

- Corte Suprema como último intérprete constitucional.
- En un régimen legal que mantiene la existencia de la Cámara Federal de Casación Penal, no se advierte cómo es que puede excluirse su intervención como instancia útil —art. 350, tercer párrafo, Cód. Proc. Penal Fed.— a los efectos de habilitar la jurisdicción extraordinaria; es decir, no surge cómo o por qué con ello se preserva el rol eminente de la Corte Suprema.
 - La solución legal prevista en el art. 350, tercer párrafo, Cód. Proc. Penal Fed., no guarda validez constitucional a la luz del principio de razonabilidad, razón por la cual, la doctrina del precedente “Di Nunzio” —Fallos: 328:1108, TR LALEY AR/JUR/217/2005— debe ser mantenida. Ello supone atribuirle competencia a la Cámara Federal de Casación Penal para que agote su jurisdicción en la resolución de las cuestiones federales suscitadas en un procedimiento concreto para preservar, de ese modo, que la función que la Corte ha caracterizado como la más eminente, solo resulte habilitada una vez que se encuentre precedida por una discusión más extendida sobre los problemas que el caso plantea.

- El estándar fijado en “Di Nunzio” —Fallos: 328:1108, TR LALEY AR/JUR/217/2005— permite a la Corte Suprema intervenir en los casos cuando la cuestión regida por el derecho federal se haya visto precedida por una discusión de mayor profundidad, circunstancia que se frustra si se prescinde, como pretende la ley 27.482, de las instancias idóneas para desarrollar argumentalmente los alcances del problema sobre el cual gira el recurso, con la consecuente “ordinarización” del medio de impugnación regulo por el artículo 14 de la ley 48.
- No escapa al juicio del Tribunal que la determinación del recaudo del tribunal superior de la causa establecida en el pronunciamiento de los casos regidos por el Código Procesal Penal Federal, se funda en la declaración de inconstitucionalidad de la regla prevista en el art. 350, tercer párrafo; por ello, la aplicación en el tiempo del criterio debe ser presidida por una especial prudencia con el objeto de que los logros propuestos no se vean malogrados en ese trance y, por ello, corresponde aplicarlo a las apelaciones federales dirigidas contra sentencias notificadas con posterioridad al fallo; puesto que no podría soslayarse la situación a la que se vería reducido el recurrente

- que apeló por el art. 14 de la ley 48 con sustento en una lectura literal de la regla prevista por la norma impugnada.
- El art. 108 CN califica a la Corte de Suprema; y, por ello, se debe preservar el ejercicio de su jurisdicción más eminente, que es la constitucional, como la intérprete y salvaguarda final de las declaraciones, derechos y garantías de la Constitución Nacional, por ello las competencias que se le asignen por ley, así como las vías de acceso a su jurisdicción, deben ordenarse hacia una finalidad: que la Corte pueda ejercer plenamente su carácter supremo y que su doctrina se convierta en paradigma de constitucionalidad.
 - En la admisión de la facultad de declarar la inconstitucionalidad de oficio no puede verse la creación de un desequilibrio de poderes a favor del Poder Judicial, ya que, si la atribución de invalidar normas no es negada en sí misma, entonces carece de consistencia sostener que el avance sobre los otros poderes no se produce cuando media petición de parte y sí cuando no la hay.
 - Si bien no compete a la Corte Suprema definir la oportunidad, el mérito o la conveniencia de las soluciones legis-

lativas —como son aquellas vinculadas en general con la organización judicial idónea para satisfacer un procedimiento judicial y la reglamentación de la jurisdicción apelada del Tribunal—, aspectos que, tradicionalmente, forman parte de la competencia del Poder Legislativo y, por tanto, resultan ajenos al control del Poder Judicial, también es cierto que los arts. 1º y 28 CN habilitan el control judicial para examinar si una norma vigente guarda razonabilidad o si, por el contrario, al carecer de ella, resulta incompatible con el texto fundamental.

CS, 15/10/2024. - Chacón, Luis Gustavo/s/audiencia de sustanciación de impugnación (art. 362). Corte Suprema de Justicia de la Nación.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/152410/2024]

Control de constitucionalidad

Se declara inconstitucional el art. 350, tercer párrafo, del Cód. Proc. Penal Fed.

Véase el texto completo en p. 8

Reafirmación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación como último intérprete de la Constitución



Fernando E. Sicilia

Abogado (UBA). Especialista en Derecho Penal y Procesal Penal. Diplomado en de Derecho Penal Económico (Univ. Austral). Titular de cátedra de Práctica Profesional Penal (UMSA). Ayudante (Cátedra Rusconi) (UBA). Subdirector del Instituto de Derecho Penal del Colegio de Abogados de Moreno - General Rodríguez.

SUMARIO: I. Introducción.— II. Antecedentes. Planteos relevantes.— III. Superior Tribunal de la causa.

I. Introducción

El primer dato relevante del presente fallo es que el máximo tribunal nacional ingresa de oficio a abordar la (in)validez constitucional del art. 350 del CPPF. Sabida es la gravedad institucional que supone que el cimero tribunal nacional decreta la inconstitucionalidad de una norma, lo que dota a este fallo de una trascendental importancia.

Resulta un fallo que complementa el Plenario Nro. 15 de la Cámara Federal de Casación Penal, que luego mencionaremos en virtud del respeto al “superior tribunal de la causa”, al que la Corte federal remite en los antecedentes del fallo. Sin perjuicio de lo expuesto, también se realizará un breve repaso sobre algunos antecedentes para complementar lo dicho.

Como abordaje de importancia en cuanto al fallo de mención, también la Corte pareciera sostener los antecedentes parlamentarios como circunstancia hermenéutica de la voluntad del legislador para proceder a la interpretación de la ley.

En este sentido, el máximo tribunal hizo mención expresa sobre la ausencia de explicación de los motivos por los cuales se prescindió de la doctrina en cuanto al tribunal superior de la causa, a fin de revisar los agravios que puedan suscitar cuestión federal suficiente antes de arribar a esa ins-

tancia específica, como así también de socavar la intervención de la Cámara Federal de Casación Penal.

Sin introducirse en el fondo del asunto, resaltó la doctrina pacífica de ese Tribunal en materia de revisión excepcional luego de haber transcurrido por las instancias correspondientes. Los conceptos de cuestión federal suficiente y sentencia equiparable a definitiva seguirán perteneciendo al ámbito de la casuística y la “suerte” del recurrente. A pesar de encontrarse suplementos jurisprudenciales sobre el tópico (1), la materia no es zanjada en forma clara, y muchos tribunales inferiores tienen su propia opinión. Es por ello que la Corte Suprema se encuentra con avalanchas de quejas por extraordinario denegado.

En este caso, retoma su rol de intérprete constitucional y deja claro que para arribar a esa instancia, se debe verificar si las normas “...resguardan adecuadamente la función de esta Corte como último intérprete constitucional...”

Por ello, resulta de vital importancia resaltar la doctrina ya sentada por la Corte y que fuera soslayada por el legislador al momento de dictarse la norma tachada como inconstitucional.

En este sentido, se encuentra en juego el fundamental derecho al recurso, como así también el rol de las distintas instancias para arribar a la máxima instancia recursiva nacional.

Asimismo también cobra mayor trascendencia en cuanto a la implementación

progresiva que se viene dando en distintas provincias del Código Procesal Penal Federal y las que a futuro se vislumbran dentro del territorio nacional.

II. Antecedentes. Planteos relevantes

Como cuestión preliminar, en el fallo citado se litigan cuestiones que resultan ser íntegramente llevadas a cabo mediante la utilización del Código Procesal Penal Federal de forma plena.

Debe ponerse de resalto que el tema que convoca la atención del cimero tribunal federal ocurrió en Orán, en la Provincia de Salta, en donde el Código Procesal Penal Federal rige desde el 10 de junio del 2019, siendo la primera jurisdicción en donde se implementó el nuevo ordenamiento procesal acusatorio pleno. A modo de breve resumen, solo resta recordar que la acusación se encuentra a cargo del Fiscal, dejando de existir el juez instructor para convertirse en un juez de garantías efectivamente imparcial, que resolverá las controversias que se suscitaren entre la acusación y la defensa. Obviamente, también deberá constituirse como guardián de las garantías constitucionales durante el proceso y a él quedan reservados diversos actos que afecten derechos garantizados a los ciudadanos. Excede el marco del presente, pero nunca está de más recordar la importancia de la delimitación de los actores del proceso.

Sobre todo, teniendo en cuenta que, a la fecha, el Código Procesal Penal Federal ya se encuentra implementado en varias jurisdicciones. Así, además de Salta y Jujuy,

mediante resoluciones 63 y 64 del Ministerio de Justicia de la Nación, ambas del 2024, se puso en práctica en la Cámara Federal de Rosario. Por res. 165/2024 del mismo Ministerio se implementó en el Distrito Federal correspondiente a la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza (incluye a las provincias de San Juan y San Luis) y por la 216/2024 se encuentra vigente en la Cámara Federal de General Roca y a partir del 2 de diciembre en Comodoro Rivadavia.

El dato no es menor, ya que el fallo va poniendo sus reparos ante la completa implementación del nuevo proceso penal y la posible inflación que puede producir en ese máximo tribunal el ingreso de causas en forma casi directa.

Por ello, dentro del cambio de paradigma que supone el proceso acusatorio dentro del proceso federal, el planteo que habilita la intervención de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se da en el marco de un proceso abreviado en el que el Juez Federal de Garantías de Salta excedió el marco de un acuerdo abreviado entre la fiscalía y la defensa en cuanto a la modalidad de ejecución de la pena y el decomiso de un automóvil que no estaba previsto en lo que pactaron las partes.

Por lo tanto, fue más allá del marco correspondiente del acuerdo pleno entre las partes, lo que conlleva ínsita la cuestión federal que se peticiona.

En virtud de este reclamo de la defensa, se da la intervención de la Corte Suprema por lo expuesto en el art. 350 del Cód. Proc. Penal Fed.

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)
(1) <https://sj.csjn.gov.ar/homeSJ/notas/nota/164/documento>.

Así, en el fallo de mención, se indica en el consid. 4º que "...el núcleo central del problema se vincula con la regla establecida por el tercer párrafo del art. 350 del CPPF en cuanto prevé que "[c]uando las decisiones de los jueces de revisión señaladas en el art. 53 de este Código involucren cuestiones federales, *estas serán consideradas como el tribunal superior de la causa y su decisión será considerada sentencia definitiva a los fines del recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación*" (cursiva añadida), excluyendo así la competencia de la Cámara Federal de Casación Penal para intervenir en este tipo de procesos...". Entonces, siguiendo la lógica de la referencia a los antecedentes, debemos adentrarnos en este método de nuevos nombres para las mismas funciones judiciales. En el caso que nos ocupa, debemos entender a los jueces de revisión como aquellos que integran las Cámaras de Apelaciones.

Por ello, al concordar el ordenamiento procesal federal y entender un poco más allá este fallo de la Corte, hay que comenzar a ceñirse sobre las funciones de los operadores judiciales dentro del marco del ordenamiento procesal que se rige en las provincias que hoy actúan con el Código según ley 27.063 y su modificatoria, la ley 27.482, ordenado por dec. 118/2019.

De lo contrario, simplemente la explicación de esta decisión del supremo nacional sería la inobservancia por parte del legislador del "superior tribunal de la causa", que será mencionado en el punto siguiente. Y quedaría huérfana de una correspondencia con los articulados que existen en el Código Federal.

Resumiendo, recordamos lo que indica el decretado inconstitucional tercer párrafo del art. 350 del Cód. Proc. Penal Fed. Como se dijo más arriba, remite al art. 53 del mismo ordenamiento procesal, por lo cual deberíamos atender a lo previsto por dicha disposición legal. Puede notarse que dichos jueces/zas tienen la función de revisión de las sentencias por parte de sus pares garantes, como en el caso de marras.

Si bien el fallo no detalla los pormenores del acuerdo, la Defensa se agravió de la modificación en perjuicio del imputado en forma unilateral por el juez garante del juicio abreviado al que se había arribado en base a los arts. 323 y ss. del Cód. Proc. Penal Fed. Del mismo modo, quiero mencionar nuevamente que la Corte no ingresó al fondo del asunto.

En el caso, debemos también recordar que la función de los jueces de revisión con función de casación (art. 54 del Cód. Proc. Penal Fed) en lo que aquí nos interesa que intervendrán en: "...a. En la sustanciación y resolución de las impugnaciones interpuestas contra las decisiones judiciales adoptadas por los Tribunales Federales de Juicio de cada distrito y de los Tribunales Federales de Juicio en lo Penal Económico, de acuerdo con las normas de este Código...". pasando por alto las cuestiones federales que se puedan plantear. Es decir, solo cumplirían funciones en virtud de sentencias emanadas por los tribunales orales para su revisión, a fin de garantizar el derecho al recurso del imputado.

Es decir, el legislador ha pasado por alto la vasta jurisprudencia del cimero tribunal federal y no previó ni explicó (tal como se hace notar en el fallo) los motivos por los cuales se apartó de ello, a fin de que la Cámara Federal de Casación Penal no trate las

cuestiones federales o sentencias equiparables a definitivas.

Quizá fue por motivos de celeridad procesal de dar preeminencia al doble conforme, a fin de cerrar los procesos. Oportunamente, en un fallo citado por la Cámara Nacional en lo Penal Económico en Causa N° CPE 233/2021 del 20 de julio de 2021, se utilizó la argumentación de la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Nuevo Código Procesal Penal Federal para justificar la denegatoria de la concesión de un recurso de casación.

Allí, se indicó la voluntad legislativa para dar operatividad al art. 54 del Cód. Proc. Penal Fed, relatando que "...Sobre el particular en el comentario que arroja el monitoreo que viene efectuando esta Comisión Bicameral del Honorable Congreso de la Nación, indica que la celeridad en el trámite de los procesos seguidos bajo este nuevo esquema procesal ha superado ampliamente las expectativas, contándose en muy corto plazo con diversas causas ya finalizadas con sentencia definitiva, situación que impone una intervención amplia y efectiva de la Cámara Federal de Casación Penal a un ritmo mayor del previsto originariamente...".

