia redactada por el juez profesional y debidamente motivada en cuestiones de derecho. Este pretense señorío absoluto del jurado sobre los hechos, fijados por simple sufragio, no se compadece con nuestro modelo constitucional vigente, que rechaza las cuestiones irrevisables y las condenas arbitrarias.

administrador o custodio de un patrimonio ajeno, según la ley o un acto jurídico. La decisión judicial presenta, por ello, una verdadera interacción múltiple entre hechos y reglas, que el fallo logra por sucesivas aproximaciones” MAIER, Julio B. “El juicio por jurados”, Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. 1ra. edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2009, p.1036.

³⁶⁴ En este sentido, recuerdo las palabras de Vélez Mariconde que decía “(...) derecho y hecho son inseparables como el anverso y el reverso de una misma tela, como la forma y la sustancia, aun cuando se tenga cuidado de evitar en lo posible términos técnicos cuando se formulan las cuestiones que el Jurado debe resolver. “VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, Estudios de Derecho Procesal Penal, Imprenta de la Universidad Córdoba, 1956, t. I, p. 204.

³⁶⁵ GUALDA Raúl A., “El juicio por jurados. Fundamentación y motivación de la sentencia”, Semanario Jurídico N° 1481 (27), Octubre 2004, p.4.

Es que, de acuerdo a los estándares internacionales que exigen una revisión amplia de la sentencia, debe conocerse como es que los jurados tuvieron por acreditada la plataforma fáctica de la sentencia, en cuanto a premisa que legitima la aplicabilidad de derecho en el caso concreto. Pues, solo así, posibilita al inculpado discutir las razones por las que se lo declaró culpable de un determinado delito.

Por otra parte, ver en la *ausencia de formación jurídica* de los jurados, la razón de la inexpressión de su motivación, parece contradecir la esencia misma del enjuiciamiento popular, enraizada en la participación de ciudadanos legos en el ejercicio de la jurisdicción.³⁶⁶ El saber que se les exige es prudencial, y entre las reflexiones que esgrime la doctrina para sustentar la capacidad del pueblo para juzgar, resalto aquella que concluye que si el ciudadano común no comprende la criminalidad del acto, entonces, tampoco podría serle impuesta una condena en un juicio penal.³⁶⁷ Sin embargo, no es el objeto del presente trabajo discutir sobre la capacidad de los jurados para dictar una sentencia justa, pues aquí dicha idoneidad se encuentra presupuesta.

Incluso la Corte Suprema de Justicia, citó en el fallo “Canales”, la Sentencia emitida por la Corte Interamericana en la causa “Nicaragua” para referir que, la lógica metodológica utilizada para reconstruir un hecho pasado, es común a cualquier persona y no depende de que tenga o no entrenamiento jurídico (considerando 19).

En esa línea, no encuentro valedero el argumento acerca de que los legos, por su condición de tales, solo deben decidir, pero no pueden expresar sus razones, que pueden ser lógicas, ceñidas al sentido común y la experiencia, aunque no técnicas.

Precisamente, estimo que, lo más complejo es razonar y tomar la decisión, el ponerlo en palabras debería surgir naturalmente, si es que, ha sido una resolución tomada a conciencia y del propio ser. En definitiva, en palabras de nuestro máximo órgano jurisdiccional, se espera de los jurados una “apreciación propia del saber popular”.

El tercer argumento absolutista utilizado para validar la inexpressión, refiere a que *del pueblo emana la función de juzgar* y dado que el jurado clásico está íntegramente

³⁶⁶ Ocurrente reflexión de aquel autor que dice “(...) cabe tener presente que no se requieren conocimientos especiales para la determinación de la efectiva concurrencia de las circunstancias fácticas que dan sustento a una acusación concreta; en caso contrario -vaya ironía- esa determinación tampoco debería quedar en manos de abogados sino, antes bien, de historiadores” PENNA, Cristian, “Prejuicios y falsos conocimientos: historia de los cuestionamientos al juicio por jurados en Argentina”, op. cit. p.53/54.

³⁶⁷ ROSATTI, Horacio “¿Puede el pueblo juzgar? ¿Debe el pueblo juzgar? op. cit. p. 7.

compuesto por ciudadanos comunes, éstos podrían, entonces, ejercer directamente su atribución de resolver sin dar razones de ese acto.

En este aspecto, simplemente, me permito indagar si es posible sostener que el jurado, en su rol, representa al pueblo en el sentido acabado de su expresión, o dicha ficción se disipa cuando se advierte que en la misma sala de audiencias se encuentra otro miembro de la comunidad al que, le asisten garantías constitucionales que no pueden ser rezagadas por un argumento basado en el poder del pueblo, que en esencia, no desaparece por el solo hecho de expresar fundamentos de su decisión.

En este sentido, cabe recordar que la Constitución de Córdoba, en sus artículos 3 y 162 prevé la participación directa del pueblo en la función de juzgar, emanada de su condición de soberano. Sin embargo, este reconocimiento no resultó óbice legal para implementar en el ordenamiento procesal local un modelo de enjuiciamiento popular que presupone la fundamentación de los fallos emitidos por jueces legos.

De hecho, la Corte Suprema en el precedente “Canales” supeditó esta llamada potestad directa de juzgar por parte del pueblo, al debido reaseguro de garantías constitucionales (considerando 19).

Quizá mi dilema, haya surgido a partir de la lectura de aquellas palabras pronunciadas por Vélez Mariconde, sabias y atemporales, en las que cuestionaba: “¿Por qué se limita el argumento a la función penal? Si el problema es planteado en un terreno político, no hay motivo alguno para circunscribir el argumento a la justicia penal. Con el mismo criterio podría decirse (pero eso significaría renegar sin ambages del sistema representativo de gobierno) que el pueblo tiene derecho de dictar sus leyes o de ejecutarlas, o que la justicia civil debe ser administrada también por un jurado popular. Resulta claro, entonces, ampliando lógicamente el argumento, que la participación directa del pueblo en sus funciones legislativas, ejecutivas o jurisdiccional, vulnera el sistema representativo que está en la base de nuestra organización, puesto que el pueblo, gobierna, ciertamente, pero por medio de sus representantes. El pueblo, por lo tanto, tiene derecho de elegir sus representantes, pero nunca el de legislar, ejecutar o aplicar leyes (...).”³⁶⁸

Bajo esta premisa, podría sostenerse que el jurado, por el solo hecho de ser ciudadano, democratiza la justicia con su intervención, pero de ello no deriva, necesariamente, la soberanía absoluta de la decisión de penar a otro sin dar razones. Vale

³⁶⁸ VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, Estudios de Derecho Procesal Penal, Imprenta de la Universidad Córdoba, 1956, t. I, p. 200/201.

decir, la función de juzgar –como cualquiera de las que integran los otros poderes del estado-, más allá de quien la ejerce, no es ilimitada.

En este sentido, cabe hacer hincapié en que el proceso penal se presenta ante los ciudadanos como una garantía, dándole vida práctica a todos los principios jurídicos políticos que inspiran a nuestra carta magna. Es decir, la única forma de aplicar el derecho penal a un caso concreto, sea por jueces técnicos o jurados, es respetando las reglas del debido proceso, precisamente, el derecho de defensa en juicio que abarca cuestiones de hecho como de derecho.

En ese contexto, tampoco alcanza para suplantar la seguridad jurídica que implica la motivación de la sentencia, el simple argumento cuantitativo de las mayorías calificadas o unanimidad para validar un veredicto, cuestión que, además, según la Corte Suprema de Justicia no tiene un sistema prefijado avalado en la Constitución (“Canales”). Entonces, no se trata de sumar, restar votos, o no aceptar disidencias, porque la garantía de fundar importa hacer conocer al condenado cuales son las razones por las cuales el cuerpo de jurados llegó a determinada solución convictiva. Pues, quizás, un voto fundado, desde la perspectiva del derecho de defensa, puede valer más que un veredicto unánime, y la cantidad de adeptos, no resultar determinante en orden a la calidad de la decisión, desde el punto de vista del derecho al recurso.

Dentro de la cuarta tesis absoluta de inexpressión, se enrolan aquellos que derivan la inmotivación del veredicto directamente del *deber de secreto* que pesa sobre los jurados. Esta justificación, podría no resultar suficiente. Exteriorizar no implica develar todo lo dicho en el proceso de deliberación, sino tan solo lo conducente a explicar que los llevó a tomar esa decisión, en que pruebas basaron la existencia del hecho y la participación responsable de los acusados.³⁶⁹

Además, es dable recordar que cada uno de ellos presta juramento de desempeñar fielmente su cargo y ese pacto de confidencialidad sobrevive al veredicto. Incluso, los mismos deberes –secreto y continuidad en la deliberación- rigen para los jueces profesionales y permanentes,³⁷⁰ e igualmente se les impone la obligación de expresar los motivos en sus sentencias.

³⁶⁹ Los jueces profesionales tampoco publican sus deliberaciones sino las conclusiones, que conforme a derecho, arribaron en esas discusiones previas.

³⁷⁰ La continuidad de la deliberación con el debate y su secreto se encuentran previstos bajo pena de nulidad en el Código Procesal Penal de la Nación aún aplicable (art. 396), está previsto en el Código Procesal Penal Federal no implementado (art. 303), en la provincia de Córdoba (art. 405) y en los códigos modernos que receptan el juicio por jurados de tipo clásico.

El secreto en las deliberaciones se establece “para garantizar (sustrayéndola de los límites obvios que impondría la publicidad) la más libre expresión de las ideas, impresiones, argumentos, diálogos y comentarios de los jueces, sobre el sentido, incluso disidente, de sus votos sobre las cuestiones que se planteen y la decisión final que propugnen. También tiende a facilitar la tarea de persuasión que uno puede intentar realizar sobre los otros, a fin de hacerles adoptar su propio punto de vista, o consensuar posiciones. Para evitar suspicacias, se impone *erga omnes* (salvo, claro está, el secretario).”³⁷¹

Cafferata Nores -hablando de la actuación de jueces profesionales- nos ilustra acerca del concepto de deliberación, como la acción de “considerar atenta y detenidamente el pro y el contra de los motivos de una decisión, *antes* de adoptarla, y la razón o sinrazón de los votos *antes* de emitirlos”.³⁷² Ese acto constituye un intercambio de ideas, una confrontación de opiniones que el legislador ha meritado indispensable para asegurar una decisión justa.³⁷³

En el juicio por jurados, deliberar, según Rosatti, es importante para eliminar dudas, intervenir para aportar o refutar argumentos y generar certezas que permitan construir una decisión colectiva, y ello constituye el mejor camino cuando un hecho no puede verse en directo y debe ser reconstruido³⁷⁴.

En definitiva, desde esta perspectiva, parecería poco sustentable la afirmación por la cual la regla del secreto en la deliberación se extiende automáticamente a los fundamentos del fallo. Es que, las razones aducidas por los juradistas como fundantes de la regla del secreto -libertad de expresión e independencia en la toma de decisiones- se encuentran debidamente garantizadas con las características que asume el proceso con jurados.

En quinto lugar, se encuentran los renuentes a la motivación expresa de los jurados que *desmerecen los fundamentos mismos de la sentencia* por considerar que su redacción posdatada solo legitima a posteriori el fallo, en la medida que los jueces primero resuelven y después se esfuerzan en crear una argumentación que permitan respaldarla frente a terceros. De esta manera, se lograría manipular la racionalidad y

³⁷¹ CAFFERATA NORES, José Ignacio..., *Manual de derecho procesal penal*, op. cit. p.538/539.

³⁷² CAFFERATA NORES, José Ignacio..., *Manual de derecho procesal penal*, 2da. edición, Córdoba. Advocatus, Universidad Nacional de Córdoba, 2012, p.538/539. En idénticos términos el Diccionario de la Real Academia Española, disponible en <http://www.rae.es>.

³⁷³ NAVARRO, Guillermo Rafael, DARAY Roberto Raúl, *Código Procesal Penal de la Nación –Análisis doctrinal y jurisprudencial-*, 1ra. edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, v. 2, p.1067.

³⁷⁴ ROSATTI, Horacio “¿Puede el pueblo juzgar? ¿Debe el pueblo juzgar? op. cit. p. 10.

lógicidad del fallo. Por ende, concluyen que, la inexpressión de motivos en los jurados clásicos no sería un obstáculo para la validez de la sentencia emitida en su consecuencia.

La deliberación se erige como el ámbito donde se exponen y discuten las cuestiones conducentes y relevantes de una resolución y esto ocurre antes de dictar el fallo. La importancia de esa reunión de jueces secreta radica, precisamente, en constituir el espacio para el proceso reflexivo de toma de decisión. Luego, esos argumentos son volcados en un documento que registra por escrito las mayorías y las disidencias suscitadas y su redacción, debe ser fidedigna a la posición aludida por cada uno de los vocales.

De modo tal que, cada juez motiva su voto y ello implica expedirse sobre las cuestiones de hecho y derecho que fueron objeto de deliberación y sobre cuáles fueron las razones que los llevaron a concluir un caso concreto en sentido determinado.

A su vez, esta tesis desconoce que en la mayoría de los códigos procedimentales la redacción y lectura de fundamentos están previstas como actos inmediatos posteriores al dictado del veredicto.³⁷⁵ Es decir, los jueces sentencian sin solución de continuidad en la deliberación.

Por lo general –atento a la complejidad del asunto o la hora avanzada- se suele leer la parte dispositiva del fallo que -contiene un veredicto-, difiriéndose para más adelante la redacción de sus argumentos. Pero, estos deberán ser los mismos que se expusieron en la deliberación, transcritos en un instrumento que se leerá íntegramente en una audiencia convocada al efecto. En estos casos, siempre se deja a disposición de las partes los fundamentos en soporte papel e informático posibilitando que el sujeto condenado, tras el análisis minucioso de los mismos, se agravie e intente su revocación o modificación en la alzada, en concreta salvaguarda de su derecho de defensa.

En la última tesis absoluta, Grisetti postula que la falta de argumentación explícita del jurado puede salvarse si esta prerrogativa de motivación de sentencias fuese considerada *una garantía renunciable por el procesado*. De manera tal que, en los

³⁷⁵“Finalizada la deliberación que, a su vez, siguió al debate, debe redactarse le sentencia. Acto seguido, luego de convocar a las partes y a los defensores, el tribunal deberá retornar a la sala de audiencias para la lectura del fallo, que efectuará el presidente. Circunstancias de excepción podrán diferir esa redacción y provocar el anticipo de la lectura de su parte resolutive o veredicto. Comúnmente así sucede, por lo que aquéllas se han convertido en regla consuetudinaria. Al finalizar dicha lectura, se suele además convocar a las partes para la de la sentencia, el día y hora que el tribunal establezca, dentro de los plazos que permita la norma”. NAVARRO, Guillermo Rafael, DARAY Roberto Raúl, *Código Procesal Penal de la Nación –Análisis doctrinal y jurisprudencial-*, 1ra. edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, v. 2, p. 1084.

sistemas optativos, si el imputado acepta ser juzgado por un jurado clásico renuncia implícitamente a recibir los fundamentos de la decisión.

Para esta corriente, la sola opción por un enjuiciamiento popular anglosajón -que resuelve conforme a su íntima convicción- traería como implicancia directa el consentimiento a la ausencia de fundamentos explícitos en su eventual condena.

Es conocida y no se pretende resolver en el presente ensayo la discusión acerca de si el juicio por jurados constituye un derecho renunciable³⁷⁶ o una garantía inmutable.³⁷⁷ Pues, el debate que se plantea aquí radica en la disponibilidad de los fundamentos de la sentencia y no en la posibilidad de evitar el juzgamiento por legos.³⁷⁸

Lo cierto es que, Grisetti fusiona dos derechos garantizados constitucionalmente de manera independiente,³⁷⁹ la institución del juicio por jurados y la fundamentación de las sentencias, haciendo depender el goce de éste último, a la elección de un sistema de enjuiciamiento.

La motivación de sentencias, como garantía constitucional, se reconoce y ejerce frente al Estado para asegurar el goce de los derechos subjetivos³⁸⁰ y detenta el carácter de individual y social, que en palabras de Chaia, refiere a que “la justicia correctamente administrada permite el desarrollo en paz y la construcción de una sociedad integrada por hombres dignos, libres e iguales. Es preciso que cada vez que la justicia se pronuncie, en

³⁷⁶ Calificada doctrina se enrola en la tesis de considerar al juicio por jurados como un derecho del justiciable más que como un imperativo institucional de aplicación obligatoria -aún en contra de su voluntad-. CAFFERATA NORES, José, *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, 3ra edición actualizada, Buenos Aires, Del puerto, 2000, p. 117/193.

³⁷⁷ Debo decir también que hay quienes consideran que esta exigencia constitucional del juicio por jurados es de orden público e irrenunciable para las partes. FERRARI ARGANARÁS, Gustavo “El sistema de juicio por jurados y su implementación”, Sup. Act. 03/04/2012, 1.

³⁷⁸ La Corte Suprema de Justicia Nacional en “Canales” rechazó la inconstitucionalidad de la normativa neuquina que no prevé el derecho a renunciar a esta modalidad de juzgamiento (considerando 16).

³⁷⁹ Se distinguen los derechos y garantías. “Los *derechos* -que también se declaran- importan el reconocimiento de atributos esenciales que poseen las personas integrantes de la comunidad nacional (por ej, CN, 14); y las *garantías* representan las seguridades que son concedidas (facultades) para impedir que el goce efectivo de esos derechos sea conculcado por el ejercicio del poder estatal, ya en forma de limitación de ese poder o de remedio específico para repelerlo (por ej., CN, 18). Los autores han observado también diferentes propiedades jurídicas según la distinción, pues los derechos fundamentales (humanos) se poseen frente a todos los individuos, quienes deben abstenerse de lesionarlos, mientras las garantías adquieren significación sólo frente al Estado, según dijimos, como limitación de su poder o como remedio efectivo para el uso arbitrario del poder.” MAIER, Julio B.J., *Derecho procesal penal: fundamentos*. 2da. edición, 3 reimp., Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004, p. 474.

³⁸⁰ HENDLER, Edmundo Samuel, “El juicio por jurados como garantía de la Constitución”, *Lecciones y Ensayos*, 1ra. edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2005, p. 23. con cita de BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, T.I, Ediar, Buenos Aires, p. 209/211.

cada oportunidad que diga “sí” o “no”, “culpable” o “inocente”, esgrima razones, justifique la postura adoptada, motive la decisión tomada.”³⁸¹

Queda claro que, la fundamentación de sentencias se trata de una garantía reconocida en salvaguarda al derecho de defensa en juicio y el doble conforme.³⁸² En ese marco, el Estado no puede presumir su renuncia por derivación de la elección de un modelo de enjuiciamiento popular, sin afectar las normas que definen el modelo procesal constitucional argentino.

El derecho de defensa emana de la dignidad personal del imputado y es además un requisito indispensable para la formación de una sociedad en Estado de Derecho. Solo pueden tolerarse restricciones al derecho enunciado, que sean de origen legal y de carácter reglamentario, en tanto y en cuanto, no afecten su esencia.³⁸³

El acusado, titular exclusivo de la garantía enunciada, como en todo sistema de juzgamiento, debe tener la posibilidad concreta de contradecir los argumentos de su condena. Digo bien posibilidad, porque él escoge defenderse o no hacerlo, esa es su chance.

En definitiva, la doctrina aludida tampoco logra justificar, por sí misma, la inexpressión absoluta del jurado, en la medida que priva al condenado, que no conoce los motivos fácticos de la resolución, de la facultad de resistirlos ante una instancia superior.

Ahora bien, y ya dentro de las posturas relativas o de expresión revelada, la *tesis del estándar de prueba razonable* pretende, atribuir a la evidencia, en sí misma, la función de mostrar la fundamentación de un veredicto de culpabilidad, más allá de la decisión del jurado. Para ello, se fijan grados de certezas previos a la posibilidad de emitir un juicio de convicción.

En otras palabras, la exigencia de un estándar probatorio mínimo implica una previa adopción del grado de probabilidad de certeza que se requiere para aceptar como verdad la hipótesis, pero también precisa formular criterios objetivos que permitan afirmar cuándo ese grado de certeza puede ser alcanzado.

³⁸¹ CHAIA Rubén A., *La prueba en el proceso penal*, 1ra. edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2010, p. 178.

³⁸² Se dijo al respecto que “Toda la doctrina de la arbitrariedad de las sentencias, especialmente la arbitrariedad fáctica cuidadosamente elaborada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a través de años, caería por la borda, si se admitiera la validez del veredicto inmotivado.” CARAMUTI, Carlos Santiago “El jurado frente a las exigencias constitucionales de motivación de la sentencia y el derecho al recurso contra la sentencia condenatoria”, LLNOA2006 (abril), 225, cita online AR/DOC/183/2006 consultado el 23/07/2014 a las 14:00 hs.

³⁸³ CAFFERATA NORES, José I... *Manual de Derecho Procesal Penal*, op. cit., p. 156.

En esta línea, Schiavo entiende que a los jurados no se les debe exigir la explicación de una certeza moral. Le resta valor a la subjetiva convicción y enfatiza en que, la fundamentación es suficiente y el veredicto controlable si, responde a ese estándar de prueba mínimo.

Con igual basamento, tal como se verá más adelante, se pregona la ilimitada posibilidad que el condenado tiene de recurrir y lograr la revisión de su condena, en la idea que la alzada verifica -independientemente- que los parámetros de certezas hayan sido alcanzados.

De todos modos, más allá de la imprecisión de los términos “grados” de certeza -ese estadio intelectual se alcanza o no se alcanza-, conforme vienen explicados, no representan una solución jurídica que logre justificar la inmotivación. Quizás puedan asimilarse a aquello que la doctrina procesalista llama estados de convicción sobre la prueba. Incluso, la fórmula “más allá de toda duda razonable” tampoco aporta algo original en este sentido. En nuestro derecho, se encuentra enraizado el principio “in dubio pro reo” como derivación del estado jurídico de inocencia, solo destruye por la certeza fundada en pruebas de la participación responsable del acusado en el delito que se le imputa.³⁸⁴

Lo que ocurre es que, en todo proceso, esos grados de intelectuales se alcanzan a través de la valoración probatoria que implica una actividad mental y volitiva, por tanto subjetiva. Al magistrado -al igual que las partes en sus alegatos- se le presentan un cúmulo de elementos acreditantes de igual o disímil valor convictivo que el juez irá relacionando crítica e imparcialmente en su sentencia para poder decidir, y sólo condenar si alcanzó la -y por tanto única- certeza sobre la imputación. De manera que, no basta la enunciación

³⁸⁴ El natural estado de inocencia del que goza toda persona trae aparejada la exigencia de la presencia de ciertos elementos probatorios que conmuevan esa posición en un proceso. Es que, para que el procedimiento avance, se deben ir superando distintas etapas y van requiriendo específicos grados intelectuales: sospecha, probabilidad y certeza. Cada uno de estos estados psicológicos tienen un sustento obligatorio en elementos probatorios ciertos existentes en el proceso, y de ellos nos interesa la certeza, dado que la sospecha y la probabilidad refieren a un estadio del procedimiento ajeno a la participación del jurado. Dicho de otro modo, el avance progresivo del proceso está directamente condicionado a la eficacia del material probatorio obtenido. Chaia dice al respecto que “fuera de toda duda razonable” alude a un grado de conocimiento del juez imprescindible para condenar, la certeza positiva. “Certeza significa un ser visto, percibido, de *certum o cernere*. Es el grado de conocimiento “fuera de toda duda razonable” acerca de la conformidad de las ideas con los hechos que se consideran, en otras palabras, es la convicción de que se conoce la verdad. La certeza es el estado del espíritu que afirma sin temor a equivocarse, tal como decían los antiguos: *quies mentis in vero*. Configura el más alto estado de convicción respecto de un hecho al que se puede arribar en un proceso y se utiliza a la hora de inclinarse por una de las hipótesis que han sido ventiladas durante el trámite procesal” CHAIA Rubén A., *La prueba en el proceso penal*, Ira. edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2010, p. 163/4.

meramente objetiva de los elementos probatorios, ni siquiera su clasificación en incriminantes o desincriminantes, para dar por fundado un fallo.

A su vez, en la teoría de Shiavo no se precisa quien y como se logra conformar el estándar de prueba mínimo en el juicio por jurados, solo hace alusión al derecho probatorio y a las instrucciones. Entonces, presuponiendo que es fijado de antemano por el legislador, en términos de libertad, se acerca más a un sistema de valoración de pruebas tasado³⁸⁵ que a la íntima convicción. Es que, si bien aquí no se le da un valor, tarifando cada una de las pruebas, si condiciona la decisión a un cúmulo cuantitativo de elementos probatorios prefijados.

En nuestro derecho vigente, la valoración probatoria es un proceso intelectual gobernado por la libertad. Se ha abandonado el sistema de apreciación tarifado para fundar una sentencia, en la idea que, cuando se ordenan determinados valores a la prueba, todas estas reglas limitativas de la libre apreciación terminan sustituyendo el fallo y a la voluntad del que decide, por la de la ley. En el formato de prueba razonable, donde existe un catálogo que estandariza y predetermina bajo cierta cantidad de prueba los grados intelectuales del juez, la convicción de éste se convierte en irrelevante, quien solo debe atenerse al cálculo de los parámetros legalmente fijados.

Incluso más, en el juicio por jurados al no saber cuáles fueron los motivos de valoración que llevaron al jurado a decidir –conforme su íntima convicción- este método supone que los parámetros dados previa y objetivamente, en tanto sean acertados, constituyen la fundamentación de la premisa fáctica.