Sin embargo, la Corte Suprema hace especial hincapié en el considerando 6º del fallo en el comentario que "...no compete a esta Corte definir la oportunidad, el mérito o la conveniencia de las soluciones legislativas (...) también es cierto que los arts. 1º y 28 de la CN habilitan el control judicial para examinar si una norma vigente guarda razonabilidad o si, por el contrario, al carecer de ella, resulta incompatible con el texto fundamental", pero a lo largo del derrotero que explica la resolución que van a tomar, también refieren que "...semejante exclusión resulta cuestionable a la luz de la doctrina que subyace en los precedentes antes citados, aun cuando la base legislativa que los fundó haya variado. Pues, en efecto, no se advierte, y los antecedentes legislativos tampoco lo expresan, cómo es sustraerle a la Cámara Federal de Casación Penal la competencia para ejercer su actividad revisora respecto de las sentencias dictadas por los jueces con funciones de revisión con relación a las decisiones de los jueces con funciones de garantías...".

Es un fallo oportuno, atento a que el volumen de planteos e impugnaciones ante la aplicación gradual en varias provincias del ordenamiento procesal federal conlleva seguir inflando la intervención de los cortesanos ante situaciones ya planteadas. Justamente resulta una decisión acertada que vigoriza el Acuerdo Nro. 3/2024 de la Cámara Federal de Casación Penal, Plenario Nro. 15.

Por ello, la Corte realiza una útil, fundada y didáctica explicación de los motivos por los cuales llega a la conclusión que dicta, procediendo a decretar la inconstitucionalidad del tercer párrafo del art. 350 del Cód. Proc. Penal Federal.

III. Superior Tribunal de la causa

Finalizando con el comentario al fallo, es dable indicar el motivo troncal del resolutorio, que no deja de ser, ni más ni menos, que el concepto de tribunal superior de la causa, a fin de tratar las cuestiones federales planteadas, antes de su ingreso al supremo tribunal federal.

Por ello, tal como se cita en el fallo en comentario, "...Ante las disímiles interpretaciones a que ha dado lugar el cumplimiento del recaudo del superior tribunal, es misión de la Corte afianzar una pauta jurisprudencial que contribuya a for-

talear la seguridad jurídica y de tal modo evite situaciones potencialmente frustratorias de derechos constitucionales, máxime si las formas a que deben ajustarse los procesos han de ser sopesadas en relación al fin último al que estos se enderezan, o sea, contribuir a la más efectiva realización del derecho..." (Fallos 328:1108).

Pues la cuestión delineada por la Corte Suprema es que se deben agotar las vías ordinarias para acceder a esa instancia cuando se hallen en juego cuestiones de índole como la que aquí se planteó. La violación al sistema acusatorio, la pretensa *reformatio in pejus* llevada a cabo por el juez garante son cuestiones de índole federal planteadas por el Defensor Oficial y que solo fueron revisadas (de acuerdo a las pautas del Código Procesal Penal Federal) por la jueza de revisión, que, ante la resolución adversa, debió recurrir ante el máximo tribunal federal. Es que el legislador lo tomó taxativamente como el tribunal superior de la causa, contrariando los citados antecedentes de los supremos federales. Por ello, los jueces de la Corte realizaron un análisis pormenorizado de los antecedentes pacíficos por los cuales se debían agotar las instancias locales. En especial, mencionando al final del consid. 8º que "...Al definir quién constituía el superior tribunal de provincia, la Corte examinó la corrección trazada por las leyes 48 y 4055 respecto de sus antecesoras y destacó el modo en que servían al objetivo de crear las condiciones imprescindibles para que esta Corte pudiera satisfacer su función como máximo intérprete de la Constitución Nacional. Fundó esa conclusión en que los justiciables podrían encontrar reparación a sus perjuicios sin necesidad de recurrir al Tribunal y en que el objeto a revisar por esta sería ya un producto seguramente más elaborado. Más allá de las evidentes diferencias entre aquel caso y el presente, resulta de especial importancia que en aquella oportunidad la Corte estableció como pauta para habilitar esta competencia extraordinaria, que "no ha de ser excluida localmente instancia útil alguna" (consid. 5º).

Tales consideraciones llevaron al Tribunal a concluir que el superior tribunal provincial debía habilitar su jurisdicción para tratar cuestiones federales incluso a pesar de cualquier restricción del Código Procesal local...".

Así ha sostenido el máximo tribunal que, a fin de habilitar su competencia extraordinaria, no debe ser excluida ninguna instancia y que los justiciables podrían encontrar la reparación de sus perjuicios sin ingresar al acotado marco de intervención de los cortesanos.

Es de hacer notar que en un caso similar en el que se reformó para peor la situación del imputado, el máximo tribunal, remitiendo al dictamen del Procurador, indicó que "...Cabe recordar que en una larga serie de precedentes, que conforman ya una consolidada jurisprudencia, V.E. ha establecido que la prohibición de la *reformatio in pejus* cuando no media recurso acusatorio tiene jerarquía constitucional, por lo cual toda sentencia que ignore este principio resulta inválida en tanto importa que ha sido dictada sin jurisdicción, afectando de manera ilegítima la situación obtenida por el imputado merced al pronunciamiento consentido por el ministerio fiscal en la instancia inferior, lo que lesiona la garantía contemplada en el art. 18 de la CN (Fallos 255:79; 298:432; 311:2478; 312:1156, entre otros)...". (2).

En virtud de lo mencionado, el planteo resulta totalmente procedente en cuanto a la cuestión federal que se suscita y la circunstancia de que debe ser atendido por el superior tribunal de la causa. En el caso

que se citó, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires.

Sirve como ejemplo para concordar la cuestión federal que debe ser atendida, como resulta ser la *reformatio in pejus*, y así también la reivindicación del tribunal superior de la causa como interventor previo a la llegada a la Corte Suprema.

Por ello, como se venía explicando en los párrafos anteriores, este punto ya había sido advertido en el mes de mayo por los jueces de la Cámara de Casación Federal, quienes se expidieron en el Plenario Nro. 15 ("Ruiz, Roque y otro s/impugnación").

En síntesis, en el acuerdo que se menciona, la Cámara Federal de Salta denegó un recurso de casación por aplicación del articulado que se dispuso inconstitucional.

El rechazo de la impugnación motivó la queja que fuera elevada a la presidencia en los términos de los arts. 10 inc. c de la ley 24.050 y 18 de la ley 27.146. Estos antecedentes normativos también son mencionados en el fallo en estudio para analizar la validez constitucional de la norma.

En este plenario, del voto que encabeza el acuerdo (jueces Mariano H. Borinsky, Diego G. Barroetaveña y Javier Carbajo) se analizaron los fallos de la Corte Suprema y se dijo que "...En esa línea se precisó que esta Cámara se encuentra "...*facultada para conocer previamente en todas las cuestiones de naturaleza federal que intenten someterse a su revisión final, con prescindencia de obstáculos formales*" (conf. Fallos 320:2118 y sus citas disidencia de los jueces Petracchi y Bossert; 321:1385; 324:1632 disidencia del juez Petracchi; 325:159 y 503, entre otros)...".

La defensa también había planteado la inconstitucionalidad de la norma en cuestión, pero, a poco de andar en la lectura del plenario, no se adentran en dicha tacha y se encuadra en agregar las circunstancias mencionadas sobre celeridad procesal mencionadas en el mismo art. 2º del Cód. Proc. Penal Fed. citando que "...En efecto, las estadísticas de esta Cámara Federal de Casación Penal revelan la indudable conveniencia de esta solución armónica frente a los principios en pugna, toda vez que se verifica que, durante el año 2023 el 72,9% de los casos regidos por el CPPF, sometidos a la jurisdicción de este tribunal, se resolvieron dentro de los 90 días corridos desde el ingreso de la causa y el restante 27,27% se resolvió antes de los seis meses, en tanto que en el primer semestre del año 2022 el 87% de las carpetas judiciales tramitadas ante este tribunal conforme a las reglas del sistema acusatorio federal se resolvieron dentro de los 90 días desde su ingreso (cfr. Oficina Judicial de la Cámara Federal de Casación Penal, Cód. Proc. Penal Federal —ley 27.063—. Informe de gestión. Año 2023; Cámara Federal de Casación Penal, Sistema Acusatorio Federal. Selección de jurisprudencia. Gestión de oficinas judiciales, 2022) [...] resulta más aconsejable la habilitación del recurso ante esta Cámara Federal de Casación Penal por ser especializado en materia penal y porque garantiza la mayor celeridad para la resolución de los planteos de naturaleza federal..." (sic).

Las citas que se realizan no escapan al comentario del fallo en cuestión, ya que es la semilla que precedió con similares argumentos a la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Puede observarse que, a lo largo de dicho plenario, se realiza una frondosa explicación sobre los tópicos tratados siendo innecesaria la repetición de citas que surgen de dicha pieza procesal.

(2) CS, "Atbarenque, Claudio Darío", 19/05/2015, CSJ 82/2013 (49-A)/CSI.

Quiero poner de resalto, nuevamente, que en ese plenario no se decretó la inconstitucionalidad de la norma en cuestión, sino que se resolvió que "...Esta Cámara Federal de Casación Penal se encuentra habilitada para intervenir en las impugnaciones deducidas contra las resoluciones definitivas o equiparables a tales, emitidas por las cámaras federales de apelaciones —jueces con funciones de revisión, art. 53 CPPF—, cuando esté involucrada una cuestión federal o arbitrariedad en la decisión impugnada (arts. 10 inc. c, ley 24.050, 18 *in fine* ley 27.146, 53 y 350 CPPF y Ac. CFCP 3/12)...".

Con base en dicha resolución plenaria que resulta de aplicación obligatoria para los tribunales inferiores, luce acertada reafirmar la vigencia de la doctrina

de la corte en cuanto al superior tribunal de la causa. Quizá podría decirse que es sobreabundante, pero es una atinada decisión para demostrar el yerro del legislador y el desconocimiento de la vasta doctrina de la Corte.

Entonces, tal como desde antaño explica la Corte Suprema en "Strada": "...Todos los jueces, de cualquier jerarquía y fuero, pueden interpretar y aplicar la Constitución y las leyes de la Nación en las causas cuyo conocimiento les corresponde sin perjuicio de los recursos a que puede haber lugar, incluso el extraordinario..."; y que: "...Es requisito inexcusable del recurso extraordinario el fenecimiento de las disputas en sede local, lo que implica el agotamiento de todas las instancias hábiles allí establecidas..." (Fallos 308:490).

Ello luego fue sostenido en el fallo "Di Mascio" en donde se indicó que: "...Es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con esta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella..." (Fallos 311:2478).

Y las citas que parecieran tan trilladas, y que en ciertas ocasiones se utilizan en forma genérica, retoman fuerza cuando en situaciones como la presente se requiere la intervención del máximo tribunal penal federal, a fin que ejerza su jurisdicción. Reiterando que la Cá-

mara Federal de Casación Penal ejercería simplemente un mero control sobre las sentencias de Tribunales Orales según el Código Procesal Penal Federal.

En definitiva, entiendo que el espíritu del fallo en comentario se encuentra en una frase en él contenida, que deja bien en claro la función de la Corte Suprema de Justicia de la Nación al indicar que el máximo tribunal federal debe "...preservar de forma eficaz el ejercicio de su función más eminente —es decir, la de ejercer el control de constitucionalidad y la de interpretar las leyes federales sancionadas en consecuencia de la Constitución—..."

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/3070/2024

Texto completo de fallo de p. 6

Buenos Aires, 15 de octubre de 2024

Considerando:

1º) Que en un proceso penal regido íntegramente por el Código Procesal Penal Federal —en adelante CPPF— (ley 27.063, modificada por la ley 27.482 y cuyo texto ha sido ordenado por el decreto 118/2019), el Juez Federal de Garantías de San Ramón de la Nueva Orán —Provincia de Salta— resolvió homologar el "acuerdo pleno" formalizado entre el fiscal y la defensa, excepto en cuanto pactaron que la modalidad de cumplimiento de la pena sería en detención domiciliaria. En consecuencia, condenó a Luis Gustavo Chacón a la pena de cuatro años y cuatro meses de prisión de cumplimiento efectivo más el mínimo de la multa establecido normativamente, por el delito de transporte de estupefacientes (artículo 5, inciso c, de la ley 23.737).

La defensa oficial impugnó esa sentencia, agravándose de la modificación, en perjuicio del imputado, de la modalidad de ejecución de la pena pactada, así como también de que haya ordenado el decomiso del automóvil secuestrado.

Al momento de conocer de ese recurso, la jueza con funciones de revisión resolvió desestimar el primer agravio y, por el contrario, hacer lugar al segundo.

2º) Que con base en la regla prevista en el artículo 350 del CPPF —según la cual la sentencia apelada provenía del tribunal superior de la causa—, la defensa oficial dedujo recurso extraordinario federal. Allí, en síntesis, tachó de arbitraria la homologación parcial del acuerdo. El recurso fue concedido, entre otras razones, por cuanto "[...] procura dejar sin efecto una resolución emanada del superior tribunal de la causa respecto de una cuestión federal (cfr. art. 350 del CPPF)".

3º) Que sin adelantar opinión sobre los agravios sometidos a conocimiento del Tribunal, esta Corte considera imperioso analizar el cumplimiento del recaudo formal de superior tribunal de la causa —que fue expresamente invocado por la recurrente y que el *a quo* tuvo por satisfecho en los términos antes reseñados— en tanto que resulta inherente al recurso extraordinario regulado en el artículo 14 de la ley 48. En efecto, el examen de los requisitos de admisibilidad del recurso extraordinario constituye una cuestión previa que obliga a la Corte a considerar si al momento de su interposición se fundan adecuadamente aquellas cuestiones ("Rizzo", Fallos: 320:2118; y "Di Nunzio", Fallos: 328:1108, considerando 4º).

4º) Que en este caso verificar si el recurso proviene del superior tribunal de la causa exige analizar la constitucionalidad del artículo 350 del CPPF. En efecto, el núcleo central del problema se vincula con la regla establecida por el tercer párrafo del artículo 350 del CPPF en cuanto prevé que "[c]uando las decisiones de los jueces de revisión señalados en el art. 53 de este Código involucren cuestiones federales, *estas serán considerados como el tribunal superior de la causa y su decisión será considerada sentencia definitiva a los fines del recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación*" (énfasis añadido), excluyendo así la competencia de la Cámara Federal de Casación Penal para intervenir en este tipo de procesos.

5º) Que la circunstancia de que no se haya impugnado en el presente caso la constitucionalidad del artículo 350 del CPPF no impide al Tribunal abordar esta cuestión mediante su examen de oficio, especialmente en cuanto se trata de la norma invocada por el recurrente para habilitar la jurisdicción de este Tribunal. En efecto, si esta Corte ya ha analizado de oficio la constitucionalidad de las normas que atribuyen competencia, pues de lo contrario se forzaría a los magistrados a declinar la propia jurisdicción o asumir la de otros tribunales sobre la base de normas constitucionalmente inválidas, con más razón también puede hacerlo cuando se tratase de habilitar su propia jurisdicción ("Pedraza" Fallos: 337:530; conf. *mutatis mutandis* "Aparicio", Fallos: 338:284 y sus citas).

Ya esta Corte ha señalado que en la admisión de la facultad de declarar la inconstitucionalidad de oficio no puede verse la creación de un desequilibrio de poderes a favor del Judicial, ya que si la atribución de invalidar normas no es negada en sí misma, entonces carece de consistencia sostener que el avance sobre los otros poderes no se produce cuando media petición de parte y sí cuando no la hay (voto de los jueces Carlos S. Fayt y Augusto César Belluscio en la causa" Juzgado de Instrucción Militar nº 50 de Rosario", Fallos: 306:303; voto de los mismos jueces en "Mill de Pereyra", Fallos:324:3219; "Banco Comercial de Finanzas S.A.", Fallos: 327:3117,y "Rodríguez Pereyra", Fallos: 335:2333). El juez Rosatti se remite a lo afirmado en los considerandos 3º y 4º de su voto en Fallos: 343:345. El juez Lorenzetti se remite, al respecto y *mutatis mutandis*, al considerando 5º de su voto en disidencia en Fallos: 347:178.

6º) Que ello aclarado, corresponde definir el estándar con el que se analizará la constitucionalidad del artículo 350 del CPPF. Es cierto que no compete a esta Corte definir la oportunidad, el mérito o la conveniencia de las soluciones legislativas —como son

aquellas vinculadas en general con la organización judicial idónea para satisfacer un procedimiento judicial y la reglamentación de la jurisdicción apelada del Tribunal—, aspectos que, tradicionalmente, forman parte de la competencia del Poder Legislativo y, por tanto, resultan ajenos al control del Poder Judicial (Fallos: 343:2019, entre muchos). Sin embargo, también es cierto que los artículos 1º y 28 de la Constitución Nacional habilitan el control judicial para examinar si una norma vigente guarda razonabilidad o si, por el contrario, al carecer de ella, resulta incompatible con el texto fundamental (Fallos: 343:1704, considerando 8º y sus citas, entre muchos).

7º) Que por ello resulta necesario analizar si la ley 27.063 y sus modificatorias resguardan adecuadamente la función de esta Corte como último intérprete constitucional. En efecto, este fue el prisma a través del cual el Tribunal examinó la regulación del acceso a su jurisdicción apelada para determinar si ella creaba las condiciones imprescindibles para resguardar su alto ministerio constitucional ("Strada", Fallos:308:490; "Di Nunzio", Fallos: 328:1108; "Itzcovich", Fallos: 328:566 y "Anadon", Fallos: 338:724).

8º) Que el estándar así fijado es el que ha permitido a esta Corte ponderar en el precedente "Strada" (Fallos: 308:490, considerando 5º), de la mano de las palabras ensayadas por quien fuera miembro informante de la Comisión de Legislación (senador Palacio) y en ocasión de discutirse la sanción de la ley 4055, la importancia del establecimiento de "tribunales intermedios" ante los cuales las partes pudieran obtener la protección jurídica de sus intereses fundados en la ley federal. En nuestro ordenamiento jurídico, tales tribunales intermedios no podrían dejar de intervenir en el control de constitucionalidad como paso previo a la resolución de esta Corte. Y es allí donde el Tribunal valoró el modo en que el Congreso aseguró la debida protección del derecho federal sin que ello implique que su competencia pudiera verse desbordada por la ingente cantidad de casos en los cuales se demandara su intervención.

Al definir quién constituía el superior tribunal de provincia, la Corte examinó la corrección trazada por las leyes 48 y 4055 respecto de sus antecesoras y destacó el modo en que servían al objetivo de crear las condiciones imprescindibles para que esta Corte pudiera satisfacer su función como máximo intérprete de la Constitución Nacional. Fundó esa conclusión en que los justiciables podrían encontrar reparación a sus perjuicios sin necesidad de recurrir al Tribunal y en que el objeto a revisar por ésta sería ya un producto seguramente más elaborado. Más allá de las

evidentes diferencias entre aquel caso y el presente, resulta de especial importancia que en aquella oportunidad la Corte estableció como pauta para habilitar esta competencia extraordinaria, que "no ha de ser excluida localmente instancia útil alguna" (considerando 5º). Tales consideraciones llevaron al Tribunal a concluir que el superior tribunal provincial debía habilitar su jurisdicción para tratar cuestiones federales incluso a pesar de cualquier restricción del código procesal local ("Di Mascio", Fallos: 311:2478). En aquella oportunidad, se precisó que "el carácter supremo que la Ley Fundamental ha concedido [a la Corte], determina que la doctrina que [esta] elabore, con base en la Constitución y la [...] ley 48, resulte el paradigma del control de constitucionalidad en cuanto a la modalidad y alcances de su ejercicio".

9º) Que si bien esto quedó dicho para las jurisdicciones provinciales, con posterioridad la Corte abordó la misma temática en "Di Nunzio" (Fallos: 328:1108) para el ámbito de la jurisdicción penal nacional. Allí, modificó el criterio anteriormente sostenido en "Rizzo" (Fallos: 320:2118) según el cual, ante la literalidad del artículo 457 del Código Procesal Penal de la Nación, la sentencia equiparable a definitiva dictada por la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional provenía del superior tribunal de la causa a los fines del recurso extraordinario.

Sin embargo, en un nuevo examen del régimen de organización judicial introducido por las leyes 23.984 y 24.050, en el precedente "Di Nunzio" —y su progenie— se concluyó que el único tribunal superior de la causa para la justicia nacional en materia penal a los efectos del artículo 14 de la ley 48 sería la entonces Cámara Nacional de Casación Penal. Sostuvo esa afirmación después de reconocer, como una de sus finalidades más valiosas, que el establecimiento de ese tribunal intermedio cimienta las condiciones necesarias para que esta Corte satisfaga "su alto ministerio", pues —tal como se sostuvo en "Strada"— permite de tal modo, reservar su intervención frente a un producto más elaborado y solo en aquellos casos en los cuales la protección del derecho federal por parte de los tribunales anteriores en grado hubiese fracasado. Fueron estas consideraciones las que llevaron al Tribunal a entender que el recaudo de "sentencia definitiva" para el recurso de casación no debía diferir del concepto de "sentencia equiparable a definitiva" para el recurso extraordinario de modo tal de habilitar el acceso a esta instancia recursiva previa a la extraordinaria.

10) Que en línea con esta preocupación del Tribunal por preservar de forma

eficaz el ejercicio de su función más eminente —es decir, la de ejercer el control de constitucionalidad y la de interpretar las leyes federales sancionadas en consecuencia de la Constitución—, es que se decidió que era necesario evitar que otras funciones jurisdiccionales ajenas a ello pudieran obstaculizar el adecuado ejercicio de esa labor institucionalmente trascendente.

11) Que la Corte explicitó el imperativo de preservar su rol constitucional como un mandato que debe gobernar su competencia y contra el cual examinar la razonabilidad de las leyes que la definen. Ese “alto ministerio que le ha sido confiado” en los términos de “Strada” no solo dirigió la interpretación sobre qué constituye “superior tribunal de la causa” en las leyes pertinentes sino que también se tradujo en un criterio de trascendencia en las diferentes competencias del Tribunal para “dejar de lado aquellos casos que, al amparo de una regla interpretativa diversa de la enunciada o de entronizar principios infraconstitucionales, desnaturalicen la función constitucional del Tribunal” (considerando 10, “Anadon”, Fallos: 338:724 y respecto de la jurisdicción originaria cf. arg. “Barreto”, Fallos: 329:759; y “Mendoza”, Fallos: 329:2316).

El artículo 108 de la Constitución califica a esta Corte de Suprema y por ello se debe preservar el ejercicio de su jurisdicción más eminente que es la constitucional. Así se diseñó en 1853, cuando se dijo que ella “es la que ha de formar, por decirlo así, la jurisprudencia del código constitucional” (“Informe de la Comisión de Negocios Constitucionales”, Santa Fe). Y así lo sostuvo este Tribunal desde sus primeros pronunciamientos, afirmando de manera consistente y reiterada que es la intérprete y salvaguarda final de las declaraciones, derechos y garantías de la Constitución Nacional (Fallos: 1:340; 33:162; 311:2478, entre muchos otros).

Por ello, las competencias que se le asignan por ley, así como las vías de acceso a su jurisdicción, deben ordenarse hacia una finalidad: que la Corte pueda ejercer plenamente su carácter supremo y que su doctrina se convierta en paradigma de constitucionalidad.

12) Que a la luz de lo expuesto, cabe analizar si la disposición contenida en el artículo 350, tercer párrafo del CPPF —en su vínculo con los artículos 54 del mismo código y 18 de la ley 27.146— resulta consistente con las razones que llevaron a esta Corte a establecer que a los efectos de habilitar

su competencia extraordinaria no ha de ser excluida “instancia útil alguna” y valorar el rol de un tribunal intermedio como aquel ante el cual las partes pudieran obtenerla reparación de sus perjuicios y reservar, de tal modo, la intervención del Tribunal frente a un producto más elaborado. Esto es, evaluar si el artículo 350 del CPPF preserva el carácter de esta Corte como suprema intérprete constitucional según el estándar constitucional reseñado.

Tanto la doctrina del precedente “Di Nunzio” como la de los antecedentes mencionados anteriormente —aun cuando referidos a competencias ordinarias— persiguieron, pues, una finalidad equivalente, en el sentido de encontrarse preordenadas a “(...) preservar y fortalecer el rol institucional de la Corte, que justifican la utilización de un riguroso criterio hermenéutico de los supuestos que dan lugar a su competencia apelada, para que de este modo lleve a cabo una profundización de su jurisdicción constitucional más eminente. A tales fines, se deben dejar de lado aquellos casos que, al amparo de una regla interpretativa diversa de la enunciada o de entronizar principios infraconstitucionales, desnaturalicen la función constitucional del Tribunal” (Fallos: 338:724, considerando 10).

13) Que la disposición contenida en el citado artículo 350 CPPF —en su conexión con la de los artículos 54 CPPF y 18 de la ley 27.146— reserva la competencia de la Cámara Federal de Casación Penal —órgano que se mantiene en la ley de organización judicial 27.146— única y exclusivamente para la impugnación de resoluciones pronunciadas por los tribunales de juicio, pero, por obra de la citada ley 27.482, ha excluido aquellas otras que provengan de las cámaras de apelaciones en ejercicio de sus funciones de jueces de revisión.

14) Que semejante exclusión resulta cuestionable a la luz de la doctrina que subyace en los precedentes antes citados, aun cuando la base legislativa que los fundó haya variado. Pues en efecto no se advierte, y los antecedentes legislativos tampoco lo expresan, cómo es que sustraerle a la Cámara Federal de Casación Penal la competencia para ejercer su actividad revisora respecto de las sentencias dictadas por los jueces con funciones de revisión con relación a las decisiones de los jueces con funciones de garantías se adecua a la finalidad que debe orientar —incluso entre otros objetivos— cualquier organización de justicia nacional, esto es, la finalidad de

preservar el rol de esta Corte como último intérprete constitucional.

Y es que, en un régimen legal que mantiene la existencia de la Cámara Federal de Casación Penal, no se advierte cómo es que puede excluirse su intervención como “instancia útil” a los efectos de habilitar la jurisdicción extraordinaria. Esto es particularmente cierto cuando de los antecedentes legislativos no surge cómo o por qué se entiende que el artículo 350 del CPPF preserva el rol eminente de esta Corte, a pesar de eliminar el medio que durante décadas fue considerado fundamental para garantizarlo. Sin impedir los cambios legislativos, la razonabilidad exige que una nueva habilitación de la jurisdicción extraordinaria —a contracorriente de nuestra práctica institucional consolidada— al menos demuestre cómo se satisface el imperativo de la Constitución de que esta Corte sea su última intérprete. Si la intervención de la casación como tribunal intermedio permitía a esta Corte tanto preservar eficazmente su rol eminente y revisar un producto más elaborado como a los justiciables encontrar un remedio a sus agravios en instancias anteriores debería, al menos, advertirse una explicación concreta en los debates legislativos sobre cómo es que el nuevo régimen se ordena a tales objetivos.

15) Que por las circunstancias antes apuntadas, la solución legal objeto de tratamiento no guarda validez constitucional a la luz del principio de razonabilidad, razón por la cual, la doctrina del precedente “Di Nunzio” (Fallos: 328:1108) debe ser mantenida.

Ello supone atribuirle competencia a la Cámara Federal de Casación Penal para que agote su jurisdicción en la resolución de las cuestiones federales suscitadas en un procedimiento en concreto para preservar, de ese modo, que la función que esta Corte ha caracterizado como la más eminente, solo resulte habilitada una vez que se encuentre precedida por una discusión más extendida sobre los problemas que el caso plantea.

16) Que el mantenimiento del estándar fijado en “Di Nunzio” permite a esta Corte intervenir en los casos, allí cuando la cuestión regida por el derecho federal se haya visto precedida por una discusión de mayor profundidad, circunstancia que se frustra si se prescinde, como pretende la ley 27.482, de las instancias idóneas para desarrollar argumentalmente los alcances del problema sobre el cual gira el recurso,

con la consecuente “ordinarización” del medio de impugnación regulado por el artículo 14 de la ley 48.