³⁸⁵ En la prueba tarifada, se determina previamente el valor de cada uno de los elementos probatorios como así también las condiciones a partir de las cuales ciertos hechos se pueden considerar probados. El legislador decide prever en la ley los medios probatorios y la eficacia de cada uno de ellos, como modo de limitar la libre apreciación judicial. “Al juez se le permite apreciar libremente la prueba, pero aunque él esté convencido por ese análisis libre, la prueba tarifada le obliga a dictar sentencia conforme al valor que la ley le ha asignado a cada uno de esos medios. La voluntad de la ley suple la voluntad del juzgador. “ABALOS, Raúl Washington, *Derecho Procesal Penal*, 1era. Edición, Tomo II, Santiago de Chile, 1993, Ediciones Jurídicas Cuyo, p.399 y 400. Vélez Mariconde citando a Florián “La ley actúa de modo positivo cuando prescribe que, verificándose ciertos presupuestos, por ella misma indicados, un hecho *debe ser* considerado como verdadero por el Juez, aunque de ello no esté convencido; y lo hace de un modo negativo cuando *prohíbe* al juez que considere un hecho como verdadero, si no se verifica un cierto mínimo de prueba, que ella misma establece.” VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Estudios de Derecho Procesal Penal*, Imprenta de la Universidad Córdoba, 1956, t. I, p. 295. Shiavo explica que, a diferencia de lo que ocurre en nuestro sistema procesal, “En el modelo acusatorio americano, una base sustancial del proceso se compone por el denominado “derecho probatorio”, consistente en la pregunta del “como” se deben probar determinados aspectos de una imputación, dentro del cual se inserta la exigencia *cientificidad* de los dictámenes periciales en que deben afianzarse las afirmaciones de que determinados productos tienden a causar los específicos efectos en que se funda la imputación.” SCHIAVO, Nicolás, *Valoración racional de la prueba en materia penal: un necesario estándar mínima para la habilitación del juicio de verdad*, op. cit. p. 29.

Bajo este contexto, me pregunto cómo es posible objetivar legalmente la valoración sin llegar al punto de estandarizar y uniformizar el conocimiento que se alcanza por su intermedio.

En el sistema de íntima convicción se aprecian las pruebas, según su leal saber y entender, y en base a ello se decide, libremente. Entonces, cuestionar la subjetiva convicción del jurado, pretendiendo objetivarla, al tiempo que aceptan que no den razones de su decisión, acentúa mi confusión.

Ahora bien, si por el contrario, presupongo que esos parámetros no están determinados en la ley de antemano sino que se fijan en cada caso concreto, debo concluir que la tarea está en poder de los jueces profesionales. Consecuentemente, el director del proceso en el juicio plenario -mediante las instrucciones elaboradas con la colaboración de las partes-, y los magistrados de la cámara -cuando la causa se encuentra en la alzada-, harán una valoración racional y libre de la prueba a fin de estandarizar la evidencia, para luego cotejarla con la supuestamente adoptada por el jurado, imponiendo de esta manera su grado de convicción a la de los legos.³⁸⁶

En estos últimos supuestos, existe un estereotipo de prueba objetivo -pero fijado por otros sujetos que no son los legos-, de manera que, la intervención del jurado en su rol decisivo, se encuentra relativizada, desdibujándose el espíritu mismo del instituto.

Tengo la sensación de que, estas teorías, pretenden defender un modelo de jurado anglosajón puro y un sistema de valoración de prueba estricto, pero al mismo tiempo, pregonan la formación de parámetros para “asistir” al convencimiento del jurado, a cargo de jueces técnicos, dejando entrever cierta desconfianza en la justicia de su veredicto.

Coincido que la prueba es la mayor y única garantía frente a la arbitrariedad punitiva. Por eso, interesa particularmente la apreciación de la prueba que hacen los jurados para adoptar su resolución. Quizás la idea de fijar un estándar mínimo sea útil

³⁸⁶ Inclusive, en mi análisis, supongo que la intervención técnica del juez resulta imparcial. Pero parece que no siempre ocurre en la realidad. Herbel recuerda que “La corte norteamericana predicaba que el veredicto de culpabilidad del jurado es irrevocable, salvo que demostrase la inexistencia de evidencia sobre la acusación –cf. “Thompson”-. En el precedente “Jakson” se avanzó al formular la pregunta crítica de cuál era el estándar probatorio requerido para sustentar una condena criminal, y se respondió que no alcanza con determinar si el jurado fue adecuadamente instruido, sino que era preciso establecer si del registro de pruebas surge que razonablemente se pudo afirmar la culpabilidad, más allá de toda duda razonable. Pero no según el criterio del tribunal revisor, sino *después de ver la evidencia a la luz más favorable a la Fiscalía.*” HERBEL, Gustavo A., “La motivación de la condena y su revisión amplia como garantías del imputado (¿puede el juicio por jurados restringirlas?), *Revista de derecho penal y procesal penal*, 3/2013, ABRIL 2013, Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 686 con cita de Corte Sup. EE.UU. de A., “Thompson v. Louisville”, 362 US 199, 1960, 80, S.Ct. 624, 3 L.Ed2d 654 y “Jackson v. Virginia”, 444 US 890, 1979, 100 S.C.t. 195.

para conducir el razonamiento interno, o para deducirlo, pero, sería aconsejable recurrir a medios que visualicen como fue que el jurado –en su íntima convicción- derivó la certeza condenatoria de los parámetros prefijados, si este cuerpo de ciudadanos no explica la relación causal entre el conocimiento arribado y aquellos. Ello para evitar que, todo quede reducido a la cuantificación despersonalizada de la prueba.

El dejar asentado los motivos del fallo, permite a las conclusiones independizarse de su orador –función de la escritura- y por tanto ser examinadas, criticadas y, eventualmente, modificadas.³⁸⁷

En la segunda tesis relativa de la inexpressión, se describió un sistema de guías de preparación jurídica que intentaban asistir a los legos, sumidos en la encrucijada de tener que valorar prueba de hechos, calificados legalmente, para emitir su veredicto, sin conocer el derecho.

En la actualidad, las *instrucciones* resultan ser el estandarte de defensa del juicio por jurados de tipo clásico, en lo referente a la fundamentación de las sentencias dictadas en estos procesos.

De allí que, se sostenga que el deber de argumentar se encuentra satisfecho con las instrucciones brindadas al jurado antes de la deliberación y transcritas en la sentencia que redacta el juez profesional. Según se asegura, ellas son las razones del veredicto y funcionan como premisas de las que se deriva la conclusión –resolución-. La motivación fáctica se deduce, entonces, de la correlación entre la decisión del jurado y las instrucciones previas.³⁸⁸

Así concebidas, son el sustento de la íntima convicción, porque el juez instruye al jurado para valorar las pruebas y les indica cómo aplicar la ley al caso concreto³⁸⁹, y constituyen la base del agravio, pues de ellas se extraen los argumentos para recurrir.

³⁸⁷ La valoración de prueba implica un juicio subjetivo acerca del dato obtenido. Resulta esclarecedor un extracto de Chaia respecto a cómo se arriba a la certeza “(...) Dos cuestiones caben a esta altura remarcar: es fundamental que la convicción sea producto de un análisis libre, independiente y exento de arbitrariedades por parte del juzgador de todas las pruebas incorporadas al proceso, y que ese grado de convicción al que el juez arriba no sea confundido con un prejuicio, ni con una creencia con sustento místico, religioso o de cualquier otra índole. La trascendencia de la resolución que se adopta obliga a quien afirma haber llegado a ese grado de certidumbre, a argumentar y exponer los motivos que la sustentan, de manera tal que otras personas en igual situación puedan analizar el resultado, otorgándoles a las partes la posibilidad de fiscalizarlo, conformarse o no con él.” CHAIA Rubén A., *La prueba en el proceso penal*, 1ra. edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2010, p. 163/4.

³⁸⁸ El citado autor Edmundo Hendlar afirma: “Las instrucciones de los jueces ingleses o americanos aparecen antes del veredicto y (...) el veredicto final aparecerá implícitamente fundamentado en ellas”. HENDLER, Edmundo, *El juicio por jurados, Significados, Genealogías, Incógnitas*, op. cit., p. 86.

³⁸⁹ Las instrucciones, como se vio, abarcan las siguientes temáticas: función del jurado, aplicación de la ley, que es y cómo se valora la prueba, alcance de las presunciones y garantías constitucionales, el

Se las caracterizó como indicaciones legales que tienen una explícita directiva de redacción accesible e inteligible. Las cuestiones que debe decidir el jurado -tanto fáctico como jurídico- deben serle explicadas de un modo claro y que resulte comprensible para cualquier ciudadano. Sin embargo, sin desmerecer su valor positivo, en caso de lograrse,³⁹⁰ ese deber de lenguaje llano no es exclusivo del sistema de jurados clásicos, pues también está dirigido a los jueces profesionales.

Luego, los juradistas también sostienen que las instrucciones confeccionadas por el juez bajo el control de las partes, garantizarían que la decisión del jurado sea prudentemente meditada. Se les asigna el importante rol de enfocar el veredicto a lo que debe ser decidido y permiten deducir, razonablemente, que el jurado ha entendido cabalmente su tarea.

De todos modos, en opinión disidente, se ha dicho que las instrucciones, en caso de haberlas, no constituyen la fundamentación de la sentencia, dado que no se les impone una línea argumentativa ni la cita de doctrina o jurisprudencia que la convalide.³⁹¹

A mi criterio, ocurre que, precisamente la preparación y confección efectuada por el magistrado con la colaboración de las partes es su principal debilidad.

De nuevo, no es posible asegurar que ese procedimiento de selección y apreciación del caudal probatorio efectuado por terceros -por más acertado que sea- fue lo que llevó a cada uno de los jurados a valorar y votar de un modo y no de otro. La motivación es esencialmente indelegable, mientras que las instrucciones parecen ser un manual de sugerencias ajenas, que resume las distintas posiciones que dan las partes, fiscalizadas por el juez director del proceso.

Además, existe un problema adicional que aqueja a los sistemas que adoptan estas instrucciones judiciales. No es sencillo delimitar las funciones del juez y del jurado, básicamente, porque ese deslinde se basa en la distinción impracticable entre las cuestiones de hecho y derecho. Ello conduce al riesgo concreto de que los jurados, en su rol exclusivo y excluyente, se vean influenciados por los términos empleados en las

derecho sustantivo aplicable -elementos del delito-, defensas, propuestas de veredictos posibles, y reglas para la deliberación.

³⁹⁰ De todos modos, mucho se discute sobre la claridad con que se transmiten y hasta hoy hay estudios que indican que éstas a veces pueden confundir más que disipar dudas a los jurados sobre cuál es la tarea que deben cumplir. Por ejemplo se verificó cierta desorientación respecto a la aplicación de los conceptos de “reasonable doubt” (duda razonable) y de “preponderance of the evidence (preponderancia de las pruebas producidas por una parte respecto de las producidas por su oponente)”. MANOFF, Judith “Características y terminología del proceso judicial en el derecho anglosajón: El jury trial”, Sup. Act. 23/09/2010, AR/DOC/6374/2010 p. 2 y 3.

³⁹¹ ROSATTI, Horacio “¿Puede el pueblo juzgar? ¿Debe el pueblo juzgar? op. cit. p. 8.

instrucciones³⁹² o por el contrario, directamente marginados en la decisión de una cuestión porque el juez técnico la considere eminentemente de derecho.³⁹³

Se puede observar que más allá del esfuerzo interpretativo que se haga para adecuar las instrucciones a las exigencias de fundamentación que toda sentencia válida requiere, esto no se logra, desde que no existen constancias -escritas u orales- de los motivos personales que llevaron a los jurados a adoptar su decisión.

Posiblemente el problema radique en que los juradistas clásicos -enrolados en la tesis relativa- se resisten a reconocer la importancia de la expresión de los motivos fácticos en la decisión del jurado, amparándose tan solo en un sistema de valoración probatoria que ni siquiera respetan en su pureza. Pues, para lograr la adecuación de la íntima convicción a los parámetros del derecho constitucional vigente, le adicionaron ciertos mecanismos que externalizan -a su entender- ese convencimiento.³⁹⁴

Recuérdese que ese modelo, tiene como característica distinguible que, no daba razones de su apreciación -como sinónimo de privado, reservado-. Sin embargo, deber repararse que, íntimo también refiere, esencialmente, a una valoración interna y propia. Desde este punto de vista, las instrucciones no pueden dotar al veredicto y, por ende, a la sentencia que es su consecuencia, de una motivación sincera, porque es, esencialmente, ajena.

Con lo cual, se podría sostener que, las instrucciones sirven de información sobre las reglas operativas en el caso, y resultan de suma utilidad para la valoración probatoria de los legos, pero no responden a un sistema de íntima convicción en sentido estricto, pues, el leal saber y entender de cada jurado esta direccionado -no es libre, íntimo, ni

³⁹² Incluso Herbel asegura que en el procedimiento de la ciudad de Buenos Aires, contradictoriamente y a pesar de lo establecido su art. 106, las instrucciones no pueden fundar una condena, porque si así fuera y el imputado obtuviera de allí las razones que la fundan el proceso sería nulo. Es que, el mismo ordenamiento en su art. 448 bis, inc. c, recepta como causal específica de casación que el juez dicte instrucciones que pudieran condicionar la decisión del jurado. HERBEL, Gustavo A. "Casación amplia y jurado lego: una articulación difícil pero indispensable", *Revista de derecho penal y procesal pena: Juicio por jurados II, 2014-2*, 1ra. edición, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, p. 217.

³⁹³ Tal como muestra Hendler, estos conflictos surgen con frecuencia en la jurisprudencia extranjera (por ejl. La atribución tradicional de los jueces ingleses de efectuar indicaciones sobre la necesidad de que ciertas pruebas sean materia de corroboración como los testimonios que pueden estar influidos por interés no puede exceder de una aclaración genérica y convenientemente resuelta previa discusión con los abogados en ausencia del jurado), incluso en los fallos más recientes demuestran la preocupación por preservar las atribuciones del jurado frente a las directivas de los jueces, pues si una cuestión es considerada por el magistrado como de derecho se atribuye su conocimiento y queda al margen de decisión de los legos. HENDLER, Edmundo, "El juicio por jurados", *Significados, Genealogías, Incógnitas*, Ed. Del Puerto, Bs. As., 2006, *op. cit.*, p. 78 y 93.

³⁹⁴ Debo aclarar que me limito a describir el sistema de valoración propio del sistema de jurado anglosajón y no me voy a explayar en el tema de si los jueces no profesionales pueden o no estar sujetos a los principios de la sana crítica racional

interno-³⁹⁵ y no es fundamentación, porque aquello que se explicita, no es propio ni personal.

Así las cosas, resulta necesario poner atención al deber de fundamentación en la instancia de mérito. Es que, el plenario es el medio propicio para resolver el conflicto penal y la oportunidad real de discutir la determinación de los hechos del caso. En la idea de brindar la posibilidad de revisión –si entendiéramos que existe-, no debe perderse de vista, que el juicio oral es el momento por excelencia para dar cumplimiento a todas las garantías constitucionales. La necesidad de conocer las razones de fallo estriba en que, solo así, podemos cerciorarnos fehacientemente sobre cuáles de los elementos de prueba tuvieron carácter determinante para doblegar el estado jurídico de inocencia y si ellos tenían semejante aptitud. Lo que a su vez, permite demostrar, si han sido debidamente tomados en cuenta, los alegatos defensivos y las pretensiones opuestas por el acusado.

Por último, las tesis relativas del veredicto inexpressivo argumentan que en ese sistema se asegura el doble conforme, mediante un análisis integral probatorio, en el cual, la alzada establece un estatus mínimo de certeza cotejado con el adoptado –teóricamente- por el jurado instruido.

Esa nueva valoración para determinar si, el veredicto del jurado superó el estándar probatorio mínimo y objetivo –dada la ausencia de exteriorización en la fundamentación- es efectuada con los registros de las pruebas existentes en la causa –una especie de apelación- o a través de un nuevo juicio de mérito –que habilite a motivar la condena dando respuestas a los planteos defensivos, no brindadas por el jurado-.³⁹⁶

³⁹⁵ El mismo Hendler reconoce que las reglas de la evidencia –perteneciente al Law of Evidence, que es una rama del derecho procesal anglosajón- han sido desenmascaradas como herramientas de manipulación. Sin embargo, luego las justifica como un mal menor al decir que se trata de una manipulación controlada. “La adopción de estas reglas (...) viene a significar un control de la manipulación que queda de esa manera equilibrada con un reglamento que vincula tanto a los contendientes del litigio como al tercero que arbitra como autoridad. Antes de que fuera admitida la intervención de los abogados, el predicamento de los jueces sobre los jurados no tenía ningún respaldo. Por consiguiente, por más que se instrumente con ellas una forma de manipulación, se trata de lo que podríamos llamar “manipulación controlada”, indudablemente preferible a la manipulación irrestricta que tenía lugar anteriormente”. HENDLER, Edmundo, *“El juicio por jurados”, Significados, Genealogías, Incógnitas*, op. cit., p. 68. Aun así, es dable aclarar que la validez interna del razonamiento no es objeto de investigación en el presente trabajo que se centra en la faz externa de la decisión sobre los hechos y participación del imputado.

³⁹⁶ Lo que acarrea necesariamente una mayor complejidad en la organización y gestión judicial, con el inevitable retardo y entorpecimiento a la justicia. También se corre con el riesgo que la nueva producción probatoria arroje un resultado distinto, sin demostrar el error de la resolución atacada, a raíz, por ejemplo, de la pérdida de un objeto de prueba, la imposibilidad de reproducir el acto de igual modo –muerte, ausencia o amnesia del testigo que ya declaró en el anterior debate-. Luego, aún en el supuesto que resultan coincidentes esos datos de prueba colectados, se reduce la probabilidad de error judicial, pero técnicamente no revisa la primera condena.

Sin embargo, en el capítulo descriptivo de la fundamentación de sentencias, se recordó que la casación tiene por fin fiscalizar una sentencia, más no realizar un nuevo juicio. Pues, lo que se debe reevaluar en la alzada, es la motivación fáctica de ese fallo condenatorio cuestionado.

Entonces, más allá de las críticas recurrentes al recurso de apelación y los inconvenientes que reportaría para el proceso si se recibe de nuevo la prueba, parecería que, en ninguno de los dos casos, se trataría de un control sobre la valoración de la prueba de la primer condena –que insisto no se expresa³⁹⁷, sino, antes bien, de una nueva sentencia, que se dicta en otra primera y única instancia.

En este sentido, la CIDH en la causa Herrera Ulloa v. Costa Rica, ya citada, expresó “(...) Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir el fallo. Al respecto la Corte ha establecido ‘no basta la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces’, es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos” (considerando 161).

Esto lleva a preguntarme si, proclamar el fácil acceso del condenado a la instancia casatoria, en términos de recurribilidad y revisión amplia, es un indicador fidedigno del auténtico cumplimiento del doble conforme.

Sobre todo porque, el recurso debe ser un remedio para casos que requieran reexamen, no una segunda chance de juzgamiento. Así planteada la cuestión, la pretensión revisora no se agota con ese nuevo juicio de mérito, que, entonces, requerirá de otra instancia para hacer efectivo el doble conforme.³⁹⁸ Herbel dice que “el control de legitimidad” es el modelo recursivo más compatible con nuestro debido proceso constitucional, al postular como objeto de análisis, precisamente, la motivación de la condena, en tanto pueda ser conocida y criticada por el acusado³⁹⁹

³⁹⁷ La parte condenada no puede saber si mereció tratamiento alguno su planteo o el motivo del rechazo del beneficio de la duda.

³⁹⁸ El recurso ante Corte Suprema no es la vía apta por la que el condenado puede exigir la garantía de revisión en los términos convencionales, desde que se trata de un recurso excepcional y limitado. El máximo tribunal se reserva solo la misión de corregir los casos en los que resulte una arbitrariedad intolerable al sistema republicano de gobierno.

³⁹⁹ . “Aun cuando se disponga libremente de un segundo debate, la *duplicidad de juicios de mérito* no importa, sin más, “revisar” la condena. El nuevo juicio oral genera una sentencia originada en su propio debate (...). Para hacerlo es necesario controlar sus fundamentos y no decidir por segunda vez sin ellos. Herbel distingue entre el “juicio de mérito” (las valoraciones del juez del debate), y el “juicio de legitimidad” (control de esas valoraciones por el tribunal de recurso), explicando que se trata de dos tipos de juicios diferentes, con objetos de estudio diversos. “El de “mérito” es un juicio sobre la capacidad de

Otro de los aspectos a reconsiderar en la revisión suficiente de la decisión del jurado, es la posibilidad de que, la nueva resolución sea adoptada por otro jurado popular. El sentido de la institución, participación de los ciudadanos en la función de juzgar, demanda que el tribunal revisor no sea íntegramente integrado por jueces letrados.⁴⁰⁰ Entonces, en palabras de Rosatti, la actuación de un segundo jurado que pueda volver a juzgar el hecho, reconsiderar los hechos y las pruebas ya juzgados, permitiría resguardar plenamente la garantía al recurso.

Frente a todo ello, ¿Existen sistemas organizativos de jurados populares que puedan dar prudente respuesta a las preocupaciones planteadas?

Al menos parcialmente, merece especial atención el modelo establecido por la legislación española que, adopta una modalidad absolutamente original en su sistema de enjuiciamiento por jurados clásico, al regular que, los legos deben dejar asentado una sucinta explicación de las razones por las que han declarado o rechazado determinados hechos como probados.⁴⁰¹

Es decir que, un jurado integrado por nueve ciudadanos legos, previamente instruido por un juez profesional, delibera en soledad y emite un veredicto que no se limita a contestar “culpable” o “no culpable”. La misma ley obliga a los jurados a fundar brevemente los elementos que llevaron a su convicción. La decisión, sustentada en un acta, debe ser entregada al magistrado y de no haber defectos que deban ser subsanados – nunca respecto del sentido de la decisión- se lee, en presencia de las partes. Si el veredicto declara la inocencia, inmediatamente el juez dictará sentencia absolutoria. Caso contrario, la sentencia recogerá los hechos probados por el veredicto condenatorio y

la prueba para demostrar la hipótesis acusatoria, siendo la propia acusación su objeto de análisis; en cambio, el de “legitimidad” no se vincula directamente con la prueba, sino que revisa los criterios de valoración del juez del debate. Su objeto no es la acusación sino los motivos de la sentencia. El “juicio de mérito” es, sustancialmente, un *juicio sobre la prueba* que traduce percepciones sensoriales en argumentos cuya plausividad lógica y jurídica legitiman la sentencia.”HERBEL, Gustavo A., “La motivación de la condena y su revisión amplia como garantías del imputado (¿puede el juicio por jurados restringirlas?), *Revista de derecho penal y procesal penal*, 3/2013, ABRIL 2013, Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 680/681

⁴⁰⁰ “Es cierto que el segundo jurado no sería técnicamente un tribunal superior al primero (como lo pide el Pacto de San José de Costa Rica) sino un tribunal revisor, pues –en el caso del juicio por jurados- no puede afirmarse que el pueblo sea superior a sí mismo. ROSATTI, Horacio “¿Puede el pueblo juzgar? ¿Debe el pueblo juzgar? op. cit. p. 5.

⁴⁰¹ El artículo 61, numeral 1, apartado d de la ley orgánica 5/1995 de ese país logró su propósito de adecuación a la Constitución Española que exige expresamente la motivación de las sentencias (art. 120.3).

establecerá la calificación jurídica por el delito concreto, el grado de ejecución y participación, las agravantes y atenuantes y su pena.⁴⁰²

⁴⁰² Una sentencia en audiencia provincial, dictada en el marco del juicio por jurados español, sede Santander, establece como apartado “MOTIVACIÓN Y CONGRUENCIA DEL VEREDICTO CONFORME A LA PRUEBA PRACTICADA EN EL ACTO DEL JUICIO ORAL” y se refiere a la motivación del jurado en estos términos: “Tal y como así viene estableciendo de forma reiterada nuestro Tribunal Supremo, -por todas la más reciente STS núm. 257/2019, de 22 de mayo -, el Acta del Veredicto contiene un apartado en el que el Jurado debe hacer constar, de modo escueto pero suficiente, cuáles han sido los fundamentos de su convicción. Tratándose de sentencias dictadas por el Tribunal del Jurado no puede exigirse a los ciudadanos que lo integran, el mismo grado de razonamiento intelectual y técnico que puede exigirse a un Juez profesional y experimentado y por ello la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado sólo exige (art. 61.d) " una sucinta explicación de las razones ..." que han tomado en consideración los ciudadanos jurados como elementos de convicción para declarar probados los hechos y la participación en ellos del acusado, razones que deberán ser complementadas, cuando sea necesario y de forma congruente con lo expresado por el Jurado, por el Magistrado-Presidente en tanto en cuanto pertenece al Tribunal y ha contemplado atentamente el desarrollo del juicio, motivando la sentencia de conformidad con el art. 70.2 de la LOTJ . Así pues, el artículo 70.2 de la Ley Orgánica 5/1995, del Tribunal del Jurado dispone que si el Veredicto fuese de culpabilidad, como ocurre en el presente caso, la sentencia deberá expresar el contenido incriminatorio de las pruebas practicadas en la presente causa tenidas en cuenta por el Tribunal del Jurado para fundar su pronunciamiento de culpabilidad y su carácter de prueba de cargo, por cuanto tal y como mantiene nuestra jurisprudencia la motivación fáctica de una sentencia condenatoria del Tribunal del Jurado exige, un proceso en tres fases que son las siguientes: En primer lugar, la constatación de la concurrencia de prueba de cargo hábil para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, que incumbe al Magistrado-Presidente conforme al artículo 49 LOTJ , permitiendo, solo en caso positivo, el acceso a la fase siguiente de emisión del Veredicto. En segundo lugar, el Veredicto recogido en el acta de votación, que expresa la base esencial del resultado de la valoración probatoria, en cuanto contiene la expresión de los elementos de convicción y una sucinta explicación de las razones por las que los jurados han declarado o rechazado declarar determinados hechos como probados, art 61 d) LOTJ . Y en tercer lugar, la sentencia en la que dicha sucinta explicación debe ser desarrollada por el Magistrado Presidente, expresando el contenido incriminatorio de los elementos de convicción señalados por los jurados y explicitando la inferencia cuando se trate de prueba indiciaria o de hechos subjetivos, conforme a las exigencias de la garantía constitucional de la presunción de inocencia, artículo 70.2 LOTJ. Expuesto lo anterior, hay que destacar cómo en el presente caso la configuración de los hechos declarados probados y no probados de la presente Sentencia se basa, como es lógico, en los pronunciamientos que sobre los hechos aparecen contenidos en el Veredicto emitido por el Tribunal del Jurado, debiendo señalarse que el elenco probatorio practicado en el juicio ha sido amplio, completo y rico tanto por su contenido como por su finalidad, habiéndose valorado el mismo de forma racional y precisa por el Tribunal del Jurado, tal y como así lo refleja el acta de emisión del Veredicto, donde se han recogido de forma suficiente los elementos probatorios tenidos en cuenta para declarar probados o no probados los hechos objeto del Veredicto, de ahí que el acta del Veredicto en el presente caso, al cumplir los requisitos exigidos en el artículo 61.1.d) de la LOTJ sea un instrumento válido para destruir la presunción de inocencia del acusado, permitiendo a este Magistrado Presidente cumplir con la obligación de concretar la existencia de prueba de cargo que le impone el artículo 70.2º de la mencionada LOTJ , y exponer en suma, el contenido incriminatorio de dicha prueba tenida en cuenta por el Tribunal del Jurado, sin valoración alguna, por respeto a la función jurisdiccional que la LOTJ atribuye a la institución. Así pues, el Jurado, para formar su convicción que le ha llevado a estimar probados los hechos antes relatados ha tenido en cuenta las declaraciones prestadas en el plenario por el acusado, por los testigos, por la prueba documental y por la prueba pericial, aludiendo asimismo a que algunos de los hechos declarados probados, no han sido ni tan siquiera controvertidos (...). Toda esta prueba, al haberse producido con todas las garantías de oralidad, publicidad, intermediación, contradicción e igualdad de partes, constituye prueba de cargo válida y eficaz para desvirtuar el derecho constitucional a la presunción de inocencia. A tal efecto hay que señalar cómo ni siquiera consta protesta o queja alguna de las partes acerca del desarrollo de las pruebas practicadas en el acto del juicio. Dicho esto, hay que destacar cómo la motivación recogida en el Veredicto del Jurado sobre la autoría directa del acusado debe ser íntegramente asumida en esta resolución, por cuanto -aparte de ser vinculante para este sentenciador- no es sino el resultado racional y lógico a que conducen las pruebas practicadas en el juicio oral, sin que se aprecie arbitrariedad, incongruencia alguna, ni omisiones relevantes que permitan inferir la existencia de dudas razonables”. Sentencia N 245/2019, de fecha

El tribunal de impugnación controla la fundamentación del veredicto. Al respecto, cabe señalar, que recientemente el Tribunal Superior de Aragón en Zaragoza nulificó una sentencia por falta de motivación en el veredicto emitido por el tribunal de jurado. Entre sus argumentos, los magistrados de la alzada resaltaron que la carencia que adolecía la resolución del tribunal lego impedía a las partes y a esa sala “conocer el proceso lógico-jurídico que ha conducido al fallo, contrastar la razonabilidad de la sentencia y controlar la aplicación del Derecho”.⁴⁰³

Este sistema, parece preferible a la fundamentación de los votos del veredicto, derivada “implícita” y únicamente de reglas -instrucciones-, que aún formuladas a la perfección y entendidas de igual modo, son confeccionadas por terceros.

Fuera de concepciones pro o antijuradistas, creo posible, mixturar tipologías, trazando paralelismos con otras culturas, a fin de salvaguardar derechos esenciales del acusado. Para lograrlo, debemos superar la visión reduccionista de estereotipos cerrados⁴⁰⁴, cuando se nos presentan otros que, quizás, podrían permitir -sin forzamientos- adecuaciones constitucionales y legales de garantías en un mismo sistema procesal penal. Un primer paso, erradicar, la tendencia propia de nuestra idiosincrasia de polarizar toda discusión hasta enfrentar realidades que pueden, incluso, ser compatibles.

Me permito concluir, libre de escepticismo, que el reconocimiento constitucional del ejercicio directo de la soberanía popular en la administración de justicia penal, no exime de la corresponsabilidad del jurado en su función de juzgar. Esto implica que, sin abdicar de las bondades que presenta el modelo clásico de enjuiciamiento por legos, los

26/07/2019, Roj: SAP S 203/2019 publicada junto a otras en la página web oficial del Consejo General del Poder Judicial de España: <http://www.poderjudicial.es>, consultada el 15/9/2019.

⁴⁰³ TSJ de Aragón, Sentencia 6/4/2020. Este fallo fue reseñado por la oficina de prensa de ese poder judicial, resaltando que: “Puntualizan los juzgadores que lo que la Ley quiere es que el Jurado diga qué información se considera de valor probatorio y por qué. Es necesario no sólo mencionar los medios de prueba sino también explicar por qué se aceptan unas declaraciones o pericias y se rechazan otras, y por qué se atribuye mayor credibilidad a unas pruebas que a otras. En este sentido, y pese a la complejidad del caso, al existir pruebas periciales médicas contrapuestas, fundamentales para acreditar hechos tan importantes como la lesión que causó la muerte al ofendido y la concurrencia de dolo de matar o solamente de lesionar, el acta del veredicto no recoge los elementos de convicción tenidos en consideración y se limita a citar y señalar, únicamente, las fuentes de prueba, “sin razonar o explicar, ni siquiera esquemática y sucintamente por qué se ha inclinado por una u otra pericial”. Señalan también que el déficit más importante en la motivación del veredicto es la “falta de explicación de las razones por las que se considera que sólo existió dolo de lesionar y no dolo de matar, de manera que la muerte causada se produjo por imprudencia”. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunales-Superiores-de-Justicia/TSJ-Aragon/Sala-de-prensa/Archivo-de-notas-de-prensa/El-TSJ-de-Aragon-declara-nulo-el-juicio-del-crimen-de-los-tirantes-y-devuelve-la-causa-para-un-nuevo-juicio> consultado el 20/05/2020.

⁴⁰⁴ La Corte Suprema validó un sistema que por su mayoría, se aparta del modelo estandarizado de Jurado Clásico descrito en “Patton vs. United States (281 U.S.276)” –EEUU, en 1930- y “Ruppel Nestor Fabian s/recurso de casación” Cam. de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala I, 11/7/2017.

jurados, previamente instruidos por jueces técnicos, se encuentran legítimamente autorizados a resolver, según su leal saber y entender, sobre la culpabilidad o inocencia de un acusado, y al mismo tiempo, detentan la idoneidad suficiente para posibilitar una exposición breve e informal de sus fundamentos, en un modo que, permita identificar el método racional utilizado para arribar a la decisión, y con ello posibilitar su revisión en una instancia superior.

En definitiva, este postfacio, contemplativo del efectivo control en la función judicial, ejercida por magistrados o ciudadanos comunes, encuentra en la revelación de los fundamentos fácticos de los veredictos condenatorios una importancia sustancial.

A modo de cierre, comulgo con la idea traslucida en una frase filosófica que reza así: “Que el pensamiento sea público y autónomo para someterse a la crítica y a la reflexión”.⁴⁰⁵

BIBLIOGRAFÍA

- ABALOS, Raúl Washington, *Derecho Procesal Penal*, 1era. edición, Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1993.
- ALLIAUD Alejandra, LAGO Daniel H., RUBIO Mercedes, “Algunos aspectos particulares del juicio con jurados en la Provincia de Buenos Aires”, *Revista de Derecho Procesal Penal 2014-2: juicio por jurados II*, 1ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014.
- ALMEIDA, Vanina, “La Garantía de deliberación y su eficacia práctica en el sistema anglosajón de juicio por jurados”, *Revista de Derecho Procesal Penal - Juicio por Jurados -I*, 2014-1, Rubinzal Culzoni, Santa Fe.
- ALMEYRA Miguel Ángel (Dir.), *Código procesal penal de la Nación, comentado y anotado/ comentado*, 1era. edición, Buenos Aires: La Ley, 2007.
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Sistema Procesal-Garantía de la libertad*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2009.
- ANDRUET, Armando S. (h), *Teoría de la argumentación forense*, Córdoba, Alveroni, 2005.

⁴⁰⁵ Estrada con cita de Kant. ESTRADA, J.A. “Tradiciones religiosas y ética discursiva” en discurso y realidad. En debate con K-O Apel. Ed. Trotta, Madrid, 1994, p. 177/206.

- ARES, José Luis, “Juicio por jurados. Incompatibilidad constitucional del modelo anglosajón puro por la carencia de motivación del veredicto”, Ponencia en el XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, desarrollado del 22 al 24 de setiembre de 2005 en la ciudad de Mendoza, publicado en *Pensamiento Penal del Sur -Publicación del Área Penal de las Facultades de Derecho de las Universidades Nacionales del Comahue del Sur y de la Pampa-*, 2006/II, FJD.
- BARBERA DE RISO, María Cristina, *Manual de Casación Penal. Una mirada al sistema penal desde un ángulo de la Casación*, Córdoba, 2da. edición ampliada y corregida, Mediterranea, 2000.
- BIANCHI Alberto B., “El juicio por Jurados (un examen del sistema en los Estados Unidos a propósito de la intención de establecerlo en la Argentina)”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, Agosto 1999, Año XXI, N° 251.
- BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar, 1997.
- BILINSKI, Mariana “Cada vez más cerca de la implementación del sistema de enjuiciamiento penal con jurados” disponible en <http://www.juicioporjurados.org/p/blog-page.html>, consultado con fecha 5/9/2019.
- BRUZZONE, Gustavo A. - PEDRAZ PENALVA, Ernesto - PEREZ CRUZ MARTÍN, Agustín J. - ESPARZA LEIBAR, Iñaki - PEREZ GIL, Julio, *Juicio por jurados en el Proceso Penal*, Buenos Aires, AD-HOC, 2000.
- CAFFERATA NORES, José I. - MONTERO, Jorge - VÉLEZ, Victor M. - FERRER, Calos F.- NOVILLO CORVALÁN, Marcelo - BALCARCE, Fabián - HAIRABEDIÁN, Maximiliano - FRASCAROLI, María Susana - AROCENA, Gustavo, *Manual de Derecho Procesal Penal*, 3ra. Edición actualizada y mejorada, Córdoba, Advocatus, 2012.
- CAFFERATA NORES, José I. y Maximiliano HAIRABEDIÁN, *La prueba en el Proceso Penal con especial referencia a los códigos PPN y de la Provincia de Córdoba*, 6ta. Edición, Buenos Aires, Lexis Nexis Argentina, 2008.
- CAFFERATA NORES, José I., *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Buenos Aires, Del puerto, 2000.

- CARAMUTI, Carlos Santiago “El jurado frente a las exigencias constitucionales de motivación de la sentencia y el derecho al recurso contra la sentencia condenatoria”, LLNOA2006 (abril), 225, AR/DOC/183/2006.
- CHAIA Rubén A., *La prueba en el proceso penal*, 1ra. edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2010.
- CLARIÁ OLMEDO, Jorge, *Derecho Procesal Penal*, 1ra. edición, Córdoba, Lerner, 1984.
- D´ALBORA, Franciso J., *Código Procesal Penal de la Nación, anotado, comentado, concordado*, Abeledo-Perrot, 1999.
- DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, disponible en <http://www.rae.es>. Consultado el 5/9/2019.
- DOUGLAS PRICE, Jorge Eduardo, *La decisión judicial*, 1era. edición, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2012.
- FERRARI ARGANARÁS, Gustavo “El sistema de juicio por jurados y su implementación”, Sup. Act. 03/04/2012, 1.
- FERRER Carlos, “La cuestión de la fundamentación de la sentencia. Juicio puro vs. Jurado mixto”, *Revista de Derecho Procesal Penal 2014-2: juicio por jurados II*, 1ra. edición, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni. tomo II.
- FRONDIZI, Julio Román - DAUDET, María Gabriela, *Garantías y eficiencia en la prueba penal*, La Plata (Buenos Aires), Librería editora platense S.R.L., 2000.
- GELLI, María Angélica, "Constitución de la Nación Argentina", La Ley Bs. As., 2001-216.
- GOMEZ, Claudio D. “El juicio por jurados en la provincia de Córdoba: su constitucionalidad a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia”, LLC2006.
- GRISSETTI, Ricardo Alberto, “El juicio por jurados: cómo conjugar la participación ciudadana y el requisito de la fundamentación de la sentencia en su implementación ¿jurado escabinado? ¿jurado puro? ¿los dos?”, Sup. Penal2008 (diciembre), 16 - LA LEY2009-A, 889.
- GUALDA Raúl A., “El juicio por jurados. Fundamentación y motivación de la sentencia”, Semanario Jurídico N° 1481 (27), Octubre 2004.
- HARFUCH Andrés, “Libertad de prensa y regla del secreto del jurado. Su distinta regulación en los Estados Unidos e Inglaterra”, *Revista de Derecho*

Procesal Penal 2014-2: juicio por jurados II, 1ra. edición, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni.

- HARFUCH, Andrés “La fundamentación del fallo en el sistema de jurado clásico”, en segunda jornada del encuentro de la defensa pública de la provincia de Buenos Aires, llevado a cabo en la ciudad de Mar del Plata los días 13 y 14 de octubre de 2011, extraído de www.juicioporjurados.org, el 25/02/2013, actualmente disponible versión reducida en presentación power point, consultado el 5/9/2019.
- HARFUCH, Andrés, “Inmotivación, secreto y recurso amplio en el juicio por jurados clásico” cita on line y en Revista "Derecho Penal", Año I N° 3 "Participación ciudadana en la justicia", Infojus, 2013. ID SAIJ: DACF 130006. Puede consultarse también en www.juicioporjurados.org.
- HENDLER, Edmundo Samuel, *El juicio por jurados como garantía de la Constitución, Lecciones y Ensayos*, 1ra. edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2005.
- HENDLER, Edmundo, *El juicio por jurados. Significados, Genealogías, incógnitas*, Buenos Aires, Del Puerto, 2006.
- HENDLER, Edmundo, *Sistemas Procesales Penales Comparados*, Buenos Aires, AD-HOC, 1999.
- HERBEL, Gustavo A. “Casación amplia y jurado lego: una articulación difícil pero indispensable”, *Revista de derecho penal y procesal pena: Juicio por jurados II, 2014-2*, 1ra. edición, Santa Fe, Rubinzal Culzoni.
- HERBEL, Gustavo A., “La motivación de la condena y su revisión amplia como garantías del imputado (¿puede el juicio por jurados restringirlas?)”, *Revista de derecho penal y procesal penal*, 3/2013, Buenos Aires, Abeledo Perrot, Abril 2013.
- HITTERS, Juan Carlos, *Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación*, Librería Editora Platense, 1998.
- IBARLUCÍA, Emilio A. “juicio por jurados”, LA LEY 27/12/2012, LA LEY 2013-C, 1265. AR/DOC/5754/2012.
- JAUCHEN Eduardo, *Tratado de derecho procesal penal*, 1ra. edición, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2012.

- KIHN, Bruno Roberto “Modelo anglosajón puro del juicio por jurados, Constitución Nacional y sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, II Coloquio sobre Derecho Internacional de los Derechos Humanos UNS - UNICEN 2011, Departamento de Derecho - Universidad Nacional del Sur, p. 7/13, publicado y consultado en <http://www.derechouns.com.ar> (año 2014)
- LA ROSA, Mariano R., “Defensa en juicio, debido proceso y juicio por jurados”, *Revista de Derecho Procesal Penal 2014-2: juicio por jurados II*, 1ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni.
- LARIGUET, Guillermo, “El debate sobre el juicio por jurado en el fuero penal de Córdoba y el problema de la fundamentación lógica y legal de las sentencias”, *Pensamiento penal y criminológico. Revista de derecho penal integrado*, Mediterránea, Año V-N°9-2004.
- LARIGUET, Guillermo, “El debate sobre el juicio por jurado en el fuero penal de Córdoba y el problema de la fundamentación lógica y legal de las sentencias”, *Pensamiento penal y criminológico. Revista de derecho penal integrado*, Año V-N°9-2004.
- LEONE, Giovanni, *Tratado de derecho procesal penal*, Buenos Aires, Ejea, 1963.
- LORCA NAVARRETE Antonio María, “El modelo Español de veredicto del jurado”, *Revista de Derecho Procesal Penal, 2014-2: juicio por jurados II*, 1ra. edición, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014.
- MAIER, Julio B. “El juicio por jurados”, *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, 1ra. edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2009.
- MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal-Fundamentos*, 2da. edición 3° reimpresión, Buenos Aires, Del Puerto, 2004.
- MANZINI, Vincenzo, *Tratado de derecho procesal penal*, Buenos Aires, Ejea, 1952.
- MAIER, Julio, *Congreso Internacional de Juicio por Jurados en Materia Penal*, La Plata, Bs. As. 4, 5, 6 de setiembre de 1997, Colegio de Abogados de La Plata, 1998.

- MANOFF, Judith “Características y terminología del proceso judicial en el derecho anglosajón: El jury trial”, Sup. Act. 23/09/2010, cita online AR/DOC/6374/2010.
- MARTINEZ PAZ, Fernando, *Introducción al Derecho*, 2da. edición, Buenos Aires, Ábaco, 2004.
- MARTINEZ PAZ, Fernando, *La enseñanza del derecho (modelos jurídicos didácticos)*, Córdoba, Ediciones García, 1996.
- MEDINA, Jorge A. ZUCCHIATTI, Gustavo G. “Juicio por jurados”, LNC 2207-3-221, Abeledo Perrot N°: 0003/70035413-1.
- MOONEY, Alfredo, "El juicio por jurados en el derecho público argentino", LA LEY, 1986-D, 869.
- NAVARRO, Guillermo Rafael, DARAY Roberto Raúl, *Código Procesal Penal de la Nación -Análisis doctrinal y jurisprudencial-*, 1ra. edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2004.
- OBLIGADO, Daniel H. “Juicio por jurados: El veredicto”. LA LEY, T. 1998-B, AR/DOC/20362/2001.
- PALACIO, Lino Enrique, *Los recursos en el proceso penal*, Abeledo-Perrot, 1998.
- PENNA, Cristian, “Prejuicios y falsos conocimientos: historia de los cuestionamientos al juicio por jurados en Argentina”, extraído y disponible en www.juicioporjurados.org. Su versión actualizada consultada on line en inecip.org el 5/9/2019.
- PENNA, Cristina, “Primer Paso de la Corte Suprema de Justicia hacia la consolidación del juicio por jurados” LA LEY 26/06/2019, AR/DOC/1903/2019.
- PERRACHIONE, Mario Claudio “El sistema de jurados instituido en Córdoba es una solución demagógica e inconstitucional que debe ser eliminada”, *Semanario Jurídico N°4*, Comercio y justicia Editores S.A. id. Infojus: DACF000021.
- PUCCINELLI, Oscar R., “El juicio por jurados en la Constitución Argentina. Quid de su vigencia a 150 años de su inserción constitucional”, Constitución de la Nación Argentina -con motivo del sesquicentenario de su sanción-, Santa Fe, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, 2003, Tomo II.

- ROCHA CAMPOS, Adolfo “Jurado y Constitución Nacional” SJA 26/03/2008, JA 2008-I-1066, Abeledo Perrot N° 003/013767.
- ROSATTI, Horacio, “El juicio por Jurados” extraído de *Tratado de Derecho Constitucional*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2011, publicado en <http://www.justiciasantafe.gov.ar/> (2014).
- ROSATTI, Horacio “¿Puede el pueblo juzgar? ¿Debe el pueblo juzgar? El dilema de la participación popular en el ejercicio de la función judicial”, publicado el 6/6/2019 en <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/47725>, consultado el 15/9/2019.
- SAGUES, Néstor Pedro “El juicio penal oral y el juicio por jurados en la constitución nacional”, ED, 1981.
- SCHIAVO, Nicolás, *Valoración racional de la prueba en materia penal: un necesario estándar mínima para la habilitación del juicio de verdad*, 1ra. edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Del puerto, 2013.
- SCHIAVO, Nicolás “Fundamentos conceptuales del veredicto inmotivado” disponible en www.juicioporjurados.org. Consultad
- VAZQUEZ ROSSI, Jorge E., *Derecho Procesal Penal*, Rubinzal-Culzoni, 1997, Tomo II.
- VAZQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo, “El juicio por jurados en el procedimiento penal”, *Congreso Internacional de oralidad en materia penal*. Colegio de Abogados del departamento judicial de La Plata. Instituto de Derecho Procesal. 1995.
- VELEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Lerner, 1969.
- VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Estudios de Derecho Procesal Penal*, Imprenta de la Universidad Córdoba, 1956.
- ZURUETA Federico, “El juicio penal por jurados en Córdoba. Especial referencia a la ley 9182”, LNC 2006-3-274, Abeledo Perrot N° 0003/70023034-.

VI. EL RECURSO EXTRAORDINARIO: ¿ES UN EFICAZ MECANISMO ESTABILIZADOR DE INTERPRETACIONES JURIDICAS?

(A PROPÓSITO DEL PRECEDENTE “LOYO FRAIRE” EN MATERIA DE PRISIÓN PREVENTIVA)

Por José I. Cafferata Nores y Valeria P. Rissi

I. Introducción

El objetivo de este trabajo procura exponer, a partir del interrogante planteado en el epígrafe, cuál es el concreto alcance de las decisiones adoptadas por el Máximo Tribunal de la República.

Se dice que la Corte Suprema de Justicia de la Nación cumple una función nomofiláctica porque a través de sus resoluciones se coordina la interpretación de la ley, pues si bien el pronunciamiento del Máximo Tribunal es obligatorio sólo al caso concretamente fallado, tiene un valor orientador para los tribunales inferiores en la resolución de casos análogos, aunque más no sea por razones de economía procesal, salvo que se agreguen nuevos argumentos que puedan variar el precedente. Lo propio ocurre en nuestra Provincia con las resoluciones del Tribunal Superior de Justicia y de la Cámara de Acusación, esta última en lo que concierne a la investigación penal preparatoria. Al respecto, la propia Corte de Suprema de Justicia de la Nación ha indicado en diversos precedentes, entre otros, “Cerámica San Lorenzo” del 04 de julio de 1985, que *“carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el Tribunal, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia”*. Y debe resaltarse que, precisamente por intermedio de esta función uniformadora, se brinda seguridad jurídica a los ciudadanos en la aplicación de la ley, pues torna previsible la interpretación judicial en casos semejantes.

II. Resoluciones recurribles

Previo a ingresar al tratamiento concreto del planteo, y sin que constituya el objeto de este trabajo, resulta propicio recordar que las resoluciones recurribles mediante recurso extraordinario son aquellas que tienen carácter definitivo, siempre que hayan sido pronunciadas por los tribunales superiores de cada provincia, y cuando se verifique alguno de los supuestos previstos por el art. 14 de la ley 48.

Ahora bien, es sabido que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido, a partir del precedente *Di Mascio* (Fallos 311:2478 del 01/12/1998), que existen resoluciones que si bien no tienen carácter definitivo, son equiparables a tales si ocasionan un agravio de imposible, insuficiente, muy dificultosa o tardía reparación ulterior, precisamente porque no habría oportunidad en adelante para volver sobre lo resuelto. Y a partir de diversos pronunciamientos posteriores del mismo Tribunal se han ido delineando múltiples supuestos que pueden enmarcarse dentro del concepto de resolución equiparable a sentencia definitiva, como así también aquellos que no revisten tal entidad. Dichas decisiones resultan aplicables no solo respecto de los planteos que se formulan ante el Máximo Tribunal de la República sino también ante el Tribunal Superior de Justicia y la Cámara de Acusación, al interponer los respectivos recursos, tanto el de casación como el de apelación, ya que precisamente se fue ampliando el catálogo de resoluciones recurribles atendiendo a los parámetros señalados por la Corte.

Así, se han considerado equiparables a sentencia definitiva, entre muchas otras, las resoluciones atinentes a la garantía del Juez Natural, a la imparcialidad objetiva del Tribunal, las que se apartan ostensiblemente de los pronunciamientos de la Corte y las que importan privación de la libertad.

III. Impacto de las resoluciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el ámbito de nuestra Provincia

Es precisamente sobre este último punto que centraremos nuestro análisis, para ejemplificar el impacto que las resoluciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvieron en el ámbito de nuestra Provincia en una materia tan trascendental como la prisión preventiva, para lo cual resulta propicio recordar en primer término que, en virtud de los principios y garantías contenidos en nuestra Carta Magna y en los Tratados Internacionales incorporados a ella en su art. 75 inc. 22 -a su mismo nivel-, debe considerarse a esta medida de coerción como un instituto cautelar (no una pena

anticipada⁴⁰⁶) de carácter excepcional, provisoria, proporcionada y fundada, siendo las normas que la rigen de interpretación restrictiva.

En consecuencia, para que se limite el derecho constitucional a la libertad de una persona (art. 14 C.N.) sometida a proceso, sobre la que todavía no ha recaído sentencia condenatoria firme (garantizado por el principio de inocencia⁴⁰⁷), deben concurrir necesaria y simultáneamente⁴⁰⁸ dos presupuestos: que exista un cúmulo probatorio suficiente para generar probabilidad respecto de la existencia del hecho delictivo investigado y de la participación del imputado en el (“merito sustantivo”), y que exista peligro procesal, entendiendo por tal el riesgo que la libertad del encartado puede entrañar (en el caso concreto) para la consecución de los fines de verdad y aplicación concreta de la ley procurados por el proceso penal seguido en su contra (“merito procesal”).