17) Que sin perjuicio de lo enunciado, no escapa al juicio del Tribunal que la determinación del recaudo del tribunal superior de la causa establecida en este pronunciamiento respecto de los casos regidos por el CPPF, se funda en la declaración de inconstitucionalidad de la regla prevista en el artículo 350, tercer párrafo, del citado cuerpo legal.

Por tal razón, la aplicación en el tiempo del criterio así asentado ha de ser presidida por una especial prudencia con el objeto de que los logros propuestos no se vean malogrados en ese trance (Fallos: 308:552; 328:1108; y 342:2389, entre muchos). Por ende, corresponde aplicarlo a las apelaciones federales dirigidas contra sentencias notificadas con posterioridad a este fallo; notificado que no podría soslayarse la situación a la que se vería reducido el recurrente que apeló por el artículo 14 de la ley 48 con sustento en una lectura literal de la regla prevista por el artículo 350, tercer párrafo del CPPF.

Por esos motivos, el criterio sentado en este fallo en cuanto al cumplimiento de los requisitos propios del recurso extraordinario, no puede configurar un obstáculo para que sean atendidos los agravios del apelante.

18) Que corresponde, entonces, a los efectos de no contrariar el criterio explicitado, remitir nuevamente las actuaciones a la instancia de origen, para que el recurrente pueda ejercer sus facultades recursivas (Fallos: 328:1108, considerando 16), habilitándose a tal efecto los plazos pertinentes previstos en el artículo 360, primer párrafo, del CPPF a partir de la notificación de la radicación de los autos en el tribunal respectivo.

Por ello, el Tribunal resuelve: declarar la invalidez constitucional del artículo 350, tercer párrafo, del Código Procesal Penal Federal y desestimar el recurso extraordinario con el alcance indicado en el presente. Notifíquese, con copia de lo así resuelto a la Procuración General de la Nación, a la Defensoría General de la Nación, a la Cámara Federal de Casación Penal y a las Cámaras Federales de Apelaciones de todo el país, y remítase al tribunal de origen conforme a lo enunciado en el considerando 18. — Horacio Rosatti. — Juan Carlos Maqueda. — Ricardo L. Lorenzetti.

Jurisprudencia

Moratoria impositiva

Régimen de la ley 27.541. Condonación de multas. Repatriación de activos financieros situados en el exterior. Requisito no exigido.

- La repatriación de los activos financieros situados en el exterior, prevista en el art. 8º, tercer párrafo, de la ley 27.541, no constituye una condición para la procedencia de la condonación de multas, que —por el contrario— opera de pleno derecho sin más requerimientos que los establecidos en el art. 12, cuarto párrafo, de la referida ley, en cuanto a su falta de firmeza y a la cancelación de la obligación tributaria con anterioridad a su fecha de entrada en vigencia.
- Las condiciones atinentes a la repatriación de los activos financieros situados en el exterior se encuentran limitadas

a aquellos casos en los que las normas en juego aluden a la previa adhesión al régimen, que no pueden ser predicadas respecto de la condonación —que, por mandato legal, opera de pleno de derecho—, sino solo con relación al régimen de regularización de obligaciones tributarias, que sí exige un acto de adhesión. El legislador pudo haber replicado en el art. 12 de la ley 27.541 la exigencia contenida en su art. 8º —esto es, la repatriación— para que proceda la condonación de la multa sustancial vinculada a obligaciones canceladas con anterioridad a la entrada en vigor de la ley 27.562, pero, sin embargo, no lo hizo. Ante ello, procede destacar que no cabe presumir la inconsecuencia o falta de previsión del legislador.

- No existen impedimentos para que el contribuyente pueda tener por condona-

da la sanción establecida, toda vez que la procedencia de la multa está siendo controvertida en estas actuaciones y aquel canceló la obligación tributaria —correspondiente al período fiscal 2015— que la había motivado mediante un plan de pagos finalizado con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 27.562.

CNFed. Contencioso administrativo, sala III, 08/11/2024. - Mejalelaty, Teófilo (TF 128950071-I) c. Dirección General Impositiva s/recurso directo de organismo externo.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/170712/2024]

Jurisprudencia vinculada

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso administrativo Federal, sala IV,

10/11/2022, “Ostry, Silvia Beatriz (TF 53740582-I) c. Dirección General Impositiva s/recurso directo de organismo externo”, TR LALEY AR/JUR/159944/2022

Costas

A la recurrente, en su carácter de vencida (artículo 68, primer párrafo, del CPCyC).

2ª Instancia. - Buenos Aires, 8 de noviembre de 2024.

Considerando:

I. Sumario de los hechos del caso

Como consecuencia de la inexactitud de las declaraciones juradas presentadas por

Los votos en disidencia en los fallos de los tribunales colegiados en contraposición con la llamada certeza apodíctica

Fernando E. Sicilia (*)

Sumario: I. Sobre el principio de inocencia.— II. Sobre la sentencia y su construcción lógica y motivada.— III. Conformación de las mayorías en los tribunales colegiados.— IV. Cuestiones que hacen a la unanimidad como vencedor de la duda razonable.— V. Conclusión.

En este trabajo se propone abordar una problemática que, entiendo, choca de frente contra la presunción de inocencia en las condenas pronunciadas por los Tribunales colegiados.

La utilización de ciertas frases para la construcción de una sentencia en la que se pretende “descubrir la verdad material” de un suceso histórico que configura delito no se condice con los Códigos Procesales modernos, como así tampoco en la construcción de veredictos configurados en estrategias de litigación.

En los procesos adversariales, a través del permiso de realizar preguntas sugestivas en el contraexamen de testigos, pueden advertirse ciertas falencias en diversos medios de prueba que en el sistema actual, pareciera que resultan de la vieja prueba tasada.

Desde hace un tiempo ciertas declaraciones testimoniales, periciales, ruedas de reconocimiento, son puestas en duda por la falibilidad de los métodos utilizados en su recolección y cadena de custodia, en la memoria del testigo y en la visión de túnel de los investigadores.

En virtud de ello, avanzando en la cuestión y la aparición del juicio por jurados en nuestro país, siendo una herramienta de litigación muy atrayente para los operadores, resulta interesante cuestionarnos sobre la unanimidad requerida en el país del que copiamos el modelo y lo que ocurre en nuestro ámbito. Por ello se pondrá en contraposición el Fallo “Canales” de la CSJN y el Fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos “Ramos v. Louisiana”.

Toda vez que en el proceso nacional aún no se ha implementado el proceso de juicio por jurados populares no queda más que cuestionarnos el motivo por el cual una mayoría en un Tribunal Colegiado puede destruir la presunción de inocencia.

¿Se puede hablar de “más allá de toda duda razonable” cuando uno de los jueces vota por la absolución del imputado? En mi humilde opinión, adelantando el motivo de estas líneas, de ninguna manera ese estándar puede vencer a la presunción de inocencia.

Las presentes líneas solo pretenden ser un pequeño resumen que abarcará ciertos puntos fundamentales de nuestro ordenamiento convencional.

Los derechos de presunción de inocencia, valoración probatoria, principio de legalidad y

(*) Abogado Universidad de Buenos Aires - Especialista en Derecho Penal y Procesal Penal - Profesor de grado en la Universidad de La Matanza. Sub director del instituto de derecho penal del colegio de abogados de Moreno - General Rodríguez

motivación de las sentencias resultarán temas que se impondrán en el estudio de este apunte.

I. Sobre el principio de inocencia

Que bien sabemos que el principio de presunción de inocencia es tomado por toda la comunidad global como un Derecho Humano fundamental reconocido desde todos los ámbitos democráticos e introducidos en diversos instrumentos internacionales de DDHH y como norte de los principios republicanos y democráticos de gobierno (1).

Sin embargo, más allá de la instrumentación de este imperativo legal en los instrumentos mencionados e integrantes del bloque de constitucionalidad argentino, desde los albores de la civilización se ha certificado que este derecho humano ha sido consagrado por el derecho natural.

En este sentido, pueden observarse que "... La idea de que la acusación debe encargarse de probar sus afirmaciones es un concepto que puede encontrarse ya en tiempo de los romanos. El Código de Justiniano afirmaba: "Que todos los acusadores entiendan que sus cargos no serán preferidos a menos que puedan ser probados por testigos probos o por documentos concluyentes, o por evidencias circunstanciales que equivalgan a pruebas indubitadas y claras como el día" 2. De tal declaración puede deducirse tanto que se le exigía al acusador que probara los cargos como que las pruebas debían ser 'concluyentes' o 'indubitadas...' (2).

Pues bien, desde este principio y los derechos y garantías que se le asignan a las personas (hoy también extendida a las jurídicas) que propician desde los inicios de la civilización humana hoy se encuentran en crisis.

Nos encontramos ante un discurso punitivista y de retroceso en cuestiones de garantías consti-

tucionales, de delitos "de moda" en los cuales se ha observado un notable relajamiento del principio de inocencia.

Basta leer el famoso libro de Cesare Beccaria "Tratado de los delitos y de las penas" para observar que a la fecha, seguimos luchando por las mismas cuestiones que escribía el mencionado autor en el año 1764.

La Corte en un viejo precedente de 1871 sostuvo que "...es también un principio de derecho que todo hombre se reputa bueno, mientras no se le prueba lo contrario..." (3) y tiempo después, acuñó la definición de —presunción de inculpabilidad— en 1905 (4) ya como garantía constitucional.

Más acá en el tiempo estableció que "...el principio del *in dubio pro reo* —ambos de trascendencia en el caso— guardan una estrecha relación con la presunción de inocencia constitucional (art. 18 de la CN). Que cuando ese artículo dispone categóricamente que ningún habitante de la Nación será penado sin juicio previo, establece el principio de que toda persona debe ser considerada y tratada como inocente de los delitos que se le imputan hasta que en un juicio respetuoso del debido proceso se demuestre lo contrario mediante una sentencia firme..." (5).

Siempre es bueno recordar esta cuestión para abordar el punto central de este trabajo, que resulta ser el de las sentencias judiciales y el menoscabo al principio de igualdad ante la ley.

Como adelanto de ello, puedo mencionar la falta de motivación de muchas sentencias, la falta de concordancia entre los votos "de la mayoría" y que en realidad resultan concurrentes violentando esta debida fundamentación.

En cuanto a la violación al principio de igualdad ante la ley, podemos observar que en ciertos delitos en juicio por jurados (donde existe tal mecanismo previsto por el convencional constituyente de 1853) se exige la unanimidad, en

(1) Art. 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; art. 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

(2) STUMER, Andrew, "La presunción de inocencia. Perspectiva desde el Derecho probatorio y los derechos humanos, Traducción de Walter Reifarth Muñoz", Marcial Pons, 2018, ps. 21/22.

(3) Fallos 10:338.

(4) Fallos 102:219.

(5) Fallos 321:3630.

otros mayoría con nueve votos y en el Tribunal Colegiado, con dos votos una persona puede pasar toda su vida en prisión a pesar de la existencia de un voto absolutorio.

Y aquí radica el meollo de la cuestión. ¿Un voto mayoritario de un tribunal colegiado puede vencer este principio de inocencia? ¿Existe certeza más allá de toda duda razonable? ¿Se le puede permitir a un tribunal colegiado un estándar menor de capacidad probatoria para acreditar esta certeza?

II. Sobre la sentencia y su construcción lógica y motivada

Desde que nos sentamos en el banco de la facultad nos indican que un delito es una acción (u omisión), típica, antijurídica, culpable y punible pasada por autoridad de cosa juzgada.

Es objeto de este escrito tratar de observar la construcción que se realiza en los tribunales colegiados para arribar a esa sentencia condenatoria, para luego detenernos en aquel voto que muchas veces resulta absolutorio.

Y esto resulta una aclaración muy importante. No estoy hablando de un voto que considere una distinta subsunción típica, discusiones de participación criminal en cuanto al aporte, tentativa o consumación, etc.

Me referiré en concreto a aquellos casos en los cuales uno de los/as jueces/zas del colegiado entiende que no existen pruebas para vencer la presunción de inocencia en cuanto a que el hecho no existió o no fue cometido por el imputado.

Pues bien, para la construcción de una sentencia, nos indica nuestro máximo tribunal que las mismas deben ser fundadas, que deben examinar y tratar las cuestiones conducentes para la resolución de la causa y los motivos por los cuales eligieron una solución por sobre la otra.

Siempre teniendo en cuenta las reglas de la lógica y de la dialéctica, confrontando los razonamientos y exposiciones en la cual existe una tesis acusatoria, una antítesis defensiva y la síntesis que nos debe dar la sentencia.

Y en este aspecto juega un papel fundamental la obligación de los jueces de motivar la sentencia. No solo por el principio republicano de gobierno, ya que el pronunciamiento no deja de ser un acto público, sino también para obtener el derecho a la revisión de la condena por un Tribunal Superior consagrado en los instrumentos internacionales ya citados.

De esta forma una decisión jurisdiccional será legítima en tanto sólo una duda bien razonada acredite ser una duda razonable. Por ello no se trata de controlar lo que existe en el pensamiento de los magistrados, sino lo que plasman en su sentencia.

Resulta necesario que el Juzgador efectúe un análisis y comparación de todos y cada uno de los elementos probatorios evacuados, y desde allí manifestar en la sentencia las razones por las cuales las pruebas de cargo y su comparación con las de descargo se muestran lógicas, verosímiles, concordantes o no, y partiendo de ello constituir los hechos que consideró acreditados y la participación que le cupo al condenado.

Y ello es eje central de la sentencia que pueda vencer esa duda razonable, ese principio de inocencia que existe desde hace centurias en el razonamiento humano. Este sentido de la fundamentación de las sentencias "...el precepto exige ambos aspectos, esto es que las decisiones judiciales contengan, según el caso, la valoración de la prueba, la explicación de cómo se llegó al juicio de valor y la razón de la aplicación de determinada o determinadas normas del plexo penal. El deber funcional, por tanto, es doble: por un lado, la obligación de decidir acerca de la pretensión y, por otro, la de hacerlo con fundamento en una regla del sistema. La motivación "constituye el signo más importante y típico de la racionalización de la función jurisdiccional, se establece como uno de los requisitos esenciales de la sentencia... es la enunciación de las premisas del silogismo que concluye en los puntos resolutivos... una comprobación lógica para controlar la luz de la razón, la bondad de una decisión surgida del sentimiento; es la racionalización del sentido

de justicia...” [CALAMANDREI, “Proceso y democracia”, p. 115 y ss.]...” (6).