Si bien tanto en el Código Procesal Federal como en cada legislación provincial se establecen los casos en los que procede la prisión preventiva (en el CPP de Córdoba, arts.

⁴⁰⁶ Al respecto, véase CAFFERATA NORES, José I., *La excarcelación*, Lerner, Córdoba-Buenos Aires, 1977, pp. 27 y ss., en donde se expuso que resulta inconstitucional utilizar la prisión preventiva para neutralizar la proclividad delictiva, o la reiteración delictiva, pues el encarcelamiento preventivo constituye una medida cautelar destinada a asegurar fines procesales, y no una medida de seguridad o punitiva destinada a asegurar fines materiales, como la prevención especial, que es justamente el tipo de prevención que apunta a evitar que una persona cometa nuevos delitos. Este fin de prevención especial es propio de la pena, y si dicho fin se le asigna a la prisión preventiva, lo que resulta es que esta medida estrictamente cautelar es sustancializada en la práctica, en el sentido de que pasa a ser utilizada como pena, y ello importa una flagrante violación al principio de inocencia. Es claro que el encarcelamiento punitivo y el encarcelamiento preventivo no se diferencian entre sí empíricamente, al menos no de manera relevante. La única diferencia que existe entre ambos es de carácter normativo y pasa por los fines que los justifican y definen. Y si ni siquiera esta diferencia jurídica relativa a los fines se toma en cuenta, entonces la prisión preventiva se transforma en pena anticipada, con el consiguiente quebranto al orden constitucional que nos rige. En este mismo sentido ver Cámara de Acusación: “López”, A. n° 180, del 17/09/07, “Fernández”, A. n° 225 del 03/11/06, “Bustos”, A. n° 4 del 12/02/2007, entre muchos otros precedentes.

⁴⁰⁷ Implícitamente, art. 18 C.N.; expresamente: art. 39 Constitución Provincial; Declaración Universal de los Derechos del Hombre, art. 11.1; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. XXVI; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 8.2 y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14.2.

⁴⁰⁸ Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sala Penal, “Conesa”, S. n° 97, 20/11/02; “Bianco”, S. n° 111, 19/11/03; “Montero”, S. n° 1, 14/2/05; “Navarrete”, S. n° 114, 18/10/05; “Spizzo”, S. n° 66, 7/07/06; “Gallotti”, S. n° 113, 28/09/06, entre otros. En el mismo sentido, CAFFERATA NORES, José I. – TARDITTI, Aída, *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba Comentado*, Mediterránea, Córdoba, año 2003, Tomo 1, p. 672. Cabe puntualizar que si bien se mencionó que estos requisitos deben configurarse necesaria y simultáneamente, el primero constituye un presupuesto del segundo; esto es, si no existe probabilidad respecto de la participación punible del imputado en el hecho investigado no tendrá sentido analizar ni la existencia o no de peligro procesal, ni la necesidad de recurrir a esta medida de coerción para tutelar dicha investigación. Esta aclaración resulta pertinente dado que algunas veces se confunden estos presupuestos y se le atribuye –indebidamente– al primero (probabilidad...) el carácter de fuente de peligro procesal a que se refiere el segundo presupuesto que se mencionó, para así fundamentar la necesidad de aplicar la prisión preventiva.

281, 281 bis y 281 ter), su interpretación, correlacionada con el resto de las normas previstas al efecto por los mencionados cuerpos legales y la normativa constitucional e internacional referida, ha generado distintas conclusiones, con las consecuencias que cada una de ellas implica tanto respecto de la libertad de una persona sometida a proceso penal como también de la administración de justicia –en este caso, en dicho proceso penal–, particularmente con relación al segundo de los presupuestos mencionados anteriormente, esto es, la “peligrosidad procesal”.

En este sentido debe remarcarse que, aun antes de la reforma constitucional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación venía delineando las condiciones de imposición de la prisión preventiva mediante lo que hemos denominado fallos de “aproximación”, estableciendo asimismo sus caracteres y requisitos. Entre ellos puede mencionarse el de los autos “Fiscal c. Vila Nicolás y otros”, del 10 de octubre de 1996, en el que se sostuvo: “...en razón del respeto a la libertad individual de quien goza de un estado de inocencia por no haberse dictado en su contra una sentencia de condena, las atribuciones de carácter coercitivo cautelar de que dispone el juez penal durante el proceso y antes de la sentencia definitiva han de interpretarse y aplicarse restrictivamente (confr. Fallos: 316:942, cons. 3º). Ello exige de los magistrados que, en la medida de su procedencia, las adopten con la mayor mesura que el caso exija, observando que su imposición sea imprescindible y no altere de modo indebido el riguroso equilibrio entre lo individual y lo público que debe regir en el proceso penal...”.

Por su parte, en “Estévez”, del 03/10/1997, la Corte indicó que “...la sola referencia a la pena establecida por el delito por el que ha sido acusado y la condena anterior que registra, sin que precise cuáles son las circunstancias concretas de la causa que permitieran presumir fundadamente, que el mismo intentará burlar la acción de la justicia, no constituye fundamento válido de una decisión de los jueces que sólo trasunta la voluntad de denegar el beneficio solicitado...”.

Asimismo, en “Massera”, del 15/04/2004, el Máximo Tribunal puntualizó que: “...la extrema gravedad de los hechos que constituyen el objeto de este proceso, o de otros similares, no puede constituir el fundamento para desvirtuar la naturaleza de las medidas cautelares ni para relajar las exigencias de la ley procesal en materia de motivación de las decisiones judiciales, a riesgo de poner en tela de juicio la seriedad de la administración de justicia...”.

Ahora bien, como la prisión preventiva es un instituto de naturaleza cautelar, que atañe precisamente al proceso penal, su regulación está reservada, a excepción de lo

atinente al Fuero Federal, al ámbito de cada provincia, y precisamente por ello son los códigos procesales de cada jurisdicción los que determinan los supuestos en que corresponde aplicarla.

No obstante, no puede desconocerse que la Constitución Nacional establece en el art. 16 el principio de Igualdad que, en prieta síntesis y en función de interpretaciones de la propia Corte Suprema, impide que se dé un tratamiento diferente frente a situaciones similares.

Es en este contexto que en primer lugar vamos a analizar el fallo conocido como “Verbtisky”, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, del 03/05/2005.

Se trató de un habeas corpus colectivo presentado por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) en amparo de todas las personas privadas de su libertad en jurisdicción de la provincia de Buenos Aires, detenidas en establecimientos policiales superpoblados.

La Sala III del Tribunal de Casación decidió rechazar el habeas corpus interpuesto con fundamento en que no era competente para entender originariamente en la acción instaurada. Agregó, además, que el habeas corpus no autorizaba, en principio, a sustituir a los jueces propios de la causa en decisiones que les incumben, de modo tal que la reparación de las agravaciones en las condiciones de detención denunciadas en la presentación de origen debían encontrar remedio en los respectivos órganos jurisdiccionales, a cuya disposición se hallan los beneficiarios del habeas corpus.

El Centro de Estudios Legales y Sociales impugnó la sentencia del Tribunal de Casación pero la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires declaró inadmisibles los recursos de nulidad e inaplicabilidad de ley interpuestos por entender que la resolución del Tribunal de Casación que rechazó la acción de habeas corpus intentada no constituía sentencia definitiva.

Contra este pronunciamiento la actora interpuso el recurso extraordinario federal, cuya denegatoria dio lugar a la presentación directa ante la Corte.

El extenso fallo de la CSJN efectúa consideraciones vinculadas a diversos aspectos de esta materia cuyo análisis integral excedería el objeto del presente trabajo. No obstante, no puede dejar de mencionarse que allí se remarcó que cualquiera sea el sistema procesal de una provincia y sin desmedro de reconocer su amplia autonomía legislativa en la materia, lo cierto es que si bien no puede llevarse la simetría legislativa hasta el extremo de exigir una completa igualdad para todos los procesados del país, la desigualdad tampoco puede extremar las situaciones hasta hacer que el principio federal

cancele por completo el derecho a la igualdad ante la ley, pues un principio constitucional no puede borrar o eliminar otro de igual jerarquía.

En este sentido, el Máximo Tribunal sostuvo que “...respecto de la prisión preventiva, cualquiera sea la tesis que se adopte acerca de su naturaleza, lo cierto es que importa en la realidad un contenido penoso irreparable, lo que lleva a asimilar las controversias a su respecto a casos de sentencia definitiva, según inveterada jurisprudencia de esta Corte... una asimetría total en cuanto a la legislación procesal penal destruiría la necesaria unidad en materia penal que se mantiene en todo el territorio en virtud de un único Código Penal... y, por ello, se debe entender que, sin pretensión de cancelar las asimetrías, para la prisión preventiva -que es donde más incidencia represiva tiene el derecho procesal penal- las provincias se hallan sometidas a un piso mínimo determinado por los estándares internacionales a los que se ajusta la legislación nacional. No es lo mismo que, habiendo dos imputados en igualdad de condiciones y por el mismo delito, uno llegue al juicio libre y otro lo haga después de muchos meses o años de prisión, sin que el Estado Federal se asegure de que en el último caso, al menos, se respeta un piso mínimo común para todo el territorio”.

Pese a los lineamientos brindados por la Corte Suprema la unificación interpretativa pretendida no se materializó, y es por ello que pudieron advertirse una diversidad de criterios entre los distintos tribunales de nuestro país, tanto del ámbito nacional como provincial.

Esta denunciada desigualdad tenía hasta no hace mucho tiempo una fuerte proyección en el ámbito de la justicia penal cordobesa, no sólo porque existían criterios opuestos entre el Tribunal Superior de Justicia y la Cámara de Acusación (última palabra “instructoria” en materia de concesión o mantenimiento de libertad, no de la aflicción inversa) sobre la imposición de la prisión preventiva, sino también porque en la jurisprudencia de este último tribunal parecía posible detectar también algunos criterios contrapuestos.

La problemática señalada se generaba a partir de la diferente interpretación que los órganos jurisdiccionales mencionados efectuaban con relación al pronóstico punitivo hipotético de pena de encierro mencionado en el inc. 1 del entonces art. 281 del CPPCba., en cuanto a si debía ser considerado una presunción de peligrosidad procesal que justificaba de por sí (salvo excepcionales condiciones o “circunstancias singulares” - vgr. imputado con una enfermedad terminal-) la imposición de la prisión preventiva; o si era un mero indicio del peligro procesal requerido para su dictado, a valorar junto con los

restantes indicadores del inc. 2º y último párrafo del citado art. 281 (en la redacción anterior a “Loyo”) con los que debía ser correlacionado (criterio que acepta la ley n° 10.201 que lo modifica).⁴⁰⁹

El primer criterio mencionado había sido sostenido por el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba en innumerables precedentes, en los que había considerado que, ante la amenaza de imposición futura de una pena de prisión efectiva de cierta gravedad, el legislador presumía *iuris tantum* la peligrosidad procesal, y que dicha sospecha sólo podía ser neutralizada si concurrían circunstancias singulares que demostraban con suficiencia que tal resguardo resultaba innecesario⁴¹⁰.

Los argumentos efectuados en dichos fallos importaron un avance respecto de la jurisprudencia de ese alto Tribunal en esta materia, ya que en resoluciones anteriores⁴¹¹ si bien admitían que la presunción de peligrosidad no era absoluta, subordinaban el cese de prisión al triple acuerdo exigido por el art. 283 inc. 2º del CPP; de lo que puede deducirse que el análisis relativo a la indispensabilidad de la prisión preventiva ocurría necesariamente después de su dictado, y no podía tener lugar a los fines de determinar o no su procedencia.

No obstante el carácter *iuris tantum* que el Tribunal le asignaba a dicha presunción, a través de diversas resoluciones se fueron puntualizado todas aquellas circunstancias que se consideraban ineficaces a los fines de neutralizarla: la falta de

⁴⁰⁹ Véase el *Fundamento en el recinto del legislador Sergio Busso sobre la modificación a los arts 269,272, 281 y 435 del Código Procesal Penal*. El legislador señala que: “Conforme al texto proyectado, a los fines de analizar la procedencia o no de la prisión preventiva -o su mantenimiento o el cese-, deberán tomarse en cuenta ambas circunstancias previstas por los anteriores incisos 1) y 2) del artículo 281, esto es, tanto la probable pena a imponer al imputado, a la que se le asignará mayor o menor peso, conforme al monto estimado de aquella, y/o al carácter efectivo del cumplimiento, cuanto los demás indicadores contenidos con carácter enunciativo, en la norma de mención... Huelga aclarar que en cada caso concreto deberá efectuarse una evaluación conjunta de los presupuestos legales de procedencia de la medida asegurativa -artículo 281, anteriores incisos 1) y 2) del Código Procesal Penal-, que permitan sustentar la peligrosidad procesal y con ello la indispensabilidad de la coerción que se va a ordenar -o se va a mantener- para evitar el riesgo de daño jurídico que se produciría cuando la libertad constituye un peligro para el interés social, que en el proceso penal se encuentra representado en su fines, esto es, la averiguación de la verdad y la actuación de la Ley Penal”. Consecuentemente luego de la reforma operada por la ley n° 10201 la Cámara de Acusación, en “Ardanaz”, A. n° 238, del 23-05-2014, expresó: “Más allá de que la reciente modificación legislativa local le asignó a la ‘gravedad del pronóstico punitivo hipotético’ la calidad de indicio de peligrosidad procesal que, per se, y en función de su redacción, podría entenderse como suficiente para la verificación de” una presunción de fuga o entorpecimiento de la investigación ‘lo cierto es que el máximo tribunal de la Nación ya zanjó tal discusión y claramente explicitó que tal circunstancia no resulta suficiente para sostener’ la existencia de esos peligros para el proceso. Estos deben ser evaluados también sobre la base de otros indicadores que hacen a la situación personal y comportamiento ante la justicia de cada imputado”.

⁴¹⁰ En este sentido pueden mencionarse los fallos “Montero”, S. n° 1 del 15/02/05; “González”, S. n° 24, del 30/03/05; “Rodríguez”, S. n° 137 del 31/10/06; “Álvarez”, S. n° 140, del 28/06/07, entre otros.

⁴¹¹ Cf., por todos, “Aguirre Domínguez”, S. n° 76, del 11/12/97.

antecedentes del imputado y que se domicilie o trabaje en su medio social; que tenga empleo estable en el establecimiento familiar o un fuerte arraigo en el seno de su comunidad; que el imputado haya comparecido espontáneamente y haya tenido una actitud colaboradora en el proceso; problemas de salud de los padres; carecer de medios económicos, etc.⁴¹².

Por el contrario, y a los fines de determinar la procedencia o no de la prisión preventiva, la Cámara de Acusación desde la nueva integración producida en el año 2006, estableció que las circunstancias mencionadas en el párrafo precedente, entre muchas otras, debían ser valoradas conjuntamente con el pronóstico punitivo de pena efectiva el que, si bien constituía un indicio de peligro procesal abstracto, era insuficiente por sí solo a los fines de justificar la imposición de tan gravosa medida de coerción personal⁴¹³.

Sin perjuicio de ello, no puede dejar de mencionarse que ese mismo Tribunal había puntualizado que en aquellos supuestos en los que la pena conminada en abstracto para el delito imputado es muy elevada, tal indicador, atento su especial fuerza indiciaria de peligrosidad procesal, podría fundar prácticamente por sí solo una inferencia a favor de la existencia de peligro de fuga en tanto al menos algún otro indicio específico del caso concreto lo complementa, por débil que resulte tal indicio adicional si se lo considera aisladamente⁴¹⁴.

Así, ambos tribunales continuaron dictando pronunciamientos conforme al criterio previamente adoptado por cada uno, pese a las diferentes consecuencias que ello importaba respecto de la libertad de las personas sometidas a proceso. Inclusive la problemática se vio agravada cuando la Cámara de Acusación se pronunció en la causa “Nieto”⁴¹⁵ y, agregando argumentos a los ya expresados en el precedente “Maza” (y los subsiguientes que se dictaron en el mismo sentido), recomendó a los fiscales de instrucción y jueces de control que, no obstante dejar sentada su postura al respecto, resuelvan los casos atinentes a la prisión preventiva de acuerdo a los parámetros fijados por dicho tribunal, en razón de cuestiones de economía procesal y para evitar un inútil

⁴¹² Cf., por todos, el mencionado fallo “Álvarez”, cit.

⁴¹³ En este sentido pueden indicarse los fallos “Maza”, A. n° 388 del 03/11/06; “Montes”, A. n° 250, del 05/11/06; “Guerrero”, A. n° 251, del 05/11/06; “Amaranto”, A. n° 243, del 21/11/06; “González”, A. n° 404, del 21/11/06; “Olivares”, A. n° 416, del 04/12/06; “Urrets Zavalía”, A. n° 252, del 05/12/06; “Navarro”, A. n° 420, del 07/12/06; “Resucchi”, A. n° 95, del 07/06/07; “Pérez”, A. n° 101, del 20/06/07; “Picone”, A. n° 130, del 31/07/07, entre muchos otros.

⁴¹⁴ Cámara de Acusación, “Irusta”, A. n° 182, del 01/07/2008.

⁴¹⁵ Cámara de Acusación, “Nieto”, A. n° 99 del 14/04/08.

desgaste jurisdiccional, lo cual implicó, en la práctica, una variación en la fundamentación que en la materia efectuaron la mayoría de los funcionarios mencionados.

Pero dicha resolución de Cámara de Acusación fue recurrida en casación, motivando que el Tribunal Superior de Justicia la descalificara⁴¹⁶, oportunidad en la cual el Máximo Tribunal sostuvo “...En consecuencia, la materia aquí discutida hace eje en sede de peligrosidad procesal. Y sobre dicho punto, estimo que el vigor asignado por el Tribunal de Apelación a la presunción que emana del pronóstico de pena efectiva se aparta de la interpretación que pacífica y reiteradamente ha efectuado esta Sala acerca de dicho requisito (T.S.J., Sala Penal, "Navarrete", S. n° 114, 18/10/2005; "Spizzo", S. n° 66, 7/07/2006; "Álvarez", S. n° 140, 28/06/2007; "Bustos Fierro", S. n° 110, 19/05/2008, por citar algunos de los más recientes), y de la que hiciera correcta aplicación el Juez de Control...”.

Asimismo, corresponde remarcar que las consideraciones formuladas también resultaban especialmente aplicables respecto de los imputados con sentencia de condena efectiva no firme (es decir, recurrida), en tanto el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba entendía que frente a dicha circunstancia aumentaba el riesgo de fuga del encartado. Así, se consideraba que “...en la psiquis del imputado, no es lo mismo conocer que existen elementos de convicción suficientes para sostener como probable su participación punible en el hecho que se le atribuye (art. 354 C.P.P), a que un Tribunal de Juicio haya arribado a la certeza sobre su responsabilidad y haya dispuesto una pena de magnitud que inexorablemente deberá cumplir en un establecimiento penitenciario. Ello constituye un peligro que debe ser neutralizado en forma realista y eficaz, por lo que a ‘título cautelar’ se justifica la privación de libertad del imputado que ha sido condenado, ya que la sentencia que así lo dispone supera sobradamente los requisitos normativos exigidos para las medidas de coerción previstas por el Código Procesal Penal anteriores al fallo’...”⁴¹⁷.

A su vez, en el precedente “Gauna”⁴¹⁸, el Máximo Tribunal de Córdoba había puntualizado que "por el carácter mutable de toda resolución impugnada y para evitar la irreparabilidad del perjuicio, hasta tanto lo resuelto adquiera firmeza y quede en condiciones de efectivizarse, debe suspenderse su ejecución. Tal disposición tiene plena

⁴¹⁶ Tribunal Superior de Justicia, “Nieto”, S. n° 130 del 11/11/08,

⁴¹⁷ Tribunal Superior de Justicia, “Boasso” A. n° 423 del 9/12/2004; “Nievas”, S. n° 194 del 4/08/2008; “Murature”, A. n° 90 del 5/05/09 y A. n° 185 del 28/08/09), entre otros.

⁴¹⁸ Tribunal Superior de Justicia, “Gauna”, S. n° 151, 10/06/2010.

vigencia en orden al recurso de casación, e incide especialmente en el condenado a pena privativa de la libertad, la que evidentemente no se ejecutará como tal, esto es, como pena, hasta tanto la sentencia no pase en autoridad de cosa juzgada. Si el mismo se encontrara sujeto a una medida cautelar, permanece dentro del régimen de privación de la libertad provisoria de los sometidos a proceso y va de suyo, que ésta no puede transformarse en prisión o reclusión a título de pena durante el lapso de tramitación de la impugnación extraordinaria. Igual naturaleza cautelar reviste el encierro ordenado al condenar a quien hasta ese momento se encontraba en libertad. La privación de la libertad como medida cautelar no importa una excepción al efecto suspensivo del recurso, sino la aplicación del régimen de la prisión preventiva para aquellos casos taxativamente enumerados por la ley del rito".

Corresponde resaltar que los criterios expuestos en los puntos precedentes influyeron en las decisiones que, en la materia que nos ocupa, adoptaron los Fiscales de Instrucción y los Jueces de Control en los distintos casos que cayeron bajo su competencia, e, inclusive, el fallo "Nieto" del Tribunal Superior de Justicia que mencionamos anteriormente determinó una nueva variación en la resolución de los casos judiciales en las instancias aludidas y también entre los propios miembros de la Cámara de Acusación, oportunidad en la que uno de los vocales, no obstante dejar sentada su postura sobre la materia -en el mismo sentido en que, hasta el momento, venía resolviendo-, comenzó a fundar sus votos conforme los lineamientos del máximo tribunal, en el entendimiento de que correspondía variar su criterio por razones de economía procesal y de gradación jerárquica (ver, por todos, Cám. Acus. "Vega", A. n° 383, del 05/08/09).

Por el contrario, los otros integrantes de ese tribunal entendieron que no correspondía que varíen su criterio, conforme las razones que expusieron en numerosos fallos (ver, por todos, Cám. Acus. "Sosa", A. n° 98, del 27/03/09 y "Rivero", A. n° 637, del 03/11/09), por lo cual, la mayoría del tribunal continuó pronunciándose en el mismo sentido.

En ese contexto, debe resaltarse que ya en el año 2013, en el marco del Congreso Nacional de Derecho Procesal que se desarrolló en la Ciudad de Córdoba, luego de exponer la problemática que se planteaba en torno a este tema se esbozó a modo de conclusión el anhelo de que las distintas posiciones que hasta entonces se verificaban a su respecto fueran conciliadas, ya sea por decisiones judiciales del máximo nivel nacional, sea por reformas legislativas, todo ello con el objeto de asegurar un estándar igualitario en

materia de prisión preventiva que sea compatible con las expresas disposiciones constitucionales y las incorporadas a ella y a su mismo nivel (arts. 14, 18 y 5 inc. 22 CN).

Pues bien, ambas situaciones se produjeron, ya que no sólo hubo un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación con relación al pronóstico punitivo hipotético de pena efectiva como determinante del peligro procesal que justifica la prisión preventiva, sino que también hubo una modificación en el Código Procesal Penal de Córdoba en lo atinente a la normas que regulan la prisión preventiva.

El precedente al que estoy haciendo referencia es el conocido fallo “LOYO FRAIRE” que hoy se invoca prácticamente en toda resolución referida a la situación procesal de una persona, ya sea para el mantenimiento o privación de su libertad. Este es un claro ejemplo de la función nomofiláctica de la Corte que se indicó al comienzo, ya que permitió superar las divergencias interpretativas señaladas. Y cabe resaltar que en verdad unifica criterios, pues ese fallo de la CSJN no admite varias interpretaciones, en tanto cada vocal vota igual que los otros, al remitir todos al dictamen de la Procuración General la Nación.

Tal como se señaló, en dicha oportunidad los Jueces de la Corte Suprema se remitieron al dictamen del Procurador Fiscal Dr. Eduardo Ezequiel Casal, en el que éste, a su vez, hizo referencia a un dictamen anterior emitido en autos “Merlini Ariel Osvaldo s/ p.ss.aa. estafa procesal” S.C.M.960, L. XLVIII” de fecha 12/08/2013, respecto del cual, no obstante, el Máximo Tribunal no alcanzó a pronunciarse en tanto el planteo se tornó abstracto al haber cesado la prisión preventiva de algunos de los imputados por vencimiento del plazo máximo de tres años exactamente el mismo día en que emitió su dictamen el Procurador General de la Nación, y en función del cual se dispuso el cese de la medida de coerción de los restantes imputados. En dichos pronunciamientos, el Procurador Fiscal de la Nación consideró arbitraria la resolución del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba dado que, al sostener que la gravedad de los delitos que se imputan justificaría, por sí misma, la prisión preventiva, no brindó una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a los criterios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad señalados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la materia (“Gangaram Panday vs. Surinam” del 21/01/1994; “Palamara Iribarne vs. Chile”; del 22/11/2005; “Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador”, del 21/11/2007 y “Bayarri vs. Argentina”, del 30/10/2008). Asimismo, el Procurador Fiscal de la Nación agregó que “...la decisión apelada tampoco se ajustó a la garantía en cuestión desde que le restó relevancia a las circunstancias personales invocadas a favor de los imputados,

aduciendo de manera dogmática que, al no exceder la regularidad de situaciones que se presentan en la generalidad de los procesos, carecían de relevancia para contrarrestar aquella presunción...”, estimando que, así, el TSJ le atribuyó carácter irrevocable a aquella presunción legal, en tanto no analizó la incidencia de esas circunstancias en relación con la situación particular de cada imputado, privándolos de esta manera de la posibilidad de exponer razones a favor de su libertad.

En función de la resolución del Máximo Tribunal Nacional, que implicó una variación en la interpretación que pacífica y reiteradamente efectuaba el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba con relación al entonces art. 281 del CPP, éste último en el reenvío correspondiente se pronunció⁴¹⁹ tomando razón de lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sin perjuicio de dejar a salvo la divergente opinión del tribunal en cuanto refiere a la adecuación constitucional del pronóstico punitivo hipotético contenido en el inc. 1 del referido art. 281 del CPP y del modo en que ha de interpretarse la presunción que de él emana sin contravenir garantías fundamentales.

Concretamente, respecto de la prisión preventiva posterior a la sentencia de condena no firme, el Tribunal Superior de Justicia, al reconocer que el peligro procesal sólo concierne al riesgo de fuga, agregó que “no han resultado suficientes -a los ojos del Alto Tribunal- los argumentos expuestos en el apartado V.5.2 del decisorio revocado acerca del modo en que el principio de inocencia adquiere una diferente textura una vez que se ha dictado sentencia condenatoria, y su necesario balance con otros derechos fundamentales también jurídicamente protegidos con rango fundamental”, y agregó que “...es elocuente el fallo de la CSJN en cuanto a que lo que definitivamente sella la suerte de la libertad durante dicho tramo del proceso es ‘que los imputados hubieran intentado eludir la acción de la justicia’, o ‘que se hubiese dado alguna situación concreta respecto del curso de la investigación’... Así enunciada, la tesis propiciada por el máximo Tribunal de la Nación admite la privación cautelar de la libertad sólo cuando se configura alguna de estas circunstancias en el proceso cuyos fines se intenta resguardar; y por ende, en la medida en que no se hayan verificado conductas concretas que permitan colegir que habrá de sustraerse de la investigación, del juzgamiento o -después de producido éste- del cumplimiento de la pena impuesta, corresponderá mantener al imputado en libertad”.

⁴¹⁹ Tribunal Superior de Justicia Cba., “Loyo Fraire”, S. n° 34, del 12/03/2014,

No obstante, el Tribunal Superior de Justicia puntualizó que “aunque se trate de una prisión preventiva posterior a la sentencia de condena, igualmente podrá proyectarse hacia el peligro de fuga el comportamiento del imputado que durante la investigación penal preparatoria o el juicio hubiere intentado entorpecer el desenvolvimiento del proceso -v.gr., intentando alterar la prueba- puesto que tales acciones muestran en concreto una actitud obstaculizadora de la acción de la justicia que puede razonablemente extenderse como palmario indicio de insumisión al futuro cumplimiento de la pena, en caso de que ésta resulte confirmada por las instancias revisoras”.

En función de ello, se revocó la medida cautelar que pesaba sobre los imputados, al considerar que de la resolución que la ordenaba no surgía que aquellos se hubiesen sustraído del proceso.

Asimismo, a modo de *obiter dictum*, el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba fijó directrices en torno a la aplicación de la doctrina judicial de la CSJN en “Loyo Fraire”. En primer término se remarcó que si bien el pronunciamiento allí dictado concernía a una prisión preventiva impuesta con el dictado de la sentencia condenatoria, la cual no se encontraba firme, debía hacerse una aplicación extensiva de lo resuelto hacia todos los procesados y no sólo respecto de aquellos sobre los cuales ha recaído sentencia de condena.

Por otro lado, se puntualizó la necesidad de que las características personales del supuesto autor sean analizadas con específica relación al caso concreto, en su incidencia respecto de la situación particular de cada imputado, sin hacer foco en su mayor o menor generalidad. A su vez, remarcó que la condición económica desfavorable, en cuanto a la dificultad o imposibilidad de afrontar cauciones reales, no puede constituir un obstáculo en este sentido.

También se ha dejado claro, a partir resoluciones posteriores, que como el análisis de los indicios en que puede fundarse el peligro procesal debe efectuarse en cada caso concreto, es posible que respecto de un imputado una circunstancia determinada opere a favor de concluir que aquél no intentará obstaculizar los fines del proceso y que, el mismo indicador, no sea suficiente para arribar a la misma conclusión respecto de otro imputado, por cuanto será analizado en función de las particulares circunstancias que cada uno de aquellos presenten, y es por ello que el Máximo Tribunal Provincial sostuvo que los indicios no tiene un valor “tasado” o “inmutable” para todos los casos.

Asimismo, y en consonancia con lo que ya había precisado la Cámara de Acusación en la mencionada causa Irusta, el Tribunal Superior ha sostenido que si bien

la gravedad del delito no basta para justificar la prisión preventiva (esto es, para demostrar en concreto el peligro que la libertad del imputado significa para los fines del proceso: el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley), sin embargo, esa insuficiencia no significa que no tenga ningún tipo de incidencia en el examen que necesariamente debe efectuarse de los indicios y contraindicios de peligrosidad procesal. Se trata del “primer eslabón de análisis” que debe ir necesariamente acompañado de indicios concretos. De esa manera se interpreta que, ante un delito de suma gravedad bastará un respaldo indiciario mínimo para acreditar el riesgo procesal, mientras que uno de escasa gravedad exigirá un respaldo indiciario fuerte. Lo que nunca podrá afirmarse, en cambio, es que la gravedad del delito baste por sí misma para el dictado de la medida: deberá siempre demostrarse, a partir de circunstancias concretas de la causa, la existencia de peligro para los fines del proceso. Pero también ha remarcado el propio Tribunal Superior de Justicia que no se requiere necesariamente que el imputado se haya efectivamente fugado (o intentado fugarse) o que concretamente haya entorpecido (o intentado entorpecer) la investigación sino que "circunstancias objetivamente verificadas en la causa" permitan "derivar una directa conexión con alguno de los dos peligros referidos".

Por cierto que sería una ingenuidad creer que la Corte Suprema ha terminado con la discusión, en tanto a poco de dictado el pronunciamiento que comentamos pudieron advertirse “sub-interpretaciones” legislativas y jurisprudenciales sobre su doctrina legal que tienden a relativizarla en sus efectos prácticos.

No obstante, pareciera que la discusión vinculada a esta materia ya se ha desplazado a un eje diferente. Hoy no se discute (porque no se puede discutir a partir de “Loyo”) si la pena de prisión efectiva amenazada o impuesta (pero recurrida) basta para legitimar la prisión preventiva. Hoy la discusión pasa por precisar cuáles son las demás circunstancias que, agregadas a la prisión efectiva (pronosticada o aplicada, pero impugnada), configuran un cuadro de peligros procesales probables que sean idóneos para justificar la imposición concreta de esta medida de coerción.

Y, por ejemplo, puede mencionarse otro precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el cual, aplicando precisamente los conceptos expuestos en Loyo Fraire, se confirmó la prisión preventiva de la imputada. Me estoy refiriendo a la resolución de fecha 05/12/17 dictada en la causa “Sala, Milagros” en la cual concluyó que la prisión preventiva fue justificada por la máxima autoridad judicial local en la existencia de un entramado organizacional a disposición de la imputada, presuntamente utilizado para infundir temor por las consecuencias adversas de enfrentar sus intereses y, con base

en constancias de la causa, se fundó suficientemente la sospecha razonable de que la acusada obstaculizará el proceso intimidando a los testigos o induciéndolos a falsear su declaración, a la luz de su capacidad para obrar en tal sentido, diferenciando así esta situación de los parámetros sentados en el fallo “Loyo Fraire” que la propia Corte citó.

Pero además, en su decisión, el Máximo Tribunal recordó que es jurisprudencia reiterada y firme de la Corte que la comprobación de la satisfacción de los requisitos que sustentan la medida de prisión preventiva corresponde al ámbito de los jueces de la causa porque son ellos quienes están en mejores condiciones para evaluar, en virtud de su mayor inmediatez, las circunstancias fácticas relevantes que pueden justificar la detención cautelar de una persona que todavía no ha sido condenada. Por tal motivo, destacó que sólo excepcionalmente puede descalificar esta clase de decisiones por aplicación de la doctrina de la arbitrariedad de la sentencia que tiende a resguardar la garantía de la defensa en juicio, exigiendo que las sentencias de los jueces sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa.

Sin perjuicio de las divergencias de criterios que aún subsisten, fundamentalmente como se dijo en torno a las circunstancias que adicionalmente al pronóstico punitivo se invocan para justificar la existencia de riesgo procesal, este esperable fenómeno no puede empalidecer la decisión de la Corte -no muy frecuente en materia penal- de asignarle al recurso extraordinario federal el carácter de mecanismo estabilizador de decisiones jurídicas en todo el territorio nacional, mediante pautas concretas que no sólo marcan con precisión y claridad cuáles son las exigencias a las que debe ajustarse la prisión preventiva para no ser arbitraria, sino que reviste una enorme trascendencia institucional, pues hace derivar directamente sus conclusiones de la jurisprudencia supranacional de nivel constitucional (art. 75 inc 22 C N), dándole vida efectiva en nuestro medio.

Y, por cierto, no puede dejar de destacarse que la fuerza con que se expresa todo este permanente y oscilante movimiento conceptual se encuentra íntimamente relacionada con la exagerada duración de los procesos penales. Porque si hasta que una sentencia condenatoria quede firme transcurre un excesivo lapso de tiempo, es explicable la percepción de impunidad por parte de la sociedad y aun por el posible autor que, al estar en libertad, vuelve a delinquir, pero en cualquier caso, la prisión preventiva no puede ser utilizada a modo de condena anticipada como respuesta al clamor social ni funcionar como sanción ejemplar también anticipada. Por ello, resulta imprescindible que toda esta discusión se proyecte también al diseño de procedimientos, herramientas y

recursos que permitan acortar dichos plazos, de modo que el proceso penal logre cumplir los objetivos para los que está diseñado en procura del propósito constitucional de afianzar justicia, no sólo respecto de la víctima y del imputado, sino de toda la sociedad.

TERCERA PARTE

APROXIMACIONES SOBRE LA UTILIZACIÓN DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LOS PROCESOS JUDICIALES: ¿“MÁQUINA DE JUZGAR” O “JUEZ ROBOT”?

Por Miguel Angel Martínez Conti

I. Introducción.

La Inteligencia Artificial (en adelante IA) está entre nosotros. Aunque pueda parecernos algo lejano, todos los días en nuestras actividades habituales nos encontramos interactuando con este tipo de avances, fundamentalmente cuando utilizamos aplicaciones por todos conocidas.

Así, cada vez que ingresamos a motores de búsqueda (como *google*), redes sociales (*facebook*), servicios de *streaming* (*Netflix*) o alguna página de internet de nuestro interés, la IA se encuentra presente, estudiando nuestros hábitos de conducta y comportamientos como usuarios de la red.

De ese estudio vienen precisamente las sugerencias de compras de productos o servicios, música o películas de nuestro agrado, que automáticamente comienzan a aparecer en nuestra sesión de navegación, una vez que introducimos la información de lo que estábamos buscando.

Y no solo allí se puede observar la presencia de la IA. Se los encuentra en los asistentes personales con que cuentan los *smartphones* (*Siri* para los usuarios de *Apple*) a los que se le pueden hacer preguntas de todo tipo, como también en los llamados asistentes virtuales que se utilizan en las casas y que han sido creados para hacer un sinnúmero de tareas: desde responder preguntas, reproducir música o establecer alarmas, hasta proporcionar información en tiempo real del clima, tráfico y brindar resúmenes de noticias, entre otras (Vgr. *Alexa* creado por *Amazon*).

Además de esos usos, ya se encuentran estudios avanzados de sus posibles aplicaciones en campos como la medicina o el derecho.

De allí que se observen algunos intentos de traspolar el uso de este tipo de tecnologías al campo jurídico en general y al proceso judicial en particular, movidos quizás por la necesidad de encontrar nuevas estructuras procesales que permitan al proceso judicial ser más eficiente y menos burocrático. Estos intentos, en algunos casos ya se han convertido en realidades según se verá a continuación.

II. Inteligencia artificial: qué es y cómo funciona. Nociones.

No podemos pretender avanzar en el tema propuesto sin antes tratar de conocer qué se entiende por inteligencia artificial y cómo funciona.

Técnicamente, se ha indicado que la IA hace referencia a la capacidad de un sistema para interpretar correctamente datos externos, para aprender de dichos datos y emplear esos conocimientos para lograr tareas y metas concretas a través de la adaptación flexible⁴²⁰.

En término más coloquiales se ha sostenido que, si bien no existe un total consenso sobre lo que significa la expresión IA, podría decirse que describe la posibilidad de que las máquinas, en alguna medida, “*piensen*”, o más bien “*imiten*” el pensamiento humano a base de aprender y utilizar las generalizaciones que las personas usamos para tomar nuestras decisiones habituales⁴²¹.

En cuanto a su funcionamiento, la IA consiste básicamente en una tremenda base de datos que cruza los mismos siguiendo un esquema llamado “*algoritmo*” que ofrece diversas perspectivas de solución, basándose sobre todo, aunque no siempre, en criterios estadísticos. Por tanto, cada vez que una decisión se pueda fundamentar en una recopilación suficiente de datos previos que la herramienta pueda almacenar para obtener la solución más correcta en función de los parámetros que el programador le haya dispuesto, tomará esa decisión exactamente igual que lo haría un ser humano, incluso con bastante más automatismo, de manera que las personas que interactúen con la aplicación pueden no saber que se están comunicando con una máquina⁴²².

⁴²⁰ KAPLAN, Andreas - HAENLEIN, Michael, *Siri, Siri in my Hand, who's the Fairest in the Land? On the Interpretations, Illustrations and Implications of Artificial Intelligence*, Revista *Business Horizons*, 2019, Vol. 62, N° 1, ps. 15-25, disponible en <https://www.sciencedirect.com>.

⁴²¹ NIEVA FENOLL, Jordi, *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Ed. Marcial Pons, 2018, p. 20.

⁴²² NIEVA FENOLL, Jordi, *Un cambio generacional en el proceso judicial: la inteligencia artificial*, en Revista de Derecho Procesal 2019-1, *La oralidad en el proceso*, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 633, con cita al pie de LÓPEZ DE MÁNTARAS BADIA, Ramón y MESEGUER GONZÁLEZ, Pedro, *Inteligencia*

Para ello, Alan Turing creó la prueba que lleva su apellido –*Test de Turing*–, diseñada para verificar la habilidad que puede tener una máquina de exhibir un comportamiento inteligente similar al de un ser humano, en la cual se planteó el siguiente interrogante: *¿Pueden las máquinas pensar?*⁴²³.

Para responder esa pregunta, formuló un método denominado *Juego de la Imitación (Imitation Game)*, que consiste en que ciertas personas juegan a descubrir la identidad de uno de ellos mediante un breve interrogatorio. Para ello, un humano debía evaluar conversaciones en lenguaje natural entre un humano y una máquina diseñada para generar respuestas similares a las de un humano⁴²⁴.

La utilización de algoritmos de autoaprendizaje o aprendizaje automático (*machine learning*), permite a la IA identificar patrones en enormes bases de datos que se utilizan luego para aproximarse a respuestas a los problemas del usuario, las cuales a su vez, se testean nuevamente y se van depurando de eventuales errores utilizando para ello redes neuronales artificiales, es decir, una gran cantidad de algoritmos organizados en diferentes capas, las cuales imitan el comportamiento de las células nerviosas del cerebro.

III. Algunas experiencias de IA en el campo del derecho.

Las hipótesis en las cuales se puede utilizar la IA en el campo de los procesos judiciales, son variadas. A modo de ejemplo, se han indicado la apreciación de cuestiones como la evaluación del *periculum* para dictar una medida cautelar, la valoración de la prueba y hasta la misma motivación de resoluciones judiciales aunque de manera limitada, que se modificará o desaparecerá en un relevante número de casos⁴²⁵.

Más allá de ellos, existen ya supuestos de uso concreto. Una de las apariciones que podemos destacar en torno a la aplicación de IA para brindar asesoría legal es *Ross*, algoritmo programado en la universidad de Toronto, cuyas principales características residen en que *se ha creado desde cero para ofrecer las colecciones más completas de leyes relevantes en respuesta a consultas de investigación en lenguaje natural* y que la

artificial, Madrid, 2017; KAPLAN, Jerry, *Inteligencia artificial. Lo que todo el mundo debe saber*, Zaragoza, 2017.

⁴²³ TURING, Alan, *Computing intelligence and machinery*, *Mind* 49, pp. 433-460, disponible en <https://www.csee.umbc.edu>.

⁴²⁴ Sobre la validez del test y la capacidad de pensar se puede consultar SEARLE, J. R., *Minds, Brains, and Programs*, en *Behavioral and Brain Sciences*, 3 (1980), pp. 417 a 424. Publicado en línea por Cambridge University Press, disponible en <https://www.cambridge.org>.

⁴²⁵ NIEVA FENOLL, ob. cit. nota 3, ps. 635-643.

*inteligencia artificial patentada ayudará a encontrar la autoridad que necesita para ganar casos con el mejor análisis legal sin importar el tamaño del asunto o el cliente*⁴²⁶.

La empresa IBM a su vez, ha creado a *Watson* a quien se presenta como *la plataforma abierta y multinube que le permite automatizar el ciclo de vida de la IA. Cree modelos potentes desde cero o acelere el tiempo de valor con aplicaciones preconstruidas impulsadas por las últimas innovaciones en aprendizaje automático*⁴²⁷. Se utiliza en el ámbito empresarial en general y puede ser orientado a la aplicación en el campo del derecho.

También encontramos a *LawGeex* el cual *utiliza inteligencia artificial para revisar contratos basados en las políticas predefinidas de su empresa. Señala cláusulas inaceptables o faltantes, sugiere correcciones y aprueba automáticamente el resto*⁴²⁸.

Podemos citar además la aplicación *Case Crunch*, la cual se presenta sosteniendo *creamos soluciones duraderas para bancos, compañías de seguros, bufetes de abogados y financiadores de litigios. Ayuda a las organizaciones a proporcionar una solución más eficiente para el manejo de reclamos a sus clientes. También trabajamos con firmas de abogados para mejorar las estrategias de litigio basadas en el análisis de la ley basado en datos y ayudar a los financiadores de litigios a seleccionar reclamos meritorios de su grupo de solicitantes.*

*Hace predicciones de decisiones legales. Ayudamos a los clientes a reducir la cantidad de tiempo y dinero gastados en tareas de predicción legal en múltiples órdenes de magnitud, al tiempo que igualamos o mejoramos el rendimiento humano. Las aplicaciones actuales incluyen manejo de reclamos, pronóstico de decisiones legales y revisión de reclamos basada en méritos*⁴²⁹.

En este punto, resulta interesante destacar también la investigación llevada a cabo en octubre de 2016 por la *University College of London* por el cual *las decisiones judiciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se han pronosticado con una precisión del 79% utilizando un método de inteligencia artificial (IA) desarrollado por investigadores de la UCL, la Universidad de Sheffield y la Universidad de Pennsylvania*⁴³⁰. Para ello, se analizaron 584 decisiones de ese tribunal.

⁴²⁶ Disponible en <https://rossintelligence.com/features>.

⁴²⁷ Disponible en <https://www.ibm.com/watson>.

⁴²⁸ Disponible en <https://www.lawgeex.com>.

⁴²⁹ Disponible en <https://www.case-crunch.com>.

⁴³⁰ Disponible en <https://www.ucl.ac.uk/news/2016/oct/ai-predicts-outcomes-human-rights-trials>.

Por otro lado, a nivel de los poderes judiciales gubernamentales, se pueden rescatar algunos ejemplos.

En China se está hablando de justicia inteligente y se ha anunciado una asociación con los tribunales superiores de tres provincias para aumentar la eficiencia y la precisión de sus salas de audiencias. La aplicación se llama simplemente *Inteligencia Artificial + Corte* y se ha probado en 30 provincias y 400 salas de tribunal hasta la fecha.

La solución de IA se centra en el reconocimiento de voz y gráficos / evidencia, un sistema de archivo inteligente y un sistema inteligente de prueba y gestión. El sistema de reconocimiento de voz, por ejemplo, se utiliza principalmente para lograr la identificación y transcripción de voz en tiempo real de los jueces, demandantes, acusados y testigos, con una precisión del 100% de los registros de prueba, asegurando que todas las pruebas, transcripciones y archivos se creen en tiempo real y sin errores⁴³¹.

A nivel de la región, el Supremo Tribunal Federal Brasileño, ha destacado la necesidad de utilizar la tecnología cada vez más para responder a las demandas de quien busca justicia, enfatizando la importancia del Proyecto *Víctor* –desarrollado en asociación con la Universidad de Brasilia—, que utiliza la inteligencia artificial para aumentar la eficiencia y velocidad de la evaluación judicial de los casos entrantes a la corte⁴³², que ha construido sus redes neuronales para aprender a partir de miles de decisiones ya pronunciadas en ese tribunal.

Ya en nuestro país, encontramos a *Prometea*, sistema de inteligencia artificial que combina detección inteligente, predicción, asistencia inteligente y automatización. Agiliza y optimiza exponencialmente procesos burocráticos para mejorar los derechos de la ciudadanía, utiliza técnicas de aprendizaje automático (machine learning) supervisado y de clustering, a partir de etiquetado manual y de máquina; Opera como sistema experto para automatizar la creación de documentos, realizar búsquedas inteligentes y asistir en el control de datos; y posee una interfaz intuitiva y amigable que permite “hablarle” al sistema o chatear⁴³³.

Este software ha sido creado por el Laboratorio de Innovación e Inteligencia Artificial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en conjunto con el Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

⁴³¹ Disponible en <https://www.forbes.com/sites/baymclaughlin/2018/06/19/this-week-in-china-tech-court-systems-powered-by-ai>.

⁴³² Disponible en <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional>

⁴³³ Disponible en <https://ialab.com.ar/prometea/>.

Finalmente, resulta imprescindible destacar algunos supuestos en los cuales ya se ha implementado el uso de la IA en cuestiones concretas.

Entre ellos, existe un sistema desarrollado por la Universidad de Cambridge en conjunto con agencias gubernamentales e instituciones de seguridad y conocido como *HART* (*Harm Assessment Risk Tool* o herramienta de evaluación de riesgo potencial), el cual ha sido diseñado para ser utilizado por la policía de Durham en la prevención del delito. Usando un método llamado "bosques aleatorios", el modelo analiza un gran número de combinaciones de "valores predictores", la mayoría de los cuales se centran en el historial del infractor del sospechoso, así como en la edad, el género y el área geográfica. Estas variables se combinan de miles de formas diferentes antes de llegar a una conclusión final prevista⁴³⁴.

Estados Unidos ha sido el país que en mayor medida pretende optimizar la eficiencia de su sistema de justicia penal con algoritmos.

Así, el mayor impacto en el uso de IA a nivel de procesos judiciales, probablemente sea *COMPAS*, acrónimo de *Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions* (se podría traducir como Administración de Perfiles de Criminales para Sanciones Alternativas) el cual se utiliza para predecir la probabilidad de que una persona pueda reincidir en un delito. Para ello, realiza una serie de cálculos basándose en el historial de cada uno de los sujetos a un proceso penal y, dependiendo del resultado, aconseja a los jueces sobre el número de años y el tipo de pena que cree prudente imponer, en base a una evaluación del criminal apoyada en una encuesta y a calificaciones que se otorgan a diferentes aspectos (Vgr. lugar de procedencia, raza, edad, entre otros).

Precisamente es también en Estados Unidos donde se encuentra funcionando el programa de Evaluación Federal de Riesgos Post Conviction, instrumento desarrollado por la Oficina Administrativa de los Tribunales de Estados Unidos, al cual se lo describe como de base científica y cuya finalidad es mejorar la efectividad y eficiencia de la supervisión posterior a la condena, lo que hace posible que los oficiales concentren sus esfuerzos en las personas que corren el mayor riesgo de fallar en la supervisión y cometer

⁴³⁴ Disponible en <https://www.cam.ac.uk/research/features/helping-police-make-custody-decisions-using-artificial-intelligence>

nuevos delitos mediante prácticas basadas en evidencia, que emplean los mejores datos científicos disponibles para influir en las decisiones de supervisión⁴³⁵.

IV. Breve referencia a los intentos regulatorios en el derecho comparado.

La IA es una tecnología disruptiva que implica un desafío normativo.

Tanto sus propios desarrolladores como científicos especialistas en IA, han ido poniendo reparos o condicionamientos éticos a este tipo de innovaciones, como así también han exhortado al uso responsable que debe hacerse de ella, mediante el dictado de los principios o recomendaciones de Asilomar⁴³⁶.

El escándalo mundial que produjo el caso *Cambridge Analytica*⁴³⁷ por el cual se utilizaron datos privados de millones de usuarios de *Facebook* para direccionar votantes en la campaña electoral del ahora presidente de Estados Unidos Donald Trump, aceleró los procesos regulatorios de la IA.

En ese orden, debe destacarse el antecedente que precisamente existe en el Reino Unido, en donde la Cámara de los Lores se movilizó para liderar ese camino, con el objetivo de evitar que otras compañías establezcan precedentes para el uso peligroso y poco ético de la tecnología. La institución, publicó un informe intitulado *IA en Reino Unido: ¿lista, dispuesta y capaz?* con cinco principios éticos que deberían aplicarse: 1) la IA debe desarrollarse para el bien común y el beneficio de la humanidad; 2) debe operar según los principios de inteligibilidad (transparencia técnica y explicación de su funcionamiento) y equidad; 3) no debe utilizarse para disminuir los derechos de propiedad de los datos o la privacidad de las personas, las familias o las comunidades; 4) todos los ciudadanos deben tener derecho a ser educados para permitirles prosperar mental, emocional y económicamente junto con la IA; 5) y nunca debería conferirse a la IA el poder autónomo para herir, destruir o engañar a los seres humanos⁴³⁸.

⁴³⁵ Disponible en <https://www.uscourts.gov/services-forms/probation-and-pretrial-services/supervision/post-conviction-risk-assessment>.

⁴³⁶ Para ampliar, ver más en <https://futureoflife.org> donde se muestra a su vez una lista de todos los países y organizaciones internacionales que han establecido estrategias e iniciativas con respecto a la IA.

⁴³⁷ Existe un documental intitulado "*Nada es privado*" (*The Great Hack*) (2019) que trata sobre el suceso.