Aquí tenemos el punto esencial que dirima la cuestión: la necesidad de fundar correctamente la cuestión fáctica de la sentencia que debe constituir un procedimiento fuera la faz subjetiva del juzgador, se debe verificar en ese libelo donde llevará a cabo la construcción de concatenaciones lógicas, de inferencias sobre los indicios que debe considerar unívocos para llegar al final de la resolución con una decisión. En el contexto de este trabajo, resulta muy importante también esta resolución fundada ya que el voto que no conforman la mayoría, obviamente, también tiene que cumplir con los mismos presupuestos que los votos que pretenden destruir esa presunción de inocencia mediante la llamada “certeza apodíctica”. Y es por ello que la duda razonable también debe tener una justificación razonada con los argumentos apuntados.

Cuando hablamos de “certeza apodíctica” siempre nos referimos a construcción, a reglas lógicas, a proposiciones que puedan ser confirmadas y/o verificadas mediante el pensamiento lógico y las reglas de la experiencia.

Y por ello nos referimos a esta unión de indicios que deben ser unívocos para llegar a esa destrucción del estado de inocencia.

Y resulta de esta manera porque ni el fiscal, ni los jueces, ni nosotros (quizá nuestro cliente sí) estuvo en el lugar de los hechos pues sino, deberían oficiar de testigo.

Ya el tribunal cimero nacional ha precisado el alcance de la fundamentación de las sentencias y anunció que se “...exige descalificar como acto jurisdiccional válido a la sentencia si (...) carece de los requisitos mínimos que lo sustentan válidamente como tal, cuando media una fundamentación aparente, apoyada sólo en conclusiones de naturaleza dogmática, o inferencias sin sostén jurídico o fáctico (7). El sentido republicano de la justicia exige la fundamentación

(6) NAVARRO, Guillermo - DARAY, Roberto, "Código Procesal Penal", Ed. Hammurabbi, 2013, t. 1, p. 546.

(7) Fallos 330:4983, 326:3734, 322:2880, 315:503.

de las sentencias, porque esta última es la explicación de sus motivaciones...” (8).

En definitiva, como se explicara las sentencias deben estar motivadas, sean condenatorias o sean absolutorias. Y en el sentido de este trabajo, ya damos por descontado y como “certeza” que el voto que sea absolutorio en minoría también debe ser motivado con la aplicación fáctica y la hermenéutica propia del juzgador que ha emitido su opinión dictaminando por la absolución.

Como corolario de ello, se entiende que “...conduciéndose a través de este *iter* lógico argumentativo todo el razonamiento que lleva a la confirmación de una hipótesis de trabajo concreta acerca de la existencia o no de un determinado hecho controvertido. De acuerdo con la perspectiva analítica, se estudian los criterios que permitan reconocer la validez o invalidez lógica, en sentido estricto, o bien, en términos más generales, la corrección o incorrección de los argumentos. Todo esto se hace a través de un proceso lógico complejo que tiene en la idea de inferencia su eje fundamental. Podemos definir la idea de inferencia entendiendo por tal la relación de dependencia convincente entre unos datos que estimamos ciertos y la conclusión a la que llegamos, fundamentada en dichos datos. Las formas básicas de inferencia son la deducción, la inducción y el razonamiento hipotético. Todas estas inferencias permiten dar respuesta apropiada a las preguntas ¿qué es un buen argumento?, ¿en qué se basa?, ¿están respaldadas sus premisas?, ¿qué validez o corrección tiene la conclusión a la que llegamos? Se trata en suma de cuestiones clave en materia de motivación probatoria...” (9).

III. Conformación de las mayorías en los tribunales colegiados

Otra de las cuestiones que resultan problemáticas y que el Máximo Tribunal Nacional ha observado en muchas ocasiones es la falta de

(8) Fallos 315:856, 320:2737, 325:2340, 327:931, entre otros.

(9) ALISTE SANTOS, Tomás J., "Probabilidad y certeza: Análisis crítico sobre la aplicación del teorema de Bayes en los Estados Unidos para la motivación de la prueba de los hechos susceptibles de enjuiciamiento criminal".

conurrencia lógica entre los votos que integran la mayoría en los tribunales colegiados.

Y aquí, a riesgo de aburrir, voy a volver sobre el punto anterior. El centro de este trabajo no se trata de disidencias sobre cuestiones técnicas, sino sobre aquellos que propician directamente la absolución por no poder vencer la presunción de inocencia.

Es tan importante el tema que sobre este tópico que procederé a apoyarme en los fallos citados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación que han sido seleccionados para la publicación de un suplemento especial sobre el tópico (10).

En este sentido se ha explicado por el supremo argentino que debe haber una comunidad en los votos que conforman las mayorías en las sentencias. Es decir, que se llegue a la misma conclusión, no obsta a que los fundamentos, las premisas que conforman esa mayoría, no deban ser análogas.

Recientemente, en un fallo de la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal debió recurrirse a la constitución de mayoría por misma fundamentación y terminaron votando cinco jueces (11). Lo sorprendente de este fallo, es que la discusión sobre el tipo subjetivo radica en que en la postura vencedora tenemos un *máximo* de seis años de prisión y en la derrotada, un *mínimo* de ocho años. Pues de ninguna manera esta votación puede superar la duda en favor del imputado.

Como bien se explicó en el punto anterior, la certeza no puede ser despojada de esta motivación y comunidad de fundamentos para que la sentencia sea fundada.

(10) <http://sj.csjn.gov.ar/homeSJ/notas/nota/2/documento>.

(11) En causa N° CCC 78.566/2016/TO3/CNC1, caratulada "Palermo, Diego Hernán s/ recurso de casación", Reg. 600/22, rta. 05/05/2022 donde se discutía la aplicación de la culpa con representación o del dolo eventual en el caso de un policía que se encontraba en persecución de una persona que había escapado de una persona que había sido denunciada por intentar ingresar a un domicilio y realizó disparos contra el rodado, siendo que resultó fallecida una persona que se encontraba arreglando el auto y que nada tenía que ver con el suceso.

En el proceso penal confluyen abiertamente dos principios antagónicos: la averiguación de la verdad acerca de la comisión de un supuesto delito y como puede reducirse el error en esa búsqueda, falla que puede expresarse tanto en el castigo del inocente como en la absolución del culpable. Pero sin duda, mayor daño le produce al sistema penal la pena a un inocente.

Nos indica el Dr. Sarrabayrouse en este sentido que la jurisdicción colegiada auténtica es la aplicación judicial del derecho de intentar ser una tarea supraindividual. La decisión se adopta mediante la deliberación y votación (12).

Continúa explicando que se debe determinar que se espera de un tribunal colegiado en contraste con la decisión individual de un Juez o Jueza. Si la expectativa radica en una pura distribución de riesgos condicionadas numéricamente o el intercambio de opiniones.

Entiendo que ese sistema de deliberación y de consenso necesario para arribar a una conclusión tan delicada como lo es una sentencia condenatoria.

En caso de no arribar a ese consenso, luego de despejar toda duda en cuanto a la certeza que se requiere para la condena, no queda otro camino que absolver al imputado.

Y ello es lo que separa la sana crítica racional que rige los votos de los jueces profesionales contra el sistema de la íntima convicción que se impone en el sistema de jurados.

"...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

(12) <https://magistradostucuman.org.ar/2022/05/vuelva-a-ver-la-conferencia-de-eugenio-carlos-sarrabayrouse-mayorias-y-minorias-en-las-decisiones-de-los-tribunales-colegiados/>.

electivos— en el ejercicio de un poder del Estado, de rendir cuentas de sus decisiones...” (13).

Esta rendición de cuentas de la que habla la Corte siempre es llevada adelante en cuanto a la sentencia del modo que sea. Pero sin entrar a discutir en la cuestión sobre quienes tienen realmente el derecho a recurrir, lo cierto es que en los votos que existen mayorías debe cohabitar una motivación similar a fin de llegar a la conclusión que habilita la condena, que una persona sea sentenciada a una pena de prisión, que en la mayoría de los casos pierda su libertad o vea coartados derechos elementales en virtud de haber sido condenado a una pena de ejecución condicional (tránsito, realizar tratamientos, trabajos no remunerados, someterse al cuidado del patronato de liberados, etc.).

Es por ello que como se dijo antes, a pesar del relajamiento de las garantías constitucionales y convencionales no puede tomarse tan a la ligera las conclusiones a las cuales arriba una condena que priva de derechos a una persona “revirtiendo el principio de inocencia del que goza todo ciudadano”.

“...Ello así, pues las sentencias de los tribunales colegiados no pueden concebirse como una colección o sumatoria de opiniones individuales aisladas de sus integrantes, sino como el producto de un intercambio racional de ideas entre ellos (14) (...) De tal modo, la ausencia de coincidencia sustancial de fundamentos por la mayoría absoluta de las opiniones vacía al decisorio de toda fundamentación, puesto que no

(13) Fallos 342:697, voto de los jueces Maqueda y Lorenzetti, considerando 19 y voto del juez Rosatti, considerando 12 y "Flamenco", Fallos 343:506; CCC 49642/2014/TO1/6/CS1 "Cañete, Carlos Eusebio y otro" del 7 de diciembre de 2021.

(14) Fallos 308:2188, voto del juez Petracchi; 312:1500; 326:1885; 329:4078; 332:826; 334:490; 338:693; CSJ 141/2010 (46-E)/CS1 "Eraso, Raúl Alfredo y otro s/ causa N° 8264", del 18 de diciembre de 2012; CSJ 69/2014 (50-D)/CS1 "Di Rocco Vanella, Daniel Federico y otro s/ causa N° 16256", sentencia del 4 de noviembre de 2014; CSJ 4359/2014/CS1 "Petty, Luis Guillermo y otro s/ falsificación de documentos públicos", sentencia del 2 de junio de 2015; CSJ 4139/2014/RH1 "Villalba Martínez, María Gloria y otro s/ infracción ley 23.737 (art. 9)", sentencia del 9 de agosto de 2016; Fallos 343:506; 344:303; CCC 49642/2014/TO1/6/CS1 "Cañete, Carlos Eusebio y otro" del 7 de diciembre de 2021.

habría razón valedera para optar por un voto u otro al momento de apreciar cuál ha sido el presupuesto en que se basó la decisión apelada...” (15).

Que muy recientemente se ha sostenido este principio por parte del Tribunal Címero, ratificando en todos sus términos y remitiéndose a esos postulados en el fallo “Roggenbau, y otros s/ legajo de casación” (16).

Pero el problema principal que podemos observar en el razonamiento de integración de mayorías en Tribunales colegiados es que se asocia a un principio democrático de este pensamiento “vencedor” por sobre la minoría. Pero incluso en esa lógica, también debemos mencionar que las minorías son representadas. Pero el principio de inocencia receptado en todas las constituciones liberales y los tratados de derechos humanos, podemos llamarlo, exageradamente, un imperativo categórico. Entonces, que un voto fundado que promueva la absolución de un imputado, automáticamente debe conllevar a que no se pueda vencer dicho principio y el imputado debe ser absuelto por no poder vencer ese estado de duda razonable que debe favorecer al reo.

A fin de ir cerrando y entendiendo que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sido clara al respecto, nos queda pasar al escalón siguiente que es la discusión central de este escrito sobre el voto en disidencia, que también debe cumplir con absolutamente todos los requisitos de fundamentación conforme se ha dicho en el resto del texto.

IV. Cuestiones que hacen a la unanimidad como vencedor de la duda razonable

I) Como cuestión final para este trabajo y como se prometió en las primeras líneas, se realizará una contraposición entre los sistemas de enjuiciamiento y el estándar que debe existir para condenar “más allá de toda duda razonable”.

(15) Fallos 312:1058; 326:1885; 343:506; CCC 49642/2014/TO1/6/CS1 "Cañete, Carlos Eusebio y otro" del 7 de diciembre de 2021.

(16) Fallos 345:338, rta. 24/05/2022.

En primer lugar no puedo dejar de criticar los distintos sistemas que coexisten en un radio de 50 kilómetros que violan palmariamente el derecho de igualdad ante la ley y la forma de juzgamiento a la que va a ser sometida la persona. Muchos los llaman el justiciable y parecen olvidar que detrás de las palabras técnicas y rimbombantes existen seres humanos que serán sometidos al criterio de los magistrados elegidos por los mecanismos constitucionalmente establecidos.

Que ello también es discutible pues un Juez de Instrucción puede subrogar un Tribunal Oral y viceversa, siendo que no han concursado para ocupar ese puesto con los conocimientos específicos que exige cada tarea. Quizá por eso tantas veces nos encontramos con sentencias que son parecidas a un procesamiento, en donde se considerara encontrarnos en un patrón de “probabilidad” más que a la “certeza” que requiere la sentencia condenatoria.

Pues bien, es sabido que en la Ciudad de Buenos Aires cohabitan tres códigos procesales. El Cód. Proc. Penal (ley 23.984, llamado Código Levene (h), el Cód. Proc. Penal Federal en cuanto a las tres implementaciones por la Comisión Bicameral de Monitoreo e implementación del Cód. Proc. Penal Federal (cuestiones de libertad, principio de oportunidad y en cuanto a recursos y firmeza de la condena) y el Cód. Proc. Penal de la Ciudad de Buenos Aires. Cruzando la General Paz o el Riachuelo, usted será sometido a enjuiciamiento bajo el Cód. Proc. Penal de la Provincia de Buenos Aires, donde por ejemplo, podrá ser allanado por un fiscal en contrario a los otros códigos de procedimiento mencionados (excepción secuestros extorsivos y privaciones de libertad en Nación).