⁴³⁸ Disponible en <https://publications.parliament.uk/pa/ld201719/ldselect/ldai/100/100.pdf>.

En idéntico sentido, la Comisión Europea ha exhortado al Parlamento Europeo para que entre otras cosas, se garantice un marco ético y jurídico adecuado a la IA⁴³⁹.

De manera más específica, la Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia (CEPEJ) del Consejo de Europa, ha adoptado la primera Carta Ética Europea sobre el uso de la Inteligencia Artificial en los sistemas judiciales, con la finalidad de proporcionar un marco de principios que pueden guiar a los responsables políticos, legisladores y profesionales de la justicia ante el rápido desarrollo de la IA en los procesos judiciales.

En ella⁴⁴⁰, se enumeran principios básicos que deben respetarse al aplicar la IA a la justicia, los cuales se pueden resumir en: a) *Principio de respeto de los derechos fundamentales*: Se debe garantizar que el diseño y la aplicación de los instrumentos y servicios de IA sean compatibles con los derechos fundamentales reconocidos a los ciudadanos; b) *Principio de no discriminación*: Se debe impedir específicamente el desarrollo o la intensificación de cualquier discriminación entre individuos o grupos de individuos al aplicar la IA; c) *Principio de calidad y seguridad*: En lo que respecta al tratamiento de las decisiones y datos judiciales, utilizando fuentes certificadas y datos intangibles con modelos concebidos de forma multidisciplinar, en un entorno tecnológico seguro; d) *Principio de transparencia, imparcialidad y equidad*: Hay que hacer que los métodos de tratamiento de datos sean accesibles y comprensibles por sus usuarios, autorizando las auditorías externas que lo comprueben; e) *Principio "bajo el control del usuario"*: Hay que impedir un enfoque prescriptivo y garantizar que los usuarios estén informados y tengan el control de sus decisiones.

Allí, se indica que el cumplimiento de estos principios debe garantizarse en el tratamiento de las resoluciones judiciales y de los datos mediante algoritmos y en la utilización de los mismos.

Resulta útil recordar que ya desde el año 2011 existen prácticas o principios rectores internacionalmente aceptados para proteger los derechos humanos, en donde se reconoce la responsabilidad de las corporaciones de respetar los derechos humanos, principalmente mediante la debida diligencia en sus impactos sobre los derechos humanos y de mitigar y remediar las violaciones de derechos que surgen de sus

⁴³⁹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Inteligencia Artificial Para Europa*, Bruselas, 25.4.2018, disponible en <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2018/ES/COM-2018-237-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF>.

⁴⁴⁰ Disponible en <https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c>.

operaciones⁴⁴¹ que quizás pueda haber servido como base para tener en cuenta al momento de diseñar regulaciones específicas al respecto.

Finalmente, durante este año, en base a un trabajo de un grupo de expertos en gobernanza de IA, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), enumeró los principios sobre IA⁴⁴² que ya han sido adoptados por 42 países – entre ellos el nuestro—, y también reconocida por los miembros del G20⁴⁴³.

V. Reparos sobre su aplicación en el proceso judicial.

Se puede decir que al menos hasta ahora, la tecnología resulta muy útil para estandarizar o automatizar procesos. No obstante ello, los problemas persisten en los terrenos más abiertos de la inteligencia: es decir, en el significado, razonamiento y en el uso del sentido común. A pesar de que estos programas de aprendizaje automático y aprendizaje profundo pueden identificar millones de palabras y buscar información en enormes bases de datos, carecen de comprensión de conceptos axiológicos básicos propios de los procesos judiciales, como equidad o justicia entre otros.

Esto tiene que ver con el hecho de que con frecuencia se intentan copiar las funcionalidades que vemos de la IA en otros ámbitos, cuando los mismos muy difícilmente son aplicables en los procesos judiciales.

Las experiencias de los programas COMPAS en los Estados Unidos y HART en el Reino Unido han sido objeto de numerosas críticas, puntualmente, en razón de las limitaciones de la metodología utilizada basada en un acercamiento puramente estadístico.

Puntualmente, se demostró que el software de evaluación de riesgos COMPAS no es más preciso, justo u objetivo que las predicciones hechas por personas con poca o ninguna experiencia legal y, sumado a ello, que los algoritmos padecían de los mismos sesgos que los humanos⁴⁴⁴.

A modo de ejemplo, se puede decir que los expertos en IA acostumbran a ignorar, cómo se emiten los juicios jurisdiccionales, centrándose normalmente en la

⁴⁴¹ Organización de las Naciones Unidas (ONU), Negocios y Derechos Humanos, disponible en https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf.

⁴⁴² Disponibles en <http://www.oecd.org/going-digital/ai/principles/>

⁴⁴³ Conforme apartado 12 de la declaración final de Osaka, disponible en https://g20.org/pdf/documents/en/FINAL_G20_Osaka_Leaders_Declaration.pdf.

⁴⁴⁴ Estudio disponible en <https://www.propublica.org>.

tramitación propiamente dicha, es decir, en el aspecto externo de la actividad judicial que quizás sea en buena medida automatizable. De igual modo, también suelen centrarse en la parte más mecánica de la labor de juzgar, representada por la búsqueda de antecedentes doctrinales, citas legales y precedentes jurisprudenciales.

De todos modos, de manera directa o indirecta, la escala de valores, juicios, intencionalidad y los condicionamientos sociales y culturales que posean los desarrolladores o programadores de productos de IA seguramente se verá reflejada en la tecnología que hagan.

Por ello, la selección del personal informático que estará encargado de la *black box* es algo que deberá cuidarse legislativamente con enorme cautela, controlando que personas muy ideologizadas, por ejemplo, estén alejadas de la configuración del funcionamiento de la herramienta. De igual modo, es fundamental que se permita el conocimiento del funcionamiento de los algoritmos, dado que las partes deben tener perfecto conocimiento de los mismos para poder, en su caso, combatirlos⁴⁴⁵.

Sumado a ello, ya existen investigaciones que demuestran que se puede engañar con facilidad al aprendizaje profundo de la IA y que muchos algoritmos modernos pueden comportarse de manera muy diferente de lo que pretenden sus diseñadores lo que acrecienta sus reparos en torno a su aplicación.

Ello, se dimensiona con mayor claridad si tenemos en cuenta que los avances que realiza la IA con una dinámica basada en la lógica de prueba y error sin capacidad –al menos hasta ahora– de brindar explicaciones conceptuales del por qué de las nuevas determinaciones que adopta, solo son máquinas de identificar correlaciones, no piensan en un sentido humano⁴⁴⁶.

VI. ¿Impugnaciones con fundamentación informática?

El uso del sistema de IA denominado COMPAS en Estados Unidos, creado para ayudar a los jueces a decidir sobre la pena de los acusados ha generado un nuevo escenario en materia impugnativa.

⁴⁴⁵ NIEVA FENOLL, ob. cit. en nota 3, p. 646.

⁴⁴⁶ Fenómeno que ha sido denominado como *deuda intelectual* por ZITTRAIN, Jonathan, profesor de Ciencias y de la Computación y de Derecho de Internet, Universidad de Harvard, en <https://www.newyorker.com/tech/annals-of-technology/the-hidden-costs-of-automated-thinking>.

Puntualmente, las objeciones que se le han efectuado, reside en que fue cargada con bases de datos de departamentos policiales donde la mayoría de los detenidos eran personas de color, de modo que el algoritmo estableció que el riesgo de ser criminal era mayor entre esas personas, lo que luego se demostró, era incorrecto.

Así, en el caso *State v Loomis*⁴⁴⁷, se cuestionó el uso por parte del Estado de Wisconsin de este software de evaluación de riesgos de código cerrado por el cual el acusado Eric Loomis fue condenado a seis años de prisión.

Allí se adujo que el uso de dicho software en la sentencia, violó el derecho del encausado al debido proceso porque se evitó que el acusado impugne la validez científica y la precisión de dicha prueba, ya que la precisión de la predicción algorítmica no se pudo verificar.

De igual modo, se adujo que la defensa no tenía acceso al algoritmo que dio lugar a la puntuación de riesgo y además, que se utilizar esta herramienta de cálculo de riesgos en el proceso podría terminar afectando la neutralidad del juez, influido por la indicación o el informe que ese sistema le indique.

Sobre este caso en particular, se ha dicho que el tribunal ignoró los procedimientos computacionales que procesaron los datos dentro del algoritmo. Cómo los algoritmos calculan los datos es tan importante como la calidad de los datos calculados. Los argumentos en el caso Loomis revelaron la necesidad de nuevas formas de razonamiento para justificar la lógica de las herramientas basadas en evidencia. Un "razonamiento de ciencia de datos" podría proporcionar formas de disputar la integridad de los algoritmos predictivos con argumentos basados en cómo funciona la tecnología⁴⁴⁸.

Como se ve, parte de los argumentos de la impugnación recursiva, estuvo relacionada con discutir un algoritmo y su método de funcionamiento, algo impensado en la teoría de las impugnaciones del derecho procesal clásico.

VII. A modo de cierre.

⁴⁴⁷ 881 NW2d 749 (Wis. 2016), resumen disponible en <https://harvardlawreview.org/2017/03/state-v-loomis/>.

⁴⁴⁸ WASHINGTON, Anne, *Cómo discutir con un algoritmo: lecciones del debate COMPAS ProPublica* (4 de febrero de 2019), *The Colorado Technology Law Journal*, Volumen 17 Número 1, <http://ctlj.colorado.edu>. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3357874>.

Hemos podido observar que existen varias experiencias en que la IA puede de manera exitosa identificar objetos o reconocer palabras. Ello no significa que sus algoritmos funcionen igual que el cerebro humano, pues, las máquinas pueden ser engañadas en situaciones en las que quizás no se equivocaría un humano.

En lo que a este trabajo interesa y al menos hasta el día de hoy, parece que las máquinas no pueden decidir, ni juzgar. Es actividad humana racional, que implica una operación epistémica compleja.

Partiendo de la idea de que el derecho en un producto cultural, por más inteligentes que lleguen a ser las futuras inteligencias artificiales, serán distintas a la inteligencia humana, pues ésta depende de las interacciones con el entorno y responde a procesos de socialización y culturización de los cual las máquinas son extrañas.

Con acierto se ha advertido que el que sean inteligencias ajenas a la humana y, por lo tanto, ajenas a los valores y necesidades humanas nos debería hacer reflexionar sobre posibles limitaciones éticas al desarrollo de la IA⁴⁴⁹.

Y aquí reside el quid de la cuestión.

Si bien se ha comenzado un proceso de regulaciones sobre el uso de la IA, debemos empezar a pensar seriamente en regulaciones normativas específicas, que pongan bajo resguardo algunos derechos humanos dentro del proceso.

Por lo pronto, en la actualidad solo podemos imaginar un uso de la IA en forma colaborativa, es decir, para mejorar los procesos de toma de decisiones, corrigiendo sesgos o preconcepciones humanas, complementando a quienes deben tomarlas –los jueces– pero no sustituyéndolos en esa tarea.

De todos modos, con la velocidad que llevan los avances tecnológicos, más temprano que tarde, el legislador deberá ocuparse de planificar una regulación normativa lo más completa posible y con especial resguardo del debido proceso legal, que ya no tendrá como objeto la conducta humana como es habitual, sino que deberá adentrarse a un nuevo objeto: regular el funcionamiento y la utilización de este tipo de tecnologías, las cuales incluso día a día se van modificando.

Ese, es el verdadero desafío.

⁴⁴⁹ LÓPEZ DE MANTARÁS, Ramón, *El futuro de la IA: hacia inteligencias artificiales realmente inteligentes*, ps. 160-174, *¿Hacia una nueva Ilustración? Una década trascendente*. Madrid, BBVA, 2018. Disponible en <https://www.bbvaopenmind.com/wp-content/uploads/2019/02/BBVA-OpenMind-libro-2019-Hacia-una-nueva-Ilustracion-una-decada-trascendente.pdf>

Ello, se dimensiona con mayor claridad si tenemos en cuenta que los avances que realiza la IA con una dinámica basada en la lógica de prueba y error sin capacidad –al menos hasta ahora– de brindar explicaciones conceptuales del por qué de las nuevas determinaciones que adopta, solo son máquinas de identificar correlaciones, no piensan en un sentido humano⁴⁵⁰.

De allí los reparos al denominado aprendizaje automático –*machine learning*–, el cual se utiliza para identificar y reconocer patrones complejos en grandes bases de datos, mediante un algoritmo que revisa los datos y es capaz de predecir comportamientos futuros.

En ese contexto, si los datos empleados en la fase de entrenamiento no son cargados de manera fidedigna y con corrección, el sistema resultante arribará a soluciones o conclusiones equivocadas.

Por la carga de los datos empiezan las complicaciones que pueden hacer que estos sistemas automatizados se vean afectados en su rendimiento, condicionados en muchos casos por sesgos.

Esta circunstancia impone poner la lupa en el proceso de generación de datos, buscando que su utilización propenda a la adopción de soluciones justas. Así se ha sostenido que la justicia no es de talla única. El conocimiento de una aplicación y el compromiso con sus partes interesadas deben contener la exigencia de informar la identificación de estas fuentes, recordando que en la práctica, el *machine learning* es un proceso iterativo con un ciclo de retroalimentación largo y complicado⁴⁵¹.

VI. Sesgos humanos vs. Sesgos de la IA.

La pregunta acerca de a quien debemos tener más miedo si al juez o al algoritmo, nos transporta a analizar si ambos poseen sesgos cognitivos que condicionen su razonamiento o su funcionamiento según el caso.

Existen investigaciones sobre sentencias judiciales, en donde se ha encontrado que las decisiones judiciales están guiadas por *sesgos cognitivos y motivacionales*.

⁴⁵⁰ Fenómeno que ha sido denominado como *deuda intelectual* por ZITTRAIN, Jonathan, profesor de Ciencias y de la Computación y de Derecho de Internet, Universidad de Harvard, en <https://www.newyorker.com/tech/annals-of-technology/the-hidden-costs-of-automated-thinking>.

⁴⁵¹ SURESH, Harini – GUTTAG, John V., *Un marco para comprender las consecuencias involuntarias del aprendizaje automático*, Cornell University, arXiv: 1901.10002v1 [cs.LG], 28/01/2019.

Mención especial merece el *anclaje*, que presupone que la hipótesis inicial, una vez formada, se asume que sirve como conjunto cognitivo que guía la interpretación de la nueva información. Evidentemente, este modo de razonamiento no es normativo⁴⁵².

De igual modo, también se han detectado en el razonamiento judicial los heurísticos, a los cuales se los pueden identificar como estrategias que constituyen atajos para simplificar la toma de decisiones. En el ámbito judicial acudir a ellos puede importar, por un lado, un ahorro de energía cognitiva por el cúmulo de trabajo, facilitando la tarea del operador judicial, pero, por otro -inconvenientemente usados-, pueden forzar errores que pasan desapercibidos⁴⁵³.

La IA no es ajena a esto. No porque sean propios de su estructura, sino debido a que los heredan de sus diseñadores y de quienes son responsables de la carga de los datos que las alimentan.

Precisamente IBM, una de las empresas que más avances ha realizado en esta materia, ha desarrollado un nuevo servicio de software a través de su plataforma en la nube que está orientada a detectar sesgos en las decisiones tomadas por las herramientas basadas en la Inteligencia.

⁴⁵² ARCE, Ramón Arce, Profesor Titular de Psicología Jurídica de la Universidad de Santiago de Compostela, disponible en http://www.infocop.es/view_article.asp?id=470.

⁴⁵³ SUAREZ FILIPPIN, María Eugenia, Los heurísticos en el derecho. Manifestaciones de sesgos cognitivos en las decisiones judiciales, en *El Derecho*, N° 14.249, año LV, ED 274, 22/08/17, p. 1.

INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Por Ramón Agustín Ferrer Guillamondegui

I. Introducción

A lo largo de su desarrollo la humanidad fue atravesando procesos históricos coyunturales que modificaron estructuralmente la sociedad por los cambios que implicaban respecto de la modalidad en la que se producían los bienes y se prestaban los servicios. En ese contexto la primera revolución industrial, que tuvo lugar entre 1760 y 1830, implicó el paso de la producción manual a la mecanizada y gracias a la máquina a vapor, la reducción de las distancias para la comercialización de los productos. La segunda revolución industrial, ocurrida en 1850, gracias a la electricidad permitió la producción en masa; y posteriormente, la tercera revolución industrial a mediados del siglo XX, dio paso a la electrónica, las telecomunicaciones y al uso de las tecnologías de la información para automatizar aún más las producciones.

Actualmente, nos encontramos atravesando el desarrollo de una Cuarta Revolución Industrial, que implica softwares inteligentes, vinculados a la Internet de las cosas, o sistemas de ordenadores en red; que dotan a robots de inteligencia artificial e interactúan entre el mundo físico, digital y biológico⁴⁵⁴.

Bajo este panorama se ha decidido efectuar un breve desarrollo de la modalidad con la que distintos países han aplicado estos últimos avances en las áreas relativas a la prevención de delitos y la administración de justicia. Dicho estudio se limitará a analizar, ejemplos prácticos de implementación, sin pretensiones de agotar las temáticas abordadas, detallando características, beneficios, similitudes y diferencias en cada supuesto.

⁴⁵⁴ Vengoechea, Juan “*La cuarta revolución industrial*”; Ed. Ingenierías USBMed; 30/03/2019; vl. 10 DOI 10.21500/20275846.4032

En ese marco, el objetivo general que se pretenden alcanzar por medio de la presente investigación consiste en ofrecer un panorama general que permita conocer la modalidad en la que la inteligencia artificial ha sido aplicada, para las finalidades propuestas y los beneficios concretos que en tales ámbitos ha producido.

Para ello comenzaremos efectuando algunas breves precisiones sobre los términos relativos a inteligencia artificial, algoritmos, minería de datos y blockchain, para luego analizar áreas específicas de aplicación, detallando la modalidad de funcionamiento y las mejoras o beneficios que estas ofrecen en cada aspecto de la labor que realizan.

Por una cuestión de extensión, no abordaremos los cuestionamientos legales, éticos y morales que se formulan a determinados programas, en base a los resultados que se obtienen de los mismos; pues entendemos que tal tratamiento de estas cuestiones requiere un desarrollo que excede el objeto del presente y por tal motivo serán materia de trabajos posteriores.

II. La aplicación de la tecnología en la justicia

La aplicación de los avances tecnológicos en la justicia podría dividirse en tres grandes etapas, la primera de ellas estaría vinculada a la simplificación de las labores propias de los empleados judiciales, a modo de ejemplo, el cambio de la redacción manuscrita, a la máquina de escribir y luego a la computadora.

La segunda gran etapa se encontraría vinculada al empleo de la tecnología para salvar la distancia geográficas, a esta fase corresponden los avances parciales que por medio de las telecomunicaciones, tornan posible el cumplimiento de determinados actos del proceso a distancia (a modo de ejemplo se pueden citar las declaraciones testimoniales por videoconferencia⁴⁵⁵) y en forma íntegra, la implementación de tribunales en línea, que permiten la tramitación del caso vía web, por medio del uso de internet, sin necesidad de que las partes comparezcan personalmente ante un tribunal físico.

Finalmente, se encuentra en desarrollo una tercera fase caracterizada por la aparición de máquinas dotadas de inteligencia artificial, que se basan en la utilización de algoritmos para analizar gran cantidad de datos, en breves lapsos de tiempo y obtener conclusiones o finalizar tareas que a un humano le hubiesen resultado físicamente imposibles de cumplir en el mismo periodo de tiempo. Estas innovaciones implican un

⁴⁵⁵ Acordada 20/2013 Corte Suprema de Justicia de la Nación “Reglas prácticas para la aplicación de videoconferencia en causas en trámite” 02/07/2013; recuperado de <https://www.csjn.gov.ar/documentos/descargar/?ID=77906>

completo rediseño, tanto de la modalidad con la que los usuarios del servicio de justicia se vinculan con los abogados y tribunales, de la forma en que trabajan los abogados y estudios jurídicos, de la modalidad de prevención de los delitos como del proceso en sí mismo.

III. Breve mención de la evolución de los tribunales en línea.

Con relación a la segunda fase mencionada, que se encuentra vinculada a la aplicación de los avances de la tercera revolución industrial, han surgido diversos servicios de solución de conflictos civiles, que permiten el uso de internet para la resolución de conflictos. Sus orígenes pueden explicarse con el aumento del comercio electrónico y la contratación vía web⁴⁵⁶, que generó como contracara un incremento del número de conflictos generados con motivo de dichas operaciones.

Ello motivó a que las principales plataformas que brindaban estos servicios, comprendieran que resultaba indispensable la implementación de sistemas adecuados para la resolución de tales disputas, como requisito esencial para otorgar seguridad y confianza en el sistema, de manera que pudiera seguir expandiéndose el mercado en línea. Bajo ese panorama y teniendo en cuenta que estos conflictos normalmente involucran pequeños montos de dinero y las partes intervinientes se encuentran ubicadas en distintos lugares del planeta; concluyeron que la única alternativa viable para manejarlos era por medio de internet, en plataformas especialmente diseñadas para ello⁴⁵⁷.

El éxito de dicha modalidad de resolución de conflictos, llevó a que académicos y autoridades comenzaran a considerar la posibilidad de aprovechar las ventajas de este fenómeno para corregir las debilidades de la justicia civil, lo que finalmente llevó a que distintas jurisdicciones incorporasen mecanismos oficiales de resolución de conflictos en línea.

Siguiendo el desarrollo efectuado por José Allende Pérez de Arce⁴⁵⁸, puede mencionarse como uno de los primeros avances en ese sentido, el de Austria, que en 1999, inauguró el servicio de “Internet Ombudsmann” o “defensor del pueblo”, un

⁴⁵⁶ Raymond, A., Schackeford, S. (2014). En Allende Pérez de Arce José “Tribunales civiles en línea: Una propuesta para introducirlos sin afectar el derecho a acceder a la justicia de quienes no están conectados a internet” Revista chilena de derecho y tecnología; versión On-line; vol.8 no.1 Santiago jun. 2019.

⁴⁵⁷ Katsh y Rabinovich-Einy, 2017. En José Allende Pérez de Arce ob. cit.

⁴⁵⁸ Allende Pérez de Arce José ob. cit.

procedimiento en línea diseñado para conocer de las disputas de menor cuantía surgidas en el comercio electrónico. Dicho proceso está compuesto por dos etapas. La primera consiste en una mediación guiada, en la que las partes intentan llegar a un arreglo. Si esa etapa falla, se desarrolla una segunda, en la cual el ombudsman recomienda a las partes la mejor forma de poner término al conflicto.

En Columbia Británica, la provincia más occidental de Canadá, desde junio del año 2017, toda disputa civil que involucre una suma de hasta 5.000 dólares canadienses, debe ser decidida en línea por el Civil Resolution Tribunal⁴⁵⁹. Este tribunal está disponible para ser utilizado los siete días de la semana, las 24 horas del día, y su procedimiento se divide en tres etapas: una de negociación entre las partes; una de mediación, en la que un oficial del tribunal, debidamente capacitado, asesora a las partes; y finalmente una de resolución, por medio de una sentencia, que tiene lugar cuando las dos anteriores fallan.

En Inglaterra y Gales, por su parte, se están destinando importantes recursos para estudiar y diseñar la implementación de un tribunal en línea que resuelva las disputas civiles de menor cuantía⁴⁶⁰.

En el ámbito regional europeo, en febrero del año 2016 se puso en funcionamiento la plataforma europea para la resolución en línea de litigios de consumo. Constituye una plataforma multilingüe que ofrece a los usuarios la posibilidad de llevar a cabo todo el procedimiento en línea, tanto en el caso de las compras nacionales como transfronterizas y para ello⁴⁶¹.

Por su parte, en México, algunas entidades federativas como Nuevo León, Chihuahua, Aguas Calientes, Hidalgo, Oaxaca o Tabasco han registrado grandes avances en este sentido, por medio de la implementación de tribunales electrónicos y juzgados virtuales⁴⁶². Finalmente, puede citarse el modelo de solución de disputas en línea que hoy opera en Chile, el Servicio Nacional del Consumidor (Sernac) implementó dos plataformas vinculadas entre sí, una llamada “Portal del consumidor”⁴⁶³ y la otra “Portal

⁴⁵⁹ Al cual se puede acceder desde la web <https://civilresolutionbc.ca/>

⁴⁶⁰ Informe “Online dispute resolution for low value civil claims”, de Civil Justice Council, elaborado en febrero de 2015, disponible en <http://bit.ly/2ZrKfVS>. En el que se recomendó la creación de un tribunal para la decisión de las disputas de hasta £25,000.

⁴⁶¹ Zona de Prensa del sitio web de la Unión Europea: “Resolución de litigios en línea: nueva plataforma para consumidores y comerciantes” consultado en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_16_297.

⁴⁶² García Barrera Myrna Elia “Juzgado sin papel, un paso más de la justicia electrónica” Rev. IUS vol.12 no.41 Puebla ene./jun. 2018

⁴⁶³ El Portal del consumidor, del Servicio Nacional del Consumidor, se encuentra disponible en <http://bit.ly/31AA8Qr>.

del proveedor”, cuya finalidad es la gestión prejudicial de los conflictos surgidos en el contexto del derecho del consumo, aunque este constituye una instancia voluntaria para los consumidores, y lo que ahí se resuelva no es vinculante para las partes del proceso.

Los anteriores son algunos de los casos de sistemas en línea que han sido implementados en el último tiempo, para la resolución de conflictos de menor cuantía. Todos ellos buscan hacer los procedimientos más eficientes y económicos, y por lo tanto más accesibles. Aunque corresponde aclarar que si bien, tanto en Chile como en Argentina se ha implementado el uso de tecnologías y componentes digitales en el trámite de los procedimientos; no constituyen técnicamente ejemplos de tribunales en línea.

IV. La Inteligencia artificial

Sin bien la creación de tribunales en línea constituye un gran avance, el verdadero salto cualitativo que conlleva a un cambio disruptivo en diversos ámbitos vinculados a la administración de justicia, lo constituye la implementación de los avances propios de la Cuarta Revolución industrial, que implican el empleo de inteligencia artificial; el uso de algoritmos sobre una enorme cantidad de datos y de cadenas de bloques o “blockchain” para garantizar la inmutabilidad e inviolabilidad, de los procesos que lo componen y los resultados a los que arriban. Ya desde 2017, el Comité Económico y Social Europeo, reconocía “*Casi nadie pone en tela de juicio que la IA ofrece grandes ventajas sociales: entre los ejemplos están... una justicia de mayor calidad y una sociedad más segura...*”⁴⁶⁴, sobre los avances en dichos puntos pretenderemos profundizar el análisis a lo largo del presente trabajo

Para precisar algunos de los conceptos que emplearemos, con relación a la Inteligencia Artificial (en adelante también se referirá a ella como IA), el Comité Económico y Social Europeo concluyó que, no existe una definición establecida y unánimemente aceptada, pues es un concepto amplio que engloba otras sub-áreas como la informática cognitiva (algoritmos capaces de operar como redes neuronales efectuando razonamientos y comprensión de nivel superior al pensamiento lineal), el aprendizaje automático (machine learning; algoritmos capaces de enseñarse a sí mismos tareas), la

⁴⁶⁴ Punto 3.1 de Oportunidades y amenazas de la IA, del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Inteligencia artificial: las consecuencias de la inteligencia artificial para el mercado único (digital), la producción, el consumo, el empleo y la sociedad» Publicado el 31/05/2017; OJ : JOC_2017_288_R_0001

inteligencia aumentada (colaboración entre humanos y máquinas) o la robótica con IA.⁴⁶⁵ La Real Academia Española, la define como la “*Disciplina científica que se ocupa de crear programas informáticos que ejecutan operaciones comparables a las que realiza la mente humana, como el aprendizaje o el razonamiento lógico.*”⁴⁶⁶

En lo que respecta al algoritmo, esta es una expresión que procede del nombre del matemático persa al-Khal-Khwarizm), se define como una lista finita de instrucciones que se aplican a un conjunto determinado de datos, para que luego de un proceso, se obtenga un resultado, permitiendo realizar cálculos y procesar datos de modo automático, solucionar un problema o llevar a cabo otras tareas o actividades.⁴⁶⁷

Con relación a la minería de datos o data mining, se puede mencionar que es un conjunto de algoritmos de búsqueda, que puede emplear redes neuronales u otras sub-áreas de la IA y que permiten explorar grandes bases de datos, de manera automática o semiautomática, con el objetivo de encontrar patrones repetitivos, tendencias o reglas que expliquen el comportamiento de los datos allí contenidos.⁴⁶⁸ De esta manera permiten extraer conclusiones por medio de la exploración de datos, la recopilación de información, la estadística y las ciencias de la computación.

Por otra parte, el término cadenas de bloques o “*blockchain*” constituye un protocolo informático que permite garantizar la inmutabilidad e inviolabilidad de determinadas transacciones, tornando al sistema seguro y confiable, ya que no puede ser adulterado o falsificado con facilidad; se asocia de manera originaria a las criptomonedas, aunque su esfera de aplicación es mucho más amplia. Este protocolo actúa como una cadena de bloques de información unidos entre sí de forma descentralizada y pública, almacenándose en unos equipos interconectados a través de una red de ordenadores distribuidos, denominados nodos; que trabajan de forma colaborativa para almacenar, compartir y preservar el registro distribuido, utilizando un algoritmo de consenso (pues

⁴⁶⁵ Punto 2.1 de las recomendaciones y conclusiones del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Inteligencia artificial: las consecuencias de la inteligencia artificial para el mercado único (digital), la producción, el consumo, el empleo y la sociedad» Publicado el 31/05/2017; OJ : JOC_2017_288_R_0001

⁴⁶⁶ Conforme consulta efectuada en la página web <https://dle.rae.es/inteligencia?m=form2#2DxmhCT>

⁴⁶⁷ Reyes Olmedo P. “De la informática jurídica a la algoritmocracia”; Publicado el 04/12/2019 - Citar: elDial.com - DC2943

⁴⁶⁸ Ribas E. (08/01/2018) ¿Qué es el Data Mining o minería de datos?; Iebschool, recuperado de <https://www.iebschool.com/blog/data-mining-mineria-datos-big-data/>

precisa que la información se encuentre registrada de idéntica manera en cada nodo) para comprobar y garantizar la validez de cada bloque.⁴⁶⁹

V. Aplicación de la inteligencia Artificial como apoyo a la investigación policial

a. Elaboración de mapas del delito

En lo que hace a la función de prevención, los Mapas del Delito permite a las autoridades la toma de decisiones efectivas, certeras y acordes a la modalidad con la que se desarrolla la problemática delictual en cada área o zona de un determinado territorio, permitiendo que los recursos humanos y materiales se empleen y distribuyan de modo apropiado, racional y eficaz, tanto para disuadir -por medio de la presencia del personal policial-, el mayor número de delitos, como para encontrarse en las proximidades de aquellos que efectivamente se lleven a cabo, de manera de asegurar una pronta intervención.⁴⁷⁰

Dentro de esta área de prevención, una de las herramientas que genera mapas delictivos, incorporando inteligencia artificial es PredPol, desarrollada por una empresa californiana. Para el año 2015 ya se aplicaba en casi 60 ciudades de todo Estados Unidos⁴⁷¹.

La página oficial del programa⁴⁷², indica que es capaz de predecir con éxito desde violaciones de domicilio, hasta robos, eventos médicos e incluso colisiones de tráfico. También se detalla que el programa precisa tan solo de tres datos del pasado para efectuar predicciones a futuro; estos son el tipo de crimen, el lugar donde se cometió y la fecha exacta a la que se produjo. Se detalla en dicha página que el programa no utiliza información demográfica o de identificación personal de los delincuentes. En base al análisis que efectúa de esos tres patrones, delimita las áreas de la ciudad donde resulta más probable que se cometa un delito y permite a las fuerzas de seguridad administrar y gestionar sus recursos de una manera más eficiente y eficaz.

Esta aplicación, envía a cada patrulla de policía un mapa distribuido en zonas de unos 150 metros de largo, algunas de las cuales están coloreadas, cosa que significa que

⁴⁶⁹ Jiménez Serranía V. “In” block” we trust: Una visión crítica a la implementación de la Blockchain en el sector de la moda”, Publicado el 29/11/2019; Citar: elDial.com - DC2925.

⁴⁷⁰ Esteller Gastón Marcelo “Mapa del Delito o Geografía Criminal” Dialnet. ISSN-e 2346-9307, Nº. 2, 2013

⁴⁷¹ PredPol, el primer software de predicción del crimen Forbes Staff publicada el 8 de abril de 2015 <https://www.forbes.com.mx/predpol-el-primer-software-de-prediccion-del-crimen/>

⁴⁷² A la cual se puede acceder desde el link: <https://www.predpol.com/>

son aquellas zonas las que los agentes deben patrullar cuando no se encuentren atendiendo ninguna emergencia. La diferencia fundamental respecto a otros mapas de calor es que, además de que es mucho más claro, personaliza los mapas para cada turno y cada patrulla, así como también elabora mapas distintos según el tipo de delito.⁴⁷³

Otro ejemplo de esta gama, lo constituye la ciudad de española de Rivas-Vaciamadrid, donde comenzaron a emplear Eurocop Cube, un proyecto de la Universidad de Castellón, que predice cuándo y dónde se producirá un delito. Para ello se vale de una serie de algoritmos que analizan ciertos datos como la hora del día, la temperatura ambiente, la concentración de personas, los eventos cercanos, entre otros factores y crea un mapa bidimensional en el cual señala las zonas donde es más probable que ocurra el siguiente delito.⁴⁷⁴

Finalmente, se pueden citar otros ejemplos, como el caso de Alemania donde emplean Precobs; Italia, que utiliza XLAW; Gran Bretaña por su parte, emplea un software denominado Hart, desarrollado por la Universidad de Cambridge.⁴⁷⁵

b. Detección de denuncias falsas

Por otra parte, ya desde fines de 2018, la Policía Nacional de España, utiliza en todas las comisarías una herramienta que se nutre de inteligencia artificial para detectar posibles denuncias falsas⁴⁷⁶. Consiste en un proyecto internacional ideado y elaborado en España, por un grupo de expertos en ciencias de la computación de la Universidad de Cardiff y la Universidad Carlos III de Madrid.

Se denomina Veripol y está basada en un algoritmo y un modelo matemático que, gracias a la inteligencia artificial y al procesamiento del lenguaje natural, es capaz de calcular la probabilidad de que una denuncia sea falsa, al analizar las palabras, expresiones, conceptos y características de la descripción de los hechos que las presuntas víctimas suelen mencionar cuando mienten. Para desarrollarlo se utilizaron 500

⁴⁷³ Hernández, M. Inteligencia artificial y derecho penal Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 10 bis, junio 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 792-843

⁴⁷⁴ Webedia Brand Services (11 de Julio de 2018) Así es como la IA puede ayudar a crear una sociedad más justa; IA Huawei, recuperado de <https://iahuawei.xataka.com/asi-como-ia-puede-ayudar-crear-sociedad-justa/>

⁴⁷⁵ Barbieri A. (18/03/2019) ¿Puede predecirse un crimen antes de suceder con un algoritmo?; La vanguardia, recuperado de <https://www.lavanguardia.com/tecnologia/20190318/461013536935/inteligencia-artificial-vigilancia-predictiva-policia.html>

⁴⁷⁶ VERIPOL: la herramienta de la Policía para detectar denuncias falsas; de fecha 26 Marzo, 2019. Recuperado de <https://confilegal.com/20190326-veripol-la-discreta-herramienta-que-la-policia-nacional-utiliza-para-detectar-denuncias-falsas-empieza-a-dar-sus-frutos/>

denuncias que se había comprobado que eran falsas y 500 en las que se había comprobado que eran verdaderas.⁴⁷⁷ Según los medios de prensa locales, experimentos empíricos muestran que el programa tiene una precisión superior al 90%⁴⁷⁸.

Es por ello que constituye una herramienta que ayuda a la toma de decisiones, por parte del personal que recibe la denuncia; pues al indicarle la probabilidad de que la persona este mintiendo u omitiendo detalles importantes, puede adoptar diversas medidas, algunas tan sencillas como una nueva entrevista con el denunciante, que en muchas ocasiones confiesan de manera espontánea que han mentido⁴⁷⁹.

Sin embargo, gracias a la difusión que ha tenido su implementación en las comisarías, se afirma que se ha obtenido un efecto disuasorio, que generó una disminución del porcentaje de denuncias falsas detectadas por la Policía Nacional en España, en un 40% en los dos primeros meses de 2019 respecto a años anteriores⁴⁸⁰.

c. Pedidos de captura

En China, en la estación de Zhengzhou, la capital de Henan, una de las regiones más superpoblada del país; desde el mes de febrero del año 2018, la policía comenzó a usar gafas de reconocimiento facial, que por medio de la inteligencia artificial analizan en forma permanente diversos rostros para que luego cotejan con una base de datos interna de sospechosos o delincuentes con pedido de captura. Estas se encuentran conectadas a una agenda electrónica o Tablet, en la que se puede consultar más información de un sospechoso en tiempo real si así fuera necesario. El sistema no requiere varias imágenes de la persona en diversos ángulos, sino que con una simple imagen y 3 segundos de espera, es capaz de localizarla y funciona con una precisión del 90%⁴⁸¹.

Gracias a dicha tecnología, en menos de 17 días, las autoridades lograron arrestar a diez delincuentes que se encontraban prófugos y/o registraban pedido de captura.

⁴⁷⁷ Ibidem.

⁴⁷⁸ La Comisaría de León estrena un sistema que detecta el 90% de las denuncias falsas de fecha 06/11/18 <https://www.diariodeleon.es/articulo/leon/comisaria-leon-estrena-sistema-detecta-90-denuncias-falsas/201811060400001806304.html>

⁴⁷⁹ Cáceres R. (26 Marzo, 2019) VeriPol, la “discreta” herramienta que la Policía Nacional utiliza para detectar denuncias falsas empieza a dar sus frutos; Confilegal, recuperado de <https://confilegal.com/20190326-veripol-la-discreta-herramienta-que-la-policia-nacional-utiliza-para-detectar-denuncias-falsas-empieza-a-dar-sus-frutos/>

⁴⁸⁰ Ibidem.

⁴⁸¹ Rodríguez G. (8 febrero, 2018) Gafas con reconocimiento facial para identificar sospechosos, lo último en la policía china. El Español; recuperado de https://www.elespanol.com/omicrofono/tecnologia/20180208/gafas-reconocimiento-facial-identificar-sospechosos-ultimo-policia/283473084_0.html

También permitió comprobar que otras 26 personas viajaban con documentación falsa o perteneciente a otra persona.⁴⁸²

Además de ello, China cuenta con la mayor red de video-vigilancia del mundo. Ya tiene activas cerca de 170 millones de cámaras en distintos puntos de distintas ciudades, muchas de las cuales están equipadas con inteligencia artificial y con tecnología de reconocimiento facial.⁴⁸³

d. Análisis de la escena del crimen

El análisis de la escena del crimen es una tarea generalmente encomendada a las divisiones especializadas de la policía judicial y consiste en la observación, anotación o registro y recolección de todos los rastros que el delito haya podido dejar en los lugares, las cosas o las personas vinculadas al ilícito.

La policía de West Midlands (Gran Bretaña) y la de Amberes (Bélgica) han trabajado desde 2017, en una herramienta que por medio de la inteligencia artificial puede analizar toda la información obtenida en la escena del crimen y luego relacionarla con información previa disponible en la base de datos de la fuerza (tales como registros domiciliarios, interrogatorios o imágenes tomadas por la policía en otras escenas del crimen); todo ello en cuestión de segundos, permitiendo vincular delitos y delincuentes, por patrones comunes o semejanzas en la modalidad de comisión.⁴⁸⁴

Dicha herramienta, se denomina VALCRI, cuyo nombre responde a las siglas de Visual Analytics for Sense-making in CRiminal Intelligence analysis. Conforme se desprende del informe final de la Unión Europea⁴⁸⁵, el programa emplea el aprendizaje automático, rastreando grandes volúmenes de datos estructurados y no estructurados (por ejemplo, texto libre) para recuperar, calificar, clasificar, analizar temáticamente esa información y luego combinarla para presentar los informes en el contexto del problema delictivo que se está investigando. Además de ello, ofrece diversas hipótesis y líneas de

⁴⁸² Ibidem

⁴⁸³ Redacción BBC Mundo (9 febrero 2018) Así son las nuevas gafas con reconocimiento facial que usa la policía en China para capturar sospechosos; recuperado de <https://www.bbc.com/mundo/noticias-43003860>

⁴⁸⁴ Hernandez, M ob. cit.

⁴⁸⁵ Final Report Summary - VALCRI (Visual Analytics for Sense-making in CRiminal Intelligence analysis), recuperado de <https://cordis.europa.eu/project/id/608142/reporting/es>, consultado el 17/02/2020

investigación, que los miembros de la fuerza pueden escoger para el esclarecimiento del caso⁴⁸⁶.

También se desprende del informe en cuestión que VALCRI aboga por la "transparencia computacional", por lo que pretende hacer visible el funcionamiento interno de los algoritmos automatizados de "caja negra". Ello implica que es posible analizar cada uno de los pasos que da en su razonamiento, lo que permite supervisar los fundamentos de las conclusiones que brinda el programa.

e.Prevenición mediante predicción del crimen

En materia de prevención, históricamente se utilizaron sistemas de prevención general; por medio de la disuasión, ya sea por el incremento de las penas correspondientes a determinados ilícitos o por medio de la presencia de personal policial en determinados lugares. Actualmente, gracias a herramientas que emplean inteligencia artificial, es posible determinar la probabilidad de que una persona determinada vaya a cometer un crimen y focalizar la prevención sobre dicho sujeto.

En este sentido, China utiliza un sistema de inteligencia artificial para ayudar a las autoridades a prevenir crímenes antes de que estos se cometan. Dicha herramienta se denomina Cloud Walk, fue creada en 2015, y se basa en el reconocimiento facial, el análisis de la marcha, los lugares visitados (como tiendas de armas). Una vez identifica a una persona, sigue sus movimientos. Así pues, dependiendo de dónde y cuándo vaya a determinados sitios, una persona podrá tener un riesgo mayor o menor de cometer un crimen.⁴⁸⁷

En similar sentido, se ha desarrollado un sistema, conocido como FAST (por sus siglas en inglés que significan Tecnología de reconocimiento de atributos futuros) el cual es un programa que comenzó a operar en el año 2008, con la finalidad de detectar posibles terroristas. Fue creado por el Departamento de Seguridad Nacional de los Estados Unidos y utiliza diversos sensores para analizar remotamente el pulso, la respiración, la temperatura de la piel, las expresiones faciales y pautas de comportamiento, que luego de ser analizadas por medio de inteligencia artificial, informa

⁴⁸⁶ Bermúdez D. (26 NOV, 2018) Policia 2.0 la inteligencia artificial para detectar denuncias falsas; recuperado de <https://www.iatoday.es/articulos/policia-20-la-inteligencia-artificial-para-detectar-denuncias-falsas>

⁴⁸⁷ Hernandez M. ob. cit.

el grado de probabilidad de que una persona determinada se predisponga a cometer un hecho delictivo.⁴⁸⁸

Chicago por su parte ha implementado, desde 2013 una herramienta de inteligencia artificial para determinar la probabilidad de que una persona cometa un delito con un arma de fuego o, por el contrario, de que sea víctima de dicho delito. Este sistema se analiza los arrestos que registra esa persona, si se ha visto involucrada en algún tiroteo, si pertenece a alguna banda callejera, entre otras variables. Con dicha información, elabora una lista de riesgo y las posiciones más altas de la lista recibirán una visita de la policía para informarles de que están bajo sospecha, mientras que en el caso de aquellos que el sistema determine que pueden estar en peligro, se les avisará para que extremen las precauciones.

Esta aplicación tiene la ventaja de que indudablemente puede ayudar a prevenir crímenes, ya sea evitando que los agresores lo cometan al saber que están bajo vigilancia, ya sea por el especial cuidado de las posibles víctimas que están sobre aviso⁴⁸⁹.

Finalmente, en Japón se utiliza Vaak, que analiza el lenguaje corporal e identifica las actitudes más sospechosas. Inquietud, incertidumbre, movimientos inusuales son captados por las cámaras y analizados por el software para evitar, por ejemplo, los robos en los supermercados.⁴⁹⁰

f. Programas que operan como Agente Revelador

Desde el año 2013, la ONG holandesa “Terre des Hommes” (Tierra de Hombres) frente al crecimiento imparable del abuso sexual a menores contactadas por medio de internet, ha implementado la utilización de realidad virtual para dotar de vida al personaje de una niña de 10 años, con rasgos filipinos, a la cual denominaron “Sweetie”.

La menor se ha creado con técnicas de animación avanzada que capta los movimientos y la voz de una persona real, y que se incorporan luego a una imagen en la

⁴⁸⁸ Redacción RFID-Spain.com (26 de septiembre, 2008) El Departamento de Seguridad Nacional de EEUU anunció que posee un nuevo detector de ansiedad para descubrir terroristas; recuperado de <http://www.rfid-spain.com/articulo/61380//policia/el-departamento-de-seguridad-nacional-de-eeuu-anuncio-que-posee-un-nuevo-detector-de-ansiedad-para-descubrir-terroristas>

⁴⁸⁹ Hernandez M. ob. cit.

⁴⁹⁰ Barbieri A. (18/03/2019) ¿Puede predecirse un crimen antes de suceder con un algoritmo?; La vanguardia, recuperado de <https://www.lavanguardia.com/tecnologia/20190318/461013536935/inteligencia-artificial-vigilancia-predictiva-policia.html>

pantalla, para que los delincuentes sexuales que pretendían tomar contacto con ella por medio de video-llamadas, creyeran que estaban hablando con una niña de verdad.

En sus orígenes, precisaba de dos investigadores para operarla, uno de ellos era quien mantenía las conversaciones que “Sweetie” representaba, mientras otro buscaba en Internet la dirección digital del interlocutor o pederasta que creía estar conversando con la niña, pero en realidad se estaban comunicando con un equipo instalado en un galpón en Ámsterdam.⁴⁹¹

La exposición de los operadores de “Sweetie”, a estas situaciones, que implican propuestas, imágenes y videos de contenido sexual explícito, que reciben de las personas que pretenden interactuar con la menor, no resulta inocua, pues los afectaba psicológicamente, conforme se desprende de los propios comentarios que estos han realizado a periodistas; a quienes les han mencionado expresamente que *"Algunos de los hombres con los que interactuamos me dan pesadillas, literalmente"*⁴⁹² y al referirse expresamente a una de las personas que posteriormente fue condenada por este ilícito, expresó: *"Fue muy directo, en un momento nos pidió que involucráramos a nuestra hermana ficticia de 8 años. Era muy difícil dormir por la noche después de interactuar con gente como Hansen"*⁴⁹³.

Ello llevo a que en el año 2018 y gracias a la subvención que la ONG recibió de una agencia de lotería holandesa, Sweetie fuera dotada de Inteligencia Artificial, por lo que en lugar de ser operada por personas, actualmente es el propio sistema el que recibe las propuestas, determina la modalidad de las conversaciones, videos e imágenes que se envían, recopila la información y la brinda en los casos en que detecte situaciones que resulten delictivas.⁴⁹⁴

⁴⁹¹ Viaña de Avendaño G. La Importancia de la Incorporación de la Figura Delictiva Denominada “Grooming”; SID 2016, 16° Simposio Argentino de Informática y Derecho; recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/02/doctrina44906.pdf>

⁴⁹² Redacción BBC Mundo (21 octubre 2014) Cómo una niña virtual contribuyó a la condena de un pedófilo, recuperado https://www.bbc.com/mundo/noticias/2014/10/141021_tecnologia_nina_virtual_pedofilia_sweetie_primer_condenado_ig

⁴⁹³ Ibidem

⁴⁹⁴ Muñoz I. (13 marzo, 2018) Sweetie, la niña virtual que caza a pedófilos cibernéticos, quiere colaborar con la Policía; blog hijosdigitales, recuperado de <https://www.hijosdigitales.es/es/2018/03/sweetie-la-nina-virtual-caza-pedofilos-ciberneticos-quiere-colaborar-la-policia/>; también se puede consultar en <http://www.upsocl.com/mundo/esta-es-sweetie-una-cazadora-de-pedofilos-que-busca-ayudar-a-la-policia-a-proteger-ninos-indefensos/>

g. Legaltech o Inteligencia artificial aplicada a la labor del abogado y a los intereses de los usuarios del servicio de justicia

Por otra parte, en los últimos años se han empezado a desarrollar soluciones tecnológicas, que por medio de softwares dotados de inteligencia artificial, operan como ayuda o soporte tanto para los usuarios del servicio de justicia, de manera de facilitarles el acceso, la comprensión e interacción con los tribunales y abogados; como para los operadores jurídicos, a quienes les permite racionalizar y mejorar la prestación de los servicios que brindan, mejorar la productividad y con ello dotarlos de mayor competitividad.

Estas herramientas reciben el nombre de “Legal Tech” (Tecnología Legal) y de acuerdo a la clasificación efectuada por Moisés Barrio⁴⁹⁵, se pueden destacar dentro de este género: 1) las herramientas para que un profesional o despacho lleven la gestión de clientes o asuntos; 2) los servicios de asesoramiento legal automatizado para los ciudadanos, donde es posible por ejemplo obtener asesoramiento o incluso tramitar reclamaciones sencillas; 3) los marketplaces jurídicos o plataformas que facilitan que el profesional se dé a conocer y que un potencial cliente encuentre al abogado que más le conviene por cercanía o coste, incluso valorando y puntuando el servicio recibido; 4) las empresas de externalización del trabajo jurídico para los despachos y departamentos jurídicos; 5) las herramientas de automatización documental para autogenerar contratos por ejemplo; 6) herramientas de e-discovery y revisión documental; 7) análisis predictivo de casos, capaces de predecir decisiones futuras con base en el estudio sistemático de las ya producidas; y 8) todos los servicios en línea para apoyar el aprendizaje y la formación jurídica.

h. Programas que operan como asistentes de estudios jurídicos

En lo que refiere a este aspecto, ROSS es la aplicación creada por una empresa de la Universidad de Toronto, Canadá, que opera desde el año 2016 como un buscador de jurisprudencia y documentación legal más avanzado que los habituales. Aplica el llamado procesamiento de lenguaje natural, que permite que se hagan preguntas de

⁴⁹⁵ Moisés Barrio Andrés “Hacia la transformación digital de las profesiones jurídicas”; 10 de diciembre de 2019; Real Instituto Elcano, Royal Institute; ARI 116/2019; recuperado de <http://www.realinstitutoelcano.org/wps/wcm/connect/b8e7416b-ddb9-4b5d-9054-2e5413ee4c91/ARI116-2019-Barrio-Hacia-la-transformacion-digital-de-las-profesiones-juridicas.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=b8e7416b-ddb9-4b5d-9054-2e5413ee4c91>

forma natural al sistema y el software interpreta el contexto de los términos o frase a buscar.⁴⁹⁶

Gracias a sus algoritmos, Ross puede tener en cuenta la ideología del juez, las partes implicadas en el juicio y los tribunales de menor rango desde los que llegan las causas. Una vez que asimila la información, responde basándose en las leyes vigentes y traduciendo la terminología. Es capaz de rastrear más de 10 mil páginas por segundo y formular una respuesta en la cual emite juicios de valor relativos a la estrategia a sugerir en el caso, de acuerdo a un meticuloso estudio sobre la jurisprudencia.⁴⁹⁷

Por su parte, en Estados Unidos ya hay productos que hacen esa función, sirviéndose de la “minería de datos”. Entre ellas se pueden mencionar Legal Analytics, de Lex Machina, que emergió del departamento de Facultad de Derecho y Ciencias de la Computación de Stanford. La compañía es parte de LexisNexis hace uso de un software muy sofisticado para analizar asuntos de propiedad intelectual. Extrae y trata información procedente de las bases de datos de las cortes federales, la Oficina de Patentes y Marcas y la Comisión de Comercio Internacional de los Estados Unidos.