Entonces, tanto en la Ciudad de Buenos Aires (17), como en el ámbito provincial el imputado podrá ser juzgado por jurados populares. No hace falta decir la gran diferencia existente entre ambos sistemas de enjuiciamiento y que difieren por completo en cuanto al resultado (en variadas ocasiones) como así también en la forma de justificar el veredicto lo cual excede al presente trabajo.

(17) Ley 6451, Sancionada el 30 de septiembre de 2021.

Pero no menos cierto es que la suerte del imputado está echada en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires a la moneda del legislador (sea el Nacional que transfiera delitos como al portero que los deberá aceptar).

Luego de encontrarnos ante una decisión que hace un poco a la suerte del imputado, deberemos centrarnos en la decisión estratégica de elegir un juicio por jurados o por Tribunal Colegiado.

Entonces se empiezan a delinear las cuestiones que hacen a este escrito en cuanto a la aplicación de mayorías exigidas para los jueces profesionales en contraposición a la unanimidad requerida en los juicios por jurados en el ámbito anglosajón y que pueden observarse en nuestro ámbito más cercano.

Existe un tema que no puede pasarse por alto y es el primer fallo sobre mayorías o minorías en cuanto a la sentencia de condena que indica nuestra Corte Suprema de la Nación en el Fallo “Canales” en cuanto indica que “...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, 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 (art. 59) (Voto de los jueces Maqueda y Lorenzetti)...” (18).

Asimismo profundizan la discusión intentando, en cierta forma proteger las mayorías integradas por los tribunales colegiados, ya que siempre hablan de las dos terceras partes, de mayorías, más bien de un sistema eleccionario, pero de ninguna manera de una pretensión judicial respetuosa del principio de inocencia.

Pareciera que se requiera un nivel de mayor o menor grado de culpabilidad de “mayorías”, que no es receptada, incluso en los códigos procesales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ni en el de la Provincia de Buenos Aires en ciertos

(18) CSJN, “Canales, Mariano Eduardo y otro s/ homicidio agravado - impugnación extraordinaria”, Fallos 342:697.

tipos de delitos que sean con amenaza de pena de prisión perpetua.

Nos dijo en el mismo fallo el máximo Tribunal Nacional que "...No puede colegirse que comprometa la presunción constitucional de inocencia por la mera existencia de votos disidentes del jurado que adoptó, por mayoría, el apelado veredicto de culpabilidad ya que la voluntad popular puede expresarse mediante una decisión mayoritaria constitucionalmente válida, como la conformada por las dos terceras partes del total, y respetuosa de las exigencias impuestas por el legislador, lo que no conculca nuestra Constitución Nacional, sino que —por el contrario— la observa..."

Puede observarse que el pensamiento de los supremos está basado en un sistema republicano de mayorías, pero que no se condice con las convenciones de derechos humanos a las que nuestro país ha adherido. Ninguno explica taxativamente la cuestión de unanimidad de los Fallos pero todos ellos si son explícitos en cuanto al principio de inocencia y la presunción que tiene todo ciudadano antes del dictado de una sentencia condenatoria por lo que implícitamente entiendo que la garantía de unanimidad es la única forma de vencer dicha inocencia.

Tampoco luce acertado el pensamiento sobre "las dos terceras partes" propuesto por los cortesanos, ya que como veremos más adelante no coincide con ciertos ordenamientos procesales.

Si bien es cierto que no existe ese mandato constitucional sobre la unanimidad planteada, no menos cierto es que nuestros constituyentes adoptaron el modelo de la Constitución Estadounidense.

Uno de los actuales ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación nos refleja esta inspiración o base para la Constitución Nacional explicando que "...El modelo es concebido por Juan Bautista Alberdi, quien recoge algunas influencias del derecho público local preexistente y recepta criterios del derecho constitucional extranjero (en especial el norteamericano)..." (19).

(19) ROSATTI, Horacio, "Proyecto constitucional alberdiano. Descripción, apogeo y crisis", Infojus, "Constituciones Argentinas. Compilaciones", p. 99.

Luego, el poder constituyente de 1853 concibió un modelo liberal y republicano inspirado (no copiado como se pretende) del tipo de la Constitución de 1787 de los Estados Unidos de América.

En lo que a este trabajo interesa es que el art. 118 de nuestra Carta Magna es clara en cuanto a que los juicios criminales deberán ser terminados por jurados. Ello surge en concordancia con lo dispuesto en los arts. 24 y 75, inc. 12° de este mismo cuerpo en donde ordena al Congreso la legislación del juicio por jurados.

Reitero, esto es una simple mención a lo que se pretende concluir sobre esta expresión del convencional constituyente y la forma de juzgar los delitos en nuestro país.

II. En el sistema de tribunal colegiado, como se explicara, se necesitan votos coincidentes no en sus conclusiones, sino en los fundamentos para arribar a dicha solución.

Que todos los votos deben ser fundamentados, inclusive el que se realice en disidencia, ya que el dictado de un fallo debe remitir a una reunión y discusión entre los jueces luego el debate (o al menos así debería ocurrir).

Que el bloque constitucional argentino toma como base a la constitución estadounidense y establece un sistema de jurados. Que por mucho tiempo, hasta el día de hoy (en menor medida luego de la incorporación de los tratados de derechos humanos al bloque) nuestro máximo tribunal se ha nutrido de los fallos de la Corte Federal de los Estados Unidos de América.

Aquí pretendemos llegar a la justificación de estas líneas trayendo a colación el último fallo de la Corte Federal del país del norte.

En dicha resolución se ha explicado que en absolutamente todo el suelo de los estados Unidos de América se requiere la unanimidad para condenar a una persona.

Se trata del caso de "Evangelisto Ramos v. Louisiana" de fecha 20 de abril de 2020 (20) en donde se discutió la posibilidad de condenar solo con mayoría. En el caso mencionado,

(20) https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/18-5924_n6io.pdf.

se condenó al Sr. Ramos a prisión perpetua, sin posibilidad de libertad condicional con 10 votos de culpabilidad contra 2 de no culpable.

En dicho país solo los estados de Oregon y Luoisiana aceptaban la idea de “mayorías” ya que en el resto de los estados solo se puede condenar de forma unánime.

Se ilustra claramente la idea de unanimidad, no de mayorías y ello no es un dato menor ya que se asocia esa idea a la imparcialidad.

Nos dice dicho fallo, en la parte que nos interesa que “...El texto y la estructura de la Constitución sugiere con claridad que el término 'juzgado por un jurado imparcial' implica un significado sobre el contenido y los requisitos de un juicio por jurado”. Uno de estos requisitos era la unanimidad. Donde sea que se busque para determinar el significado del término 'juzgado por un juicio por jurado imparcial' encontramos que al momento en que se adoptó la Sexta Enmienda [...] la respuesta es inconfundible. Un jurado debe alcanzar un veredicto unánime a fin de emitir una condena”. “El requisito de la unanimidad del jurado surge en el Siglo XIV en Inglaterra, y luego fue aceptado como derecho fundamental del common law...” “...No cabe duda de que el requisito de unanimidad de la Sexta Enmienda se aplica a los juicios penales estatales y federales por igual. Este Tribunal ha explicado durante mucho tiempo que el derecho de la Sexta Enmienda a un juicio con jurado es 'fundamental para el esquema de justicia estadounidense' y se incorporó contra los Estados bajo la Decimocuarta Enmienda. De esta manera, si la Sexta Enmienda exige unanimidad en el veredicto para condenas en los tribunales federales, no puede requerir menos en los tribunales estatales...”

Pues ya no quedan dudas que la unanimidad es el único medio para vencer el estado de inocencia. Incluso, en un sistema de doce integrantes en los cuales se llevan a cabo las discusiones y valoraciones probatorias que hacen al veredicto una verdadera válvula de seguridad para los ciudadanos.

Resulta inentendible que en un lugar de decisión donde confluyen tantas voluntades pueda llegarse a la unanimidad y en un Tribunal Co-

legiado, donde solo intervienen tres jueces, con solo dos votos pueda condenarse a una persona, quizá a prisión de por vida.

La unanimidad es la única forma en la que puede vencerse dicho esta de inocencia y es lo requerido por el sistema del que hemos tomado las bases y por las que incluimos el modo de llevar adelante un juicio.

“...la exigencia de unanimidad es el reconocimiento, a nivel legal reglamentario, de la garantía constitucional de subsidiariedad, última ratio y/o mínima intervención del derecho penal; no hay duda alguna de que el ejercicio del poder penal es la violencia estatal más intensa que tolera una sociedad democrática (...) pero además la unanimidad realza a niveles superlativos la garantía de la deliberación, ya que obliga a discutir la prueba y la ley...” (21).

Pero lo más curioso es que se sigue tolerando que en un mismo cuerpo procesal convivan dos formas totalmente enfrentadas. Se sigue tolerando que una sentencia de jueces profesionales no sea el fruto de una discusión racional sobre la prueba ventilada en el debate. Se sigue tolerando que dos personas puedan condenar a una persona. Se sigue tolerando que el voto fundado, meditado de un Juez que se haya decidido por la absolución pase totalmente de largo. Se sigue tolerando en el sistema provincial y en el de la Ciudad que con dos votos se pueda disponer la prisión preventiva de una persona que se mantuvo a derecho todo el proceso “por aumento de riesgos procesales” a raíz del veredicto condenatorio.

Dicho esto, como metodología contrapuesta al sistema constitucional y convencional, conviven dos formas de condena que sostienen la tesis aquí propuesta.

Nótese que en la Ciudad de Buenos Aires, al implementarse el juicio por jurados populares se hizo hincapié en que la única forma de arribar a una sentencia condenatoria es a través de la unanimidad del jurado.

(21) HARFUCH, Andrés, "El Juicio por Jurados en la Provincia de Buenos Aires", Ad Hoc, ps. 277/278.

En efecto, la norma procesal indica que los delitos que serán juzgados a través de esta metodología los delitos que prevean pena igual o mayor a veinte años, pero que el veredicto solo se alcanzará a través del voto de todos los jurados.

Refiere la norma que “...El Jurado admitirá una sola de las propuestas de veredicto por el voto unánime de sus doce [12] integrantes. La Sesión terminará cuando se consiga un veredicto, pero, en casos excepcionales, a solicitud del Presidente del Jurado, el/a Juez/a puede autorizar el aplazamiento de la deliberación por un lapso breve destinado al descanso” (22).

La intención del legislador es clara, precisa, concordante. Solo se puede condenar con todas las voluntades en el mismo sentido, no por un juego de “mayorías”

Esta ley es posterior al dictado del código procesal. No deroga la norma pero si la complementa. Nos conlleva a la ultra actividad de la ley penal en virtud del principio de legalidad. Entonces, es claro el avance que ha realizado el legislador en cuanto a entender que el voto mayoritario no puede ser el correcto para arribar a una condena. Esto por el principio mencionado, debe ser aplicado de forma urgente al Tribunal Colegiado.

No obstante ello, debo adentrarme en el voto de los jurados en el Cód. Proc. Penal de la Provincia de Buenos Aires.

Allí se señala que “Art. 371 Quater. 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.”

Aquí podemos abrir una nueva discusión del motivo por el cual se requiere una mayoría de diez jurados para condenar ciertos delitos y unanimidad para los de prisión perpetua.

(22) Ob. cit., art. 58.

Como no es motivo de este trabajo lo pasaremos de largo, aunque parece importante en virtud de rayanar una violación al principio de igualdad ante la ley, aunque habría que discutir si son “idénticas circunstancias” los delitos que son juzgados.

Pero así y todo, observando el modelo de la Provincia de Buenos Aires, la “mayoría” erigida por el legislador es del 83,33% del jurado y la sentencia del Tribunal Colegiado es del 66,66% por lo que nada cabe agregar en cuanto a que la construcción de una sentencia condenatoria por parte de esas dos terceras partes de solo tres integrantes, de ninguna manera puede prevalecer por el principio de inocencia, ya que también colisiona contra una norma integrante del mismo cuerpo legal.

No puede perderse de vista la falta de legitimidad que se observa en los ciudadanos sobre la actuación de la justicia profesional, y por ello la opinión de los jueces profesionales puede verse afectada en casos de trascendencia pública o que puedan acarrearles algún perjuicio concreto.

Entonces en casos de cierta difusión pública debería extremarse la unanimidad como norte de los magistrados profesionales ya que eso demostrará una cohesión en el caso de una condena pronunciada en casos que pueden tomarse como actualmente conflictivos en razones de política criminal.

V. Conclusión

A fin de darle un final a este trabajo en cuanto a mi opinión se debe dar en los Tribunales Colegiados una unanimidad que dotará de legitimidad inequívoca al veredicto de culpabilidad que como consecuencia lógica impondrá una pena, en muchos casos altísima que privará de la libertad a una persona.

La comparación con el estándar que debe darse en los jurados resulta a mera comparación con la laxitud que se le otorga a los jueces profesionales.

Generalmente, la discusión se centra en que la validez de la sentencia de la condena por parte de los magistrados es que exterioriza su

fundamentación, lo que hace al control republicano de gobierno y permite la revisión por parte de un tribunal superior en virtud del derecho amplio al recurso. Pero ello no es óbice para que la unanimidad sea la condición fundamental para arribar a una sentencia condenatoria que sea concordante con el principio de inocencia refrendado por nuestro ordenamiento constitucional.

El modelo de jurados que es instaurado a partir de su similitud con el derecho anglosajón, quedó en un híbrido en las que algunas provincias exigen distintos números para exigir las mayorías y otras promueven la unanimidad. Pero teniendo en cuenta también el país del que es tomado ese modelo, como se explicó, la Corte Federal exige la unanimidad para los veredictos condenatorios.

Entonces, en los sistemas más modernos y los fallos más actuales se extienden hacia la unanimidad como válvula de garantía de mayor fiabilidad en cuanto a la discusión y valoración de las pruebas que prevalecen contra la presunción de inocencia.

Es sabido que en la costumbre judicial no existe la discusión verdadera entre los jueces, sino que le van pasando las decisiones a sus re-

latores para que una vez redactado el voto pase al siguiente juez. Pero no la discusión real entre los jueces para que haya un consenso entre los magistrados. También ello responde a que la gran mayoría de puestos es Tribunales Orales se encuentran vacantes y los magistrados deben subrogar dos o tres tribunales a la vez, resultando materialmente imposible que pueda discutir con sus colegas la solución al caso que tuvo ante su presencia.

¿Cuántas veces los jueces han cambiado su postura en cuanto a ciertas cuestiones? Si bien es una cuestión técnica y no de hechos, las diversas posturas en la CSJN sobre la tenencia de estupefacientes para consumo personal es el mejor ejemplo de ello. Basta ver como la “mayoría automática” de la Corte de los años 90 generaba sentencias con cierto direccionamiento para decirlo de forma leve.

Por eso entiendo que el único medio para someter el *in dubio pro reo* en los Tribunales Colegiados es la unanimidad. En caso que no se llegue a esa conclusión deberá absolverse al imputado en virtud que no se ha podido vencer el estado de duda que favorece siempre a la persona sometida a proceso, ya que de ninguna manera se podrá acreditar esa certeza “más allá de toda duda razonable”.

El rechazo de prueba por parte del juez técnico en juicio por jurados dentro de la provincia de Buenos Aires. Singularidades en la acusación pública o privada

Fernando E. Sicilia (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Exposición de la teoría del caso.— III. La importancia y obligatoriedad de la audiencia preliminar.— IV. Negativa de incorporar medidas de prueba. Cuestiones de imparcialidad.— V. Los recursos en la audiencia preliminar.— VI. El ¿derecho? de la acusación a recurrir el fallo de no culpabilidad.— VII. Problema. Innecesaridad de fundamentación del auto de prueba. ¿Nulidad de la absolución?— VIII. Colofón.

I. Introducción

Este trabajo pretende el abordaje del problema que surge cuando se ejerce como particular damnificado en un juicio por jurados —también lo es para la Fiscalía— al momento del ofrecimiento probatorio que va a sustentar nuestra teoría del caso. Ello nos ofrece distintas aristas que, entiendo, no han sido previstas por el legislador en este tipo de juicios.

Es decir, por un lado se invoca la plena participación popular en las determinaciones acerca de la culpabilidad o no de un ciudadano, pero, por otro lado la prueba que va a pretender sostener tal decisión es dependiente de un juez técnico.

Ante el incremento de derechos asignados a las víctimas en el proceso penal se encuentra la

facultad de acusar a quien se pretende condenar como autor/a del hecho que lo tuviera como damnificado. Ello no significa tomar posición en cuanto a estar de acuerdo o no con ello.

No obstante ello, aun sin dicha constitución será la Fiscalía quien debe llevar adelante ese rol irrenunciable, con la condición de que debe ser regida por los principios de objetividad y legalidad. En este sentido, si la Fiscalía no encuentra robustecida la acusación por la cual la persona imputada viene requerida a juicio, tiene la facultad, e incluso la obligación, de no acusar.

Distinto es el caso de los particulares damnificados o querellantes, quienes no deben regirse por aquellas reglas y pueden formular la acusación respetando las formalidades procesales (congruencia, fundamentación, agravantes, atenuantes, etc.).

Pues bien, dicho esto, el nudo de la cuestión se centra en la potestad que tiene el juez técnico de descartar prueba que resulta útil y pertinente para la estrategia de la acusación y la imposibilidad de recurso alguno contra el resolutorio del

(*) Abogado Universidad de Buenos Aires - Especialista en Derecho Penal y Procesal Penal - Profesor de grado en la Universidad de La Matanza - Sub Director del Instituto de Derecho Penal del Colegio de Abogados de Moreno - General Rodríguez.

magistrado en cuanto a la pertinencia de esta prueba.

El vacío legislativo pone en pugna dos cuestiones fundamentales de derechos. El del imputado a fin de evitar una nueva persecución penal por la posible vía elíptica de la nulidad y el reconocimiento jurisprudencial —ya pacífico— del derecho a recurrir del particular damnificado.

II. Exposición de la teoría del caso

Se observa en la praxis que en diversas oportunidades, al momento de llevarse a cabo la audiencia de prueba las partes se remiten a la requisitoria de elevación a juicio en el caso de la acusación y de la oposición a la misma efectuada por la defensa.

Entiendo que ello es un error, ya que lo que debe primar es la oralidad y la teoría del caso se abastece con menor detalle que el requerimiento de elevación a juicio. Por ejemplo, no se cita jurisprudencia ni se emplea dogmática, ya que esta presentación debe ser clara y precisa.

Si bien no es la mira de este trabajo, lo cierto es que no es conveniente que la teoría del caso vaya mutando de forma abrupta, sino que en todo caso debe ser dinámica y maleable para que sin perder de vista al norte inicial, a medida que se vayan incorporando pruebas al proceso, esta pueda adaptarse a los cambios que puedan surgir con posterioridad a la estrategia trazada.

Pero lo cierto es que debe ser más breve y no tan técnica como el requerimiento, que ya abasteció la hipótesis de la acusación de forma clara, precisa y circunstanciada, como lo exigen los códigos rituales.

En este sentido “[l]a narración a ser presentada ante los jueces debe elaborarse teniendo a vista las limitaciones y restricciones de un juicio, como son su extensión, la capacidad de concentración de quienes intervienen en él, entre otras (...) que se eliminen de ella todas las cuestiones que no sean jurídicamente relevantes o que no aporten información de credibilidad relevante...” (1).

(1) MORENO HOLMAN, Leonardo, "Teoría del caso", Col. Litigación y enjuiciamiento penal adversarial, Ed. Didot, p. 36.

Por ello, es fundamental que el magistrado escuche la teoría del caso de las partes, ya que por ejemplo la de la acusación particular puede diferir en varios puntos con los de la fiscalía, como así también las proposiciones fácticas.

Por ejemplo, la fiscalía pretende acusar por homicidio simple y los privados desean hacerlo por algún agravante.

Obviamente tenemos por supuesto que el imputado fue indagado por las dos acusaciones en forma alternativa, ya que para no violar la congruencia en el hecho enrostrado se le debe explicar la conducta por la cual se lo imputa de forma agravada (Por ej. "...actuando sobre seguro y con el fin de asegurarse la impunidad...").

Así, a diferencia del Cód. Proc. Penal nacional, el de la provincia de Buenos Aires indica que los particulares no necesitan requerir la elevación a juicio de las actuaciones cuando lo hace la fiscalía, y por lo tanto, de ninguna manera, el sr. juez conoce la teoría del caso del particular damnificado, ni siquiera por remisión.

Como corolario del punto, en este tipo de juicios la oralidad y la inmediación es la que debe primar por sobre lo escritural y que deber presidir un juez que desconoce por completo la causa, por lo que remitir a lo ya escrito resulta, cuanto menos, contradictorio con el juicio por jurados.

III. La importancia y obligatoriedad de la audiencia preliminar

Para iniciar este punto, es acertado señalar que esta audiencia es obligatoria tal como lo expresa la última parte del art. 338, párr. 5 del Cód. Proc. Penal de la provincia de Buenos Aires exigiendo que “[c]uando el juicio sea por jurados, esta audiencia será obligatoria...”

Allí se desarrollarán las teorías del caso de las partes, los ofrecimientos de prueba de los adversarios y las eventuales convenciones probatorias.

La importancia de esta audiencia radica en que es la base del juicio.

La preparación de este y lo que se va a exponer ante el jurado.

Tampoco podemos olvidar, más allá que escapa a este trabajo, que se deberán plantear las nulidades que las partes estimen pertinentes y que tengan que ver con la legalidad de la obtención de esa prueba y si tuvo control de los protagonistas, por ejemplo. Si son absolutas, relativas, etc.

Este dato no es menor, ya que si solicitamos la exclusión, vgr., de una pericia por no haber sido notificados para ofrecer peritos de parte, podemos plantear una nueva producción de la medida y pasaría a integrar el elenco de la litigación de la prueba que se producirá en el debate, como así también la convocatoria de los especialistas actuantes (única forma de introducir la pericia, excepto estipulación probatoria).

En definitiva, es “[u]n debate centrado en la credibilidad de la prueba con la que se intenta acreditar esos hechos (...) Ofrecimiento y justificación de las pruebas que cada parte pretende producir en el debate, pero también al planteo de toda cuestión jurídica que resulte condicionante del mismo. Es entonces, una audiencia preparatoria del juicio, de modo tal que cabe litigar todo tipo de mociones...” (2).

Es que aquí quedará delimitado el objeto del debate y los hechos controvertidos que serán materia de litigación y decisión por parte de los jurados.

Por ello, como se explica y se seguirá insistiendo a lo largo de esta propuesta es la importancia de que las partes tengan una sólida teoría del caso y que el juez las escuche para que así, todos puedan confrontar las pruebas que pretenden ser introducidas al debate cargando las partes con un conocimiento del caso para poder fundar y acreditar la necesidad de la introducción de esa prueba para ser desarrollada en el debate.

Y por ello la importancia de la teoría del caso y la delimitación de los hechos controvertidos a probar.

(2) D'EMPAIDRE, Eduardo, "La importancia de la audiencia preliminar", en BOMBINI — CARNEVALE (dirs.), Juicio por Jurados, Ed. Del Sur, t. I, p. 89.

IV. Negativa de incorporar medidas de prueba. Cuestiones de imparcialidad

Considerando que lo abordado en los puntos anteriores fue un breve resumen, comenzamos a ampliar el objeto del presente trabajo.

Atento lo desarrollado en el acápite anterior, cabe poner de resalto que la exposición de la teoría del caso de las partes es de una importancia sublime en este tipo de juicios en donde se pretende introducir prueba de calidad, renunciando a las cuestiones que no serán debatidas y que se tendrán por probadas mediante las estipulaciones probatorias desarrolladas por las partes.

Por ello, de ninguna manera se podría denegar alguna medida de prueba si no fueran escuchadas o se remitieran por escrito y resultaría en un grave error técnico del magistrado que se introdujera a resolver sobre cuestiones desconocidas.

Es decir, quien ofrece la prueba debe demostrar su pertinencia de acuerdo a su teoría del caso y, quien se opone, también debe fundarlo.

No podemos olvidar un principio fundamental del derecho penal que esa aquel que afirma que la carga probatoria para condenar debe ser llevada adelante por la acusación y por ello resulta oportuno tratar este tema, ya que al comportar dicho trabajo una estructura formada a través de indicios y evidencias, es necesaria su incorporación para poder exponer plenamente la teoría del caso de los acusadores.

Una vez que ello sea presentado, intentaremos transformarla en prueba dentro del criterio analítico del Jurado para lograr el veredicto condenatorio pretendido. Más allá de esa diferenciación, dentro de este trabajo utilizaremos la palabra prueba de forma directa para hacer más sencillo el planteo del problema.

Nos indica el art. 338 que el juez debiera pedirse en “...la prescindencia de aquella prueba que aparezca como manifiestamente impertinente, superabundante o superflua...”

Se dice que esta potestad “...debe ser empleada por el juez solo de manera excepcional (...) Cualquier introducción o posición del magistra-

do en la valoración de la prueba puede afectar su imparcialidad..." (3).

"Exige, además que en algún momento previo al juicio las partes en disputa se sometan a un descubrimiento recíproco de pruebas, de modo que cada una de ellas pueda prepararse adecuadamente para controlar la prueba de su adversario..." (4).

La resolución que determine la prueba que será sustanciada en el juicio por jurados debe ser global, no fragmentada, y eso es lo que dice el Código Procesal.

Lo mismo debe surgir de las estipulaciones probatorias, siendo que estas no pueden ser coartadas por el juez profesional, ya que es un acuerdo de partes en pleno uso de facultades del proceso adversarial.

"Las estipulaciones son los acuerdos de prueba entre el acusador y la defensa sobre hechos no controvertidos. Pueden acordarse en esa audiencia o en el mismo juicio. Esos acuerdos hacen que no sea necesario probar uno o varios hechos, con el consecuente alivio para el juicio (...) Tan solo basta con que los litigantes, sin ceder un ápice en sus respectivas teorías del caso, tengan la suficiente claridad como para enfrentarse sin cuartel en los hechos realmente controvertidos..." (5).

Y todo lo que respecta al Juzgador no puede ser pasado por alto ya que como bien indica Harfuch: "La actuación del juez a lo largo del juicio permite múltiples entradas en casación (...) Pero, particularmente, tienen especial énfasis sus decisiones sobre la prueba..." (6).

Pero claro, esa "entrada" en Casación no resulta posible, según la fallida técnica legislativa, para el acusador particular.

(3) FREGA — GRAPPASONNO, "Juicio por Jurados", Gowa, p. 47.

(4) *Ibidem*.

(5) HARFUCH, Andrés, "El Juicio por Jurados en la Provincia de Buenos Aires", Ad-Hoc, p. 119.

(6) *Ibidem*, p. 328.

Cuando digo fallida, es por la superposición normativa en lo que se refiere a sentencia dentro del Cód. Proc. Penal de la provincia de Buenos Aires. Tanto la dictada por jueces técnicos como por el jurado popular son sentencias.

Y la pertinencia de la prueba surge de la exposición de la teoría del caso que, incluso, puede diferir entre la acusación pública y la privada.

Lo cierto es que "[l]a cuestión vinculada a la potestad que tiene el tribunal de rechazar la prueba ofrecida debe ser evaluada con delicadeza, puesto que una interpretación amplia de dichas atribuciones conduciría a la arbitrariedad, y a la posibilidad cierta de que de forma indirecta (por supresión de prueba) se violentara el derecho sustancial que cada parte pretende desarrollar en el juicio..." (7).

No puede pasarse por alto que sigue siendo preocupante que en un sistema plenamente adversarial el mismo juez que determine la pertinencia o no de la prueba sea aquel que dirija el debate.

Entiendo que debería ser un juez ajeno al proceso quien se encargue del debate a fin de no obstaculizar su objetividad por cuanto conoce lo que será sustanciado en el juicio.

Y allí radica la importancia de la audiencia preliminar ya que durante esta escuchará la teoría del caso de las partes, así como las proposiciones fácticas, por lo que sin desarrollar plenamente esta tarea, difícilmente pueda decidir sobre la pertinencia de la prueba en cuestión.