Conforme se desprende de la página web del software⁴⁹⁸, este analiza información de diversas bases de datos para brindar perfiles con información relativa a jueces, abogados y partes. Con estos datos, por primera vez, los abogados pueden predecir los comportamientos y los resultados que producirán las diferentes estrategias legales.

Brinda información que permite determinar la probabilidad de que un determinado juez conceda o deniegue una petición específica, el tiempo que demora en llegar a juicio, las probabilidades hay de que un juez declare vulneradas, inaplicables o invalidadas patentes, marcas o derechos de autor, entre otras cuestiones. Lex Machina obtiene información sobre jueces en relación a los casos que resuelven, el tiempo que tardan, las compensaciones que conceden o como abordan vulneraciones específicas.⁴⁹⁹

En similar sentido operan Judge Analytics⁵⁰⁰, de la firma Ravel Law, o Judicial Perspectives de ALM⁵⁰¹; Litigation Analytics, de Bloomberg Law⁵⁰², las cuales analizan e

⁴⁹⁶ Legaltech (20 septiembre, 2017) Qué es y para qué sirve en verdad ROSS Intelligence; recuperado de <https://legaltechies.es/2017/09/20/que-es-y-para-que-sirve-en-verdad-ross-intelligence/>

⁴⁹⁷ Legis.pe. (19/09/2018) ROSS, El primer abogado robot que litiga usando inteligencia artificial; pensamiento civil; recuperado de <http://www.pensamientocivil.com.ar/3807-ross-primer-abogado-robot-que-litiga-usando-inteligencia-artificial>

⁴⁹⁸ A la cual se puede acceder desde el link: <https://lexmachina.com/about/>

⁴⁹⁹ Berbell C. (12 Abril, 2017) ¿Puede la tecnología actual predecir el sentido de las sentencias de jueces y tribunales?; Confilegal, recuperado de <https://confilegal.com/20170412-la-tecnologia-puede-predecir-el-resultado-de-las-sentencias-dependiendo-quien-sea-el-juez-o-tribunal/>

⁵⁰⁰ Servicio ofrecido desde el link <https://www.ravellaw.com/judges>

informan los casos que ha resuelto un juez, las citas que efectúa en sus sentencias, el modo con que aplica la ley en determinados casos, los artículos publicados por el magistrado. Con lo cual permiten a los abogados, las firmas y a las corporaciones poner en marcha estrategias de litigación y anticipar resultados de una manera antes impensada; facilitando la toma de decisiones, al contar con información de calidad.

En España, una aplicación denominada Jurimetría, de la firma Wolters Kluwer desarrollada sobre tecnología “machine learning”, en código abierto, facilitada por la filial de Google Tensor Flow⁵⁰³, sistematiza y extrae de forma exhaustiva la inteligencia que reside en un conjunto de más de 10 millones de resoluciones judiciales, procedentes de todas las instancias y órdenes jurisdiccionales de España, a las que se incorporan medio millón de nuevas resoluciones cada año. De la misma manera, se procesan, actualizan, enriquecen e integran de forma continua todos los parámetros de la estadística judicial de la totalidad de juzgados y tribunales de dicho país, incluyendo información sobre la duración, congestión, resolución, pendencia y litigiosidad del sistema jurídico.⁵⁰⁴

En ese marco, en el año 2016, un conjunto de científicos de la Universidad de Sheffield (Reino Unido) y de la Universidad de Pensilvania (Estados Unidos), presentaron un informe sobre un programa desarrollado por ellos, que utilizando un algoritmo de aprendizaje automático, es capaz de predecir los resultados de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Si bien este programa solo trabaja con datos en inglés y con temáticas relacionados con los artículos 3, 6 y 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, ya ha analizado 584 casos y al brindársele información de estos casos su veredicto ha coincidido en un 79%, con el del juez que resolvió el asunto. Según Nikolaos Aletras, uno de los investigadores, esta herramienta no pretende reemplazar a los magistrados, pero sí puede utilizarse para analizar patrones en los casos y determinar aquellos en los que resulte más probable obtener un resultado positivo por existir fuertes indicios de que ha existido una violación a la Convención Europea de Derechos Humanos.⁵⁰⁵

⁵⁰¹ Servicio ofrecido desde el link <https://www.alm.com/intelligence/solutions-we-provide/practice-of-law-solutions/judicial-perspectives/>

⁵⁰² Servicio ofrecido desde el link <https://pro.bloomberglaw.com/ai-analytics/>

⁵⁰³ Berbell C. ob cit.

⁵⁰⁴ Servicio ofrecido desde el link <https://jurimetria.laleynext.es/content/ComoFunciona.aspx>

⁵⁰⁵ Arteaga S (24/10/2016) Inteligencia artificial puede predecir las sentencias en los juicios; recuperado de <https://computerhoy.com/noticias/life/inteligencia-artificial-puede-predecir-sentencias-juicios-52946>

i. Programas que operan como asistentes de los usuarios del servicio de justicia

En China, desde octubre de 2016, comenzó a operar Faxiaotao, el primer robot “asesor judicial” de Amnistía Internacional, en Hangzhou, provincia de Zhejiang, su función consistía en ayudar a las personas a analizar la mejor manera de resolver una disputa y a seleccionar qué abogados resultaban ser más adecuados según la naturaleza jurídica de la cuestión a resolver. Más tarde se implementó en el Tribunal Popular Intermedio 1 de Beijing, Xiaofa un robot asistente que mide 1.46 metros de altura y proporciona asesoramiento y orientación legal al público con voz de niño.⁵⁰⁶

La función de Xiaofa consiste en explicar complicados términos legales en el lenguaje cotidiano, para ayudar al público a comprender mejor las definiciones legales. El robot es capaz de responder a más de 40,000 preguntas sobre litigación en diversas temáticas legales, desde divorcios y violencia doméstica hasta bancarias. Incluso guiar a la persona hasta la barandilla donde debe presentar los documentos. Hoy hay más de 100 robots diferentes repartidos en las más de 3.000 cortes en China que no solo sirven a las partes, sino a abogados, funcionarios de tribunales y jueces.⁵⁰⁷

VI. Inteligencia Artificial aplicada como apoyo a la justicia

a. Evaluación del riesgo de reincidencia.

En Estados Unidos la inteligencia artificial se aplica desde hace tiempo en la justicia penal, aunque las herramientas específicas difieren según el estado o incluso el condado. COMPAS es uno de los algoritmos más conocidos en el país, creado por la empresa con fines de lucro Northpointe, que publicó un estudio de validación del sistema ya en el año 2009⁵⁰⁸.

Recibe su nombre por sus siglas en inglés “*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*”, que significa Perfiles correccionales de gestión de delincuentes para sanciones alternativas. Este programa, opera como herramienta de apoyo a la justicia; pues analiza los datos que se introducen en una planilla que es llenada

⁵⁰⁶ (13/10/2017) Robot gives guidance in Beijing court; Chinadaily https://www.chinadaily.com.cn/china/2017-10/13/content_33188642.htm

⁵⁰⁷ (13/10/2017) Robot gives guidance in Beijing court; Chinadaily https://www.chinadaily.com.cn/china/2017-10/13/content_33188642.htm

⁵⁰⁸ El cual se puede consultar en <https://epic.org/algorithmic-transparency/crim-justice/EPIC-16-06-23-WI-FOIA-201600805-Evaluating-Validity-Paper.pdf>

a base de un cuestionario que se le formula a la persona⁵⁰⁹ y por medio de algoritmos, es capaz de predecir el riesgo de reincidencia de un delincuente.

En base a ello, efectúa sugerencias a los magistrados al momento de evaluar que condena resulta más apropiada para cada preso; si corresponde o no conceder la libertad condicional y al determinar el tiempo que debe permanecer en la cárcel. Todo ello, según la probabilidad que determine el programa, con relación al riesgo de que esa persona vuelva a delinquir; determinación a la que arriba por medio del análisis de más de cien parámetros que incluyen la educación, la historia personal, el barrio o la edad del delincuente y, también, utiliza toda la información jurídica disponible relativa a sentencias anteriores similares.⁵¹⁰

La Corte Suprema de Wisconsin, en el caso *State v. Loomis* confirmó que el uso de una evaluación de riesgo algorítmico en la sentencia de un tribunal de primera instancia no viola los derechos de debido proceso, siempre y cuando la evaluación en cuestión solo sea considerada en la sentencia, que deberá fundarse además en otros argumentos que la sustenten, sin depender exclusivamente de las conclusiones de la aplicación. En dicho pronunciamiento citó el precedente del Tribunal de Apelaciones en *Samsa*, que expresó *“COMPAS es simplemente una herramienta disponible para un tribunal en el momento de la sentencia y un tribunal es libre de confiar en partes de la evaluación mientras rechaza otras partes.”*⁵¹¹

Por otra parte, ciudades como Washington, Arizona, California, Florida, Hawái, Illinois, Iowa, Kentucky, Louisiana, Montana, New Jersey, Ohio, Rhode Island, Utah⁵¹², utilizan Public Safety Assessment (PSA), diseñada en 2013 por Arnold Ventures, para proporcionar a los funcionarios judiciales información que los ayude a evaluar el riesgo de fuga, esto es la probabilidad de que una persona regrese a los tribunales para futuras audiencias o de reincidencia; y con ello determinar conveniencia de que permanezca en libertad durante el procedimiento y en general, proporciona información relevante para

⁵⁰⁹ Un modelo de esta planilla puede consultarse en <https://www.documentcloud.org/documents/2702103-Sample-Risk-Assessment-COMPAS-CORE>

⁵¹⁰ Hernandez M. ob. cit

⁵¹¹ Corte Suprema de Wisconsin: “STATE of Wisconsin, Plaintiff–Respondent, v. Eric L. LOOMIS, Defendant–Appellant.” (No. 2015AP157–CR.); recuperado de <https://caselaw.findlaw.com/wi-supreme-court/1742124.html>.

⁵¹² Conforme el listado que se desprende de “Algorithms in the Criminal Justice System: Pre-Trial Risk Assessment Tools” – Epic.org, consultado en <https://epic.org/algorithmic-transparency/crim-justice/>

adoptar todas las decisiones relativas a las etapas previas al juicio que los profesionales del sistema de justicia toman sobre un acusado.⁵¹³

Este programa opera en base a datos relacionados con nueve factores diferentes, que incluyen la edad actual de la persona, las condenas anteriores, los cargos pendientes e incomparecencias anteriores al juicio, excluyendo consideraciones relativas al consumo de drogas y alcohol, la salud mental, el empleo y la residencia al no considerarlos determinantes, según la información que se proporciona en la página web del programa. En base a lo cual genera puntajes, en una escala del 1 al 6, que predicen tres resultados previos al juicio: la probabilidad de que se ausente ante el tribunal, de que sea arrestado por la comisión de un delito mientras está en libertad durante el proceso y de que cometa un crimen violento durante la espera del juicio.⁵¹⁴

VII. Dictado de Sentencias

a. La experiencia China

China desde el año 2017, comenzó a emplear, de manera experimental, inteligencia artificial en procedimientos judiciales. Se trata del “Proyecto 206”, este tiene la capacidad de hacer sugerencias a los investigadores de acuerdo a los análisis de la información almacenada en las oficinas policiales, cortes y procuradurías. En lo que hace al funcionamiento de esta herramienta, de acuerdo a los comentarios del jefe de la oficina de reforma judicial de la Corte Suprema de Justicia china, antes de arrestar a alguien, el sistema le puede recordar al Fiscal si los elementos centrales de la investigación están presentes o no han sido recabados y si las evidencias colectadas son débiles; así si un fiscal quiere iniciar un proceso, el sistema le advierte el porcentaje de casos que contando con evidencias similares llevaron a resultados favorables o desfavorables.⁵¹⁵

En ese marco, conforme se desprende del medio digital Idealex, el primer plan piloto tendiente a la aplicación de inteligencia artificial en la justicia China, fue en el año 2004, en Shandong y en materia penal. El sistema se diseñó para analizar 100 crímenes, con el objeto de estandarizar condenas y generar automáticamente borradores de

⁵¹³ Conforme información obtenida de la página del programa PSA, consultado en <https://www.psapretrial.org/about>

⁵¹⁴ Conforme información obtenida de la página del programa PSA, consultado en <https://www.psapretrial.org/about>

⁵¹⁵ Pontaza D. (julio 31, 2017) China imparte justicia con ayuda de Inteligencia Artificial, recuperado de <https://tecreview.tec.mx/china-imparte-justicia-ayuda-inteligencia-artificial/>

sentencias por medio de inteligencia artificial. En los primeros 2 años de uso, el sistema ayudó en 1.500 condenas. Una de las finalidades que se tuvieron en miras a la hora de implementar estos apoyos era reducir la discrecionalidad de los jueces.⁵¹⁶ También se afirma en dicho medio, que es difícil sistematizar todos los usos relacionados con tecnología que la Justicia utiliza en China, ya que si bien existen directivas emanadas del Tribunal Supremo, los tribunales inferiores tienen bastante flexibilidad en la incorporación de sistemas inteligentes. Por ejemplo, en Shanghai existe una gran variedad de sistemas creados por distintas empresas, que ayudan en la toma de decisiones para los diferentes actores y usuarios de las cortes.⁵¹⁷

Por su parte, el presidente de la Corte de Internet de Pekín (China), Zhang Wen señaló en el Foro sobre Protección de la Propiedad Intelectual, que las nuevas tecnologías como la Inteligencia Artificial y Blockchain han estado siendo usados para tramitar procesos en línea o por internet y dictar sentencias, dando resultados sorprendentes. Desde su creación en setiembre de 2018, esta Corte ha procesado casi 15 mil casos.

La Corte de Internet de Pekín es la segunda de su tipo y está destinado a resolver casos de disputas en internet de manera online; al ser un juicio en línea, es posible resolver casos entre partes que se encuentran en distintas locaciones, reduciendo costos de litigación. Actualmente la Inteligencia Artificial solo es utilizada como apoyo, ya que en última instancia el responsable es el juez humano.⁵¹⁸

La experiencia de Estonia

Por su parte, Estonia trabajaba desde 2017 en la implantación de inteligencia artificial en la justicia. Habiendo comenzado con varios proyectos piloto, hoy en día, ya ha implantado 13 medidas de IA en las que se sustituye a trabajadores para ser más eficientes. El proyecto más ambicioso tiene que ver con la creación de “jueces robot”, en juicios por montos menores a 7.000 euros; el cual se encuentra todavía en una fase experimental y se prevé que funcionará de la siguiente manera: las dos partes cargarán sus

⁵¹⁶ Aránguiz Villagrán (26 SEPTIEMBRE, 2018) Jueces e inteligencia artificial en China: ¿podríamos implementar un Xiaofa?; idealex.press; recuperado de <https://idealex.press/opinion/columnas/xiaofa-jueces-e-inteligencia-artificial-en-china/>

⁵¹⁷ Ibidem.

⁵¹⁸ Redacción (26 abril, 2019) China: Tribunal de Internet resuelve controversias utilizando Inteligencia Artificial y Blockchain; The Crypto Legal, <https://thecryptolegal.com/china-tribunal-de-internet-resuelve-controversias-utilizando-inteligencia-artificial-y-blockchain/>

documentos e información relevante del caso en una plataforma, donde la inteligencia artificial tomará una decisión que podrá ser apelada ante un juez humano.⁵¹⁹

b. La experiencia Latinoamericana

c. Prometea

En Argentina, en el transcurso de 2017, el Laboratorio de Innovación e Inteligencia Artificial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en conjunto con el Ministerio Público Fiscal de la ciudad autónoma de Buenos Aires, han desarrollado Prometea, el primer sistema de IA jurídico de Latinoamérica. Este software, trabaja con un asistente de voz, que recibe directivas en forma oral, las procesa, analiza leyes y decretos aplicables y emite un dictamen jurídico de manera íntegra. Luego, se le puede solicitar que imprima el dictamen generado, lo descargue en el ordenador o lo envíe por mail o a una red interna.⁵²⁰

Conforme se desprende de la página del Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Prometea simplifica, reduce errores, acelera exponencialmente la confección integral de documentos legales y administrativos, impacta de manera decisiva en la efectividad de los derechos en general y, más concretamente, en el principio de igualdad y en el principio de seguridad jurídica⁵²¹.

Todos estos beneficios se concretan por medio de procesos que pueden ser realizados incluso mediante comandos de voz, sin necesidad de tocar el teclado o el mouse. Al activar el programa en la computadora, este solicita que se le informe el número de expediente, luego automáticamente, toma la carátula de la página oficial del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; ofrece un modelo de escrito del Ministerio Público Fiscal, con la carátula completa y la temática según se la solicite (por ejemplo, modelo citación o dictamen). También informa si el

⁵¹⁹ Redacción (12/06/2019) Estonia se prepara para tener “jueces robot” basados en inteligencia artificial; The Technolawgist recuperado de <https://www.thetechnolawgist.com/2019/06/12/estonia-se-prepara-para-tener-jueces-robot-basados-en-inteligencia-artificial/>

⁵²⁰ CORVALÁN Juan G. Inteligencia artificial: retos, desafíos y oportunidades - Prometea: la primera inteligencia artificial de Latinoamérica al servicio de la Justicia; Revista de Investigações Constitucionais On-line version ISSN 2359-5639; Rev. Investig. Const. vol.5 no.1 Curitiba Jan./Apr. 2018.

⁵²¹ Página oficial del Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires “PROMETEA, el programa de Inteligencia artificial argentino que sorprende al mundo”, recuperado de <https://www.fiscalias.gob.ar/project/prometea-el-programa-de-inteligencia-artificial-argentino-que-sorprende-al-mundo/>

acto procesal solicitado no es procedente, porque están vencidos los plazos o falta algún requisito formal.⁵²²

Conforme se desprende de la página oficial del Laboratorio de Innovación e Inteligencia Artificial de la Universidad de Buenos Aires, con relación a la “Experiencia Prometea”⁵²³, este programa se ha aplicado en la Fiscalía General Adjunta en lo Contencioso, Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Bs. As.; en la cual operando de manera tradicional, para la elaboración de 1000 dictámenes, relativos al derecho a la vivienda, se requerían 174 días; para elaborar dicha cantidad en las causas sobre empleo público se precisaban 83 días y para dictámenes relativos a controles formales 160. Con la implementación de Prometea, la misma tarea tomaba tan solo 45 días, para el primer caso, lo que implica un aumento de la eficiencia del 289%; 5 días para los dictámenes sobre empleo público, por lo que la eficiencia crecía un 1560 % en este supuesto y 38 días para los dictámenes relativos al control de forma, aumentando la eficiencia en este punto en un 323%.⁵²⁴

Por su parte, en la Fiscalías de Primera Instancia Penal, Contravencional y de Faltas (CABA), para realizar manualmente 1000 resoluciones de suspensión del juicio a prueba, se requieren de 110 días de trabajo; se efectuó una prueba de concepto que permitió que Prometea automatice la totalidad del proceso para estos casos, logrando reducir a 26 días el tiempo necesario para elaborar la misma cantidad de resoluciones, lo que implica un aumento de la eficiencia del 318%.⁵²⁵

También se han realizado pruebas de aplicación en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la cual -gracias a la automatización de funciones-, la reducción de tiempos y la simplificación de las labores relativas a las notificaciones a los Estados y organismos interesados de Opiniones Consultivas, que debe cursar dicho tribunal, han sido excepcionales, pues tomaba aproximadamente tres días completos de trabajo, mientras que con Prometea se concretan en solo 2 minutos.⁵²⁶

Estos beneficios han sido advertidos por otros países de la región y en razón del memorando firmado el 14 de noviembre de 2018, por la Corte Constitucional de

⁵²² Corvalan Ob. cit.

⁵²³ <https://ialab.com.ar/proyectos-de-impacto/>

⁵²⁴ Conforme los datos obtenidos de <https://ialab.com.ar/portfolio-items/fiscalia-general-contencioso-administrativo-y-tributario-de-caba/?portfolioCats=79>

⁵²⁵ Conforme los datos obtenidos de <https://ialab.com.ar/portfolio-items/fiscalia-general-adjunta-penal-contravencional-y-de-faltas-2/?portfolioCats=79>

⁵²⁶ Conforme los datos obtenidos de <https://ialab.com.ar/portfolio-items/corte-interamericana-de-derechos-humanos/?portfolioCats=79>

Colombia, el Laboratorio de Innovación e Inteligencia Artificial de la Universidad de Buenos Aires y el Decano de la Facultad del Rosario, se establecieron los lineamientos de colaboración conjunta para la aplicación del Sistema de Inteligencia Artificial PROMETEA en el ámbito del Máximo Tribunal Colombiano; que ya ha generado con su aplicación aumentos de eficiencia considerables en la detección de los casos prioritarios; la integración de sentencias a la red de blockchain y el dictado de proveídos que elabora la Secretaría General de dicho Tribunal.⁵²⁷

d. Expertius

México por su parte ha comenzado a utilizar el Sistema de Evaluación Experta Jurídica, denominado EXPERTIUS, que brinda apoyo a la toma de decisiones judiciales en el ámbito del juicio de alimentos; más precisamente en lo relativo a la constitución de la pensión alimenticia, el aumento o reducción y su cancelación. Ha sido desarrollado por el Departamento de Inteligencia Artificial Aplicada al Derecho del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, financiado por el CONACYT (Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología de México) y la colaboración del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Tabasco y el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

Este programa opera mediante tres módulos, el primero de ellos Módulo tutorial que se limita a brindar consejos; Módulo de inferencia que evalúa los argumentos presentados por las partes y determina el derecho o no a recibir la pensión; finalmente el Módulo financiero determina el valor de la pensión provisional, teniendo cuenta las necesidades del solicitante y la capacidad económica del demandado. Se nutre de una muestra representativa de más de 443 casos del Tribunal Superior de justicia de Tabasco entre los años 2004 y 2005.⁵²⁸

VIII Conclusiones

Con relación a las inferencias que el presente trabajo permite formular, consideramos que estamos en condiciones de afirmar que la Cuarta Revolución Industrial y la consecuente aplicación de los avances tecnológicos, dotados de inteligencia artificial - en sus diferentes modalidades-, constituye una realidad innegable que atraviesa cada

⁵²⁷ Conforme los datos obtenidos de <https://ialab.com.ar/portfolio-items/prometea-en-el-maximo-tribunal-judicial-de-colombia/?portfolioCats=82>

⁵²⁸ Martínez Bahaena G. “La inteligencia artificial y su aplicación al campo del derecho”. Artículos de Investigación CIDH. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r30570.pdf>

aspecto de la vida de las personas y -cada vez más- modifica la forma en la que nos relacionamos entre nosotros y con el entorno, trabajamos, pensamos e incluso decidimos.

El desarrollo de estas tecnologías avanza sobre todas las áreas en las que sus aportes puedan brindar beneficios, es por ello que la prevención del delito y la administración de justicia no se encuentran al margen de estos avances, Como se puede advertir de los ejemplos analizados en el presente trabajo.

Todos los grandes cambios implicaron nuevos riesgos, que fueron asumidos por considerarlos ínfimos con relación a los beneficios que brindaba su implementación. En el marco de la administración de justicia y a modo de ejemplo, incluso el simple paso de las máquinas de escribir a las computadoras, que permitía trabajar sobre modelos ya escritos o copiar y pegar contenido -reduciendo de esta manera los tiempos que demoraba la elaboración de escritos-, generó el riesgo de que se produzcan errores o desfasajes en las resoluciones judiciales. Sin embargo y pese a que dicho riesgo se advierte a diario en las oficinas judiciales, a ninguna persona se le ocurriría afirmar que el cambio fue negativo y que debería dejarse de lado.

En el mismo sentido y conforme al desarrollo efectuado, la inteligencia artificial ya se encuentra multiplicando exponencialmente los beneficios que significó el cambio anterior; tanto en lo relativo a la prevención del delito, al desarrollo de las investigaciones policiales, a la detención de prófugos, al contacto del ciudadano con la administración de justicia, a la labor de los abogados tanto en el contacto con el cliente como en la gestión de casos y en las labores propias de las oficinas judiciales. Los avances analizados en dichas áreas no constituyen idealizaciones hipotéticas en base a promesas de proyectos, prototipos o softwares de aplicación experimental, por el contrario, han logrado resultados satisfactorios como para superar la etapa de prueba y muchos de los casos citados ya poseen varios años de implementación.

La resistencia a su implementación, solo posterga la posibilidad de aprovechar sus beneficios, conocer sus riesgos concretos y adoptar las medidas necesarias para evitarlos o minimizarlos y con ello perjudica en primer lugar a los destinatarios del servicio de justicia que siguen sometidos a un sistema obsoleto, que no brinda respuestas satisfactorias en tiempo y forma, que se considera distante e incomprensible, pese a ser administrado por humanos; y en segundo lugar a los funcionarios y empleados de dicha administración, que continúan realizando de manera manual una gran cantidad de

actividades y análisis que podrían ser automatizados y luego controlados para corroborar la exactitud y veracidad de los resultados.

Bajo tal panorama, consideramos que los beneficios, relativos a la eficiencia y eficacia, que permitiría obtener un aprovechamiento racional de estas herramientas, justifica la adopción de medidas tendientes a su pronta implementación, en las diversas áreas de la administración de justicia.