Y por ello que "[E]n ese rumbo, al finalizar la audiencia debe quedar claramente delimitado que es lo que se debatirá —el eje de la controversia—. Esto no solo exige la existencia de una acusación clara, precisa y circunstanciada, bien definida, sino también la detección que la defensa controvertirá de ella, para lo que de-

(7) SCHIAVO, Nicolás, "Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires", Análisis Doctrinal y Jurisprudencial, Ed. Hammurabi, p. 241.

berá conocer la prueba de cargo y su contenido...” (8).

Siempre se intentará apartar la prueba que pretenda confundir y efectuar un prejuzgamiento en el jurado.

Pero si alguna de las pruebas ofrecidas pueden aparecer como “impactantes”, las partes podrían objetar preguntas que pudieran generar prejuicios o confusiones y el juez hacerles lugar, pero no directamente eliminarlas si para la teoría del caso parece útil y pertinente.

En cuanto al auto de pertinencia de prueba el art. 338 del Cód. Proc. Penal de la provincia de Buenos Aires refiere que “[e]l Tribunal dictará resolución sobre las cuestiones pertinentes dentro del término de cinco [5] días de ofrecida la prueba o de recibida la audiencia, según sea el caso...”, y allí debemos ceñirnos para avanzar en esta propuesta.

V. Los recursos en la audiencia preliminar

Podemos observar que el art. 338 del CPPBA refiere que “[s]alvo las resoluciones que impidan la prosecución de la causa, las cuales podrán ser apeladas ante la Cámara de Garantías, no habrá recurso alguno contra lo dispuesto en esta etapa y la parte agraviada podrá formular protesta, la que equivaldrá a la reserva de los recursos de apelación, casación y extraordinarios que pudieren deducirse contra la sentencia definitiva, según corresponda conforme los arts. 20 y 21...” por lo que de la hermeútica de la norma se desprende que solo se puede realizar una protesta contra las disposiciones del juez profesional en esta etapa del debate.

En principio, la denegatoria de una medida de prueba no resulta de aquellas que impiden la prosecución del debate.

Y aquí es donde surge el meollo de este trabajo y la contradicción existente entre la política criminal “victimológica” en concordancia con la ley 15.232 en la que acuerda una activa partici-

pación del particular damnificado en los actos, pero que choca de frente con lo previsto en el art. 371 *quater*, inc. 7° del mismo Código Procesal de donde surge que “[l]a sentencia absoluta derivada del veredicto de no culpabilidad del jurado es irrecurrible...”

Y esta contradicción es la que no tiene explicación en el mismo cuerpo legal. Por un lado se nos dice que *solo* podemos formalizar protesta que equivale a la etapa recursiva de sentencia definitiva, pero por el otro se nos dice que *no* es recurrible la absolucón.

Entonces se puede echar mano a un recurso de reposición, conforme art. 436 del digesto procesal, que no deja de ser un recurso y que no está previsto.

Lo cierto es que el magistrado no debe justificar su decisión sobre la pertinencia o no de una medida de prueba que hace a la teoría del caso de la parte.

Atento lo expuesto, estas resoluciones lucen sin fundamentación alguna, ergo, arbitrarias, por lo que se trasluce una nulidad por flagrante violación al debido proceso.

Ya que el ordenamiento ritual no prevé específicamente un recurso contra este tipo de decisiones, el planteo puede resultar elíptico.

Surge que la finalidad del remedio propuesto es procurar que el mismo órgano que dictó una decisión que no es favorable para alguna de las partes, la modifique por contrario imperio ya que esta no fue fundamentada, motivo de nulidad de acuerdo a la doctrina y jurisprudencia dominante. Asimismo de causar un agravio irreparable. En el caso es clarísimo al no poder ejercer en todo su esplendor la teoría del caso presentada.

Y por ello “...de tal modo se sigue el principio general respecto de que no resultan susceptibles de recurso de apelación aquellas resoluciones que se vinculan a la procedencia, o improcedencia, de la prueba, o sobre la pertinencia, o no, de abrir una etapa de instrucción suplementaria (...) de este modo las únicas incidencias apelables son aquellas que impiden seguir con las actuaciones, mientras que el resto requie-

(8) PENNA, Cristian — CASCIO, Alejandro, “La etapa preparatoria y la admisibilidad de la prueba en el juicio por jurados y sistemas acusatorios” en LEDESMA, Angela (dir.), El Debido Proceso Penal, Ed. Hammurabi, t. 5, p. 117.

re que se haya concretado un efectivo perjuicio por la negativa —o admisión— de incorporar la prueba al debate...” (9).

Lo innegable es que como corolario de lo expuesto las partes no tienen más remedio que efectuar una protesta de Casación, que en el caso de los acusadores, quedará en un limbo eterno por la falta de “bautismo” del legislador.

Pero, aquí, podemos observar una primera solución al problema al tratar de mencionar un perjuicio de imposible reparación ulterior, por no haberse admitido una prueba.

V.a) Dicho esto, debemos centrarnos en la forma de ingresar al tratamiento del agravio por parte de la Cámara de Apelaciones y Garantías, aunque ello no esté previsto en el Código de rito. Para ello, debemos entender que existe un verdadero perjuicio de imposible reparación ulterior ya que, como bien se sostiene en esta presentación la sentencia de no culpabilidad resulta absoluta e irrecurrible para la acusación y no hay otra oportunidad para su efectiva tutela.

Sosteniendo esta postura es que, según el criterio del máximo Tribunal Nacional, este tipo de resoluciones encuentra sustento en su jurisprudencia en cuanto sostiene que “[s]i bien la sentencia apelada no es definitiva —puesto que no impide la prosecución del proceso, ni se pronuncia de modo final sobre el fondo del asunto— resulta equiparable a tal si (...) se encuentra tan severamente cuestionada que el problema exige una consideración inmediata en tanto esta constituye la única oportunidad para su tutela adecuada...” (10) por lo que la resolución que no admite algún tipo de prueba por parte de la acusación resulta de imposible reparación ulterior, ya que ni siquiera puede serlo de forma tardía.

El agravio resulta tan evidente, que la magnitud de este no es factible de poder ser reparado por vía recursiva alguna y es por ello que el lineamiento de la propuesta de este escrito es que pueda ser recurrido al Superior evitando planteos elípticos de nulidad, con el fin de evaluar la pertinencia o no de las medidas de

prueba solicitadas y denegadas por el juez técnico ante la inminencia del juicio por jurados. Nótese que para el caso de recaer condena, el art. 448 *bis* del Cód. Proc. Penal de la provincia de Buenos Aires en su inc. b) prevé como causal de Recurso “[l]a arbitrariedad de la decisión que rechace medidas de prueba, de modo que se hubiera cercenado el derecho de defensa en juicio y condicionado la decisión del jurado...”

Es por ello que la sentencia que es equiparable a definitiva es susceptible de ser recurrida ante el Superior ya que quien puede lo más, puede lo menos. Si puede ser tratado por la Corte Nacional, obviamente debiera poder intervenir la Cámara de Apelaciones. En este sentido se dijo que “[s]i bien las decisiones de índole procesal que no resuelven el fondo de la cuestión controvertida no son, en principio, impugnables por la vía del recurso extraordinario en la medida en que no ponen fin al pleito ni impiden su continuación, corresponde hacer excepción a esa regla cuando concurre un supuesto de privación de justicia que afecta en forma directa e inmediata el derecho de defensa en juicio y se verifica un gravamen de imposible o muy difícil reparación ulterior, lo cual permite que la decisión sea equiparable a definitiva en sus efectos...” (11).

Ciertamente, debería ser expresado claramente por el legislador que solo será necesario el doble conforme y exceptuar expresamente el efecto suspensivo del art. 431 del CPPBA.

VI. El ¿derecho? de la acusación a recurrir el fallo de no culpabilidad

Que el ordenamiento procesal no deja duda alguna sobre el derecho a recurrir por parte del particular damnificado.

Así, taxativamente el legislador ha previsto las dos vías que en el caso llevado a estudio del Superior se plantean por parte de la acusación privada.

En este sentido nos dice el art. 453 que “[e]l particular damnificado podrá recurrir en los mismos casos previstos por el art. 452 para el Ministerio Público Fiscal”.

(9) SCHIAVO, Nicolás, ob. cit., ps. 249/250.

(10) CS, Fallos 330:2361; 342:278.

(11) CS, Fallos 329:4931.

Llegado el momento de observar las cuestiones que hacen a la posibilidad de recurrir la sentencia, realizando un análisis integral del digesto procesal y por el derecho taxativo que asiste a esta parte remitiendo al art. 452 del ritual se indica que se podrá recurrir "...1. De la sentencia absolutoria, cuando haya pedido la condena del imputado. 2. De la sentencia condenatoria, cuando se haya impuesto una pena privativa de la libertad inferior a la mitad de la requerida..."

No cabe duda alguna, entonces, de que el legislador provincial previó el derecho del particular damnificado a recurrir la sentencia absolutoria. Por lo tanto, no se explica ni se entiende la diferencia en ambos casos, ya que se tratan de sentencias. El legislador no previó expresamente dos tipos de sentencia diferentes y los motivos por los cuales, en principio, se entiende que las de tribunales colegiados se pueden recurrir, y las de jurados no. Se permite, pero no.

El cimero Tribunal Provincial ha dicho que "[e]n resumidos términos —y en línea con lo ya expuesto en la anterior instancia— no hay duda de que la intervención de la víctima como sujeto del proceso penal se presenta como una manifestación del derecho a la jurisdicción y a la tutela judicial efectiva asegurado convencionalmente a partir de los arts. 8° ap. 1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y expresamente así lo ha sostenido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al afirmar que ‘...el acceso a la jurisdicción por parte de la víctima de un delito [...] deviene fundamentalmente del ciudadano’ (conf. Informe N° 28/92 Com. IDH, “Herrera, Alicia Consuelo y otros”, 02/10/1992). A su vez, nuestro legislador en observancia de ello así lo ha reglamentado (art. 83 y ccds., CPP)” (12).

Así, en el ámbito internacional se ha indicado que “[e]n el presente caso, quien se reputa presunta víctima de la violación de estas garantías no es el inculpado del delito, destinatario originario de toda la arquitectura ilustrada que pro-

curaba poner coto al avance del poder punitivo del Estado, sino la agraviada del delito y su madre. En esta medida, la Corte recuerda que las ‘debidas garantías’ del art. 8.1 de la Convención amparan el derecho a un debido proceso del imputado y, en casos como el presente, también salvaguardan los derechos de acceso a la justicia de la víctima de un delito...” (13).

Y el máximo Tribunal Nacional lo reconoce al indicar que “[e]s arbitrario el pronunciamiento que —al denegar la vía casatoria— soslayó el requerimiento de pena de inhabilitación efectuado por el particular ofendido, sustentando únicamente su decisión en la circunstancia de que dicha parte no había solicitado una pena de prisión mayor de tres años —la cual, por cierto, tampoco podía requerir de acuerdo con la conminación de esa naturaleza legislada en el tipo penal en cuestión al momento de los hechos—, pues lo resuelto se sustenta en una interpretación forjada al margen del texto legal y en función de la cual se produce el indebido cercenamiento del derecho a recurrir de la víctima del delito o de su representante a partir de las normas internacionales sobre garantías y protección judicial previstas en los arts. 8°, ap. 1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos...” (14).

Lo cierto es que repasando jurisprudencia de todos los ámbitos, aquí también nos encontramos en un terreno sinuoso y confuso, ya que siempre se entendió el derecho al recurso como una garantía del imputado y no del acusador, dándole una nueva oportunidad para realizar la acusación.

En su oportunidad la CS destacó que “[l]a garantía de la doble instancia en materia penal, ha sido consagrada solo en beneficio del inculpado...” (15), pero ello ha ido mutando para abrir el camino al derecho al recurso de la acusación.

Pero este recurso no es libre, no es por un mero desacuerdo, sino que debe encausar una

(13) Corte IDH, caso "V. R. P., V. P. C. y otros vs. Nicaragua", 08/03/2018, párr. 218.

(14) CS, "Juri, Carlos Alberto s/ homicidio culposo - causa N° 1140", 27/12/2006, Fallos 329:5994.

(15) *In re* "Arce, Jorge Daniel", Fallos 320:2145.

(12) SCBA, Ac. 2078, "G., A. E. N. —particular damnificado— s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa n° 78.302 del Tribunal de Casación Penal, Sala V seguida a Bray, Juan Pablo y Paredes, Javier Maximiliano", 08/10/2020.

grave arbitrariedad o cuestión federal suficiente. Estos dos presupuestos son motivo de discusión permanente y la Corte Nacional más que despejarlo, lo ha venido dejando en el lanzamiento de una moneda entreabrir el recurso y el rechazo por el art. 280 del CPCCN (que es lo que ocurre en la mayoría de los casos).

Lo cierto es que recientemente este Tribunal abrió un recurso Fiscal, pero dejó bien en claro las limitaciones de este explicando que “[l]a aplicación la doctrina de V.E. según la cual, sin perjuicio de la validez de las restricciones a las facultades recursivas del Ministerio Público según lo decidido en el precedente de Fallos 320:2145 respecto de cuestiones de derecho común o meros errores *in procedendo*...” (16).

Con el fin de no agobiar al lector, es que entiendo que más allá de mi opinión personal (más cercana al fallo de la Corte en “Arce”), en definitiva luce prístina la posibilidad de la acusación de recurrir un fallo absoluto y en base a lo explicado en el punto anterior, este derecho se ve cercenado por el mismo legislador que también previó el derecho al recurso de los particulares damnificados o el Ministerio Público Fiscal.

Por ello, en cuanto a la mención de que la condena SI puede ser recurrida por esta denegatoria en virtud del art. 448 *bis*, inc. b) del Cód. Proc. Penal de la provincia de Buenos Aires por parte de la defensa es que entiendo que debe utilizarse el mecanismo de control previo si se sostiene la imposibilidad del recurso a la acusación en Juicio por Jurados.

VII. Problema. Innecesaria de fundamentación del auto de prueba ¿Nulidad de la absolución?

Planteados los diversos escenarios, debemos retroceder un poco para seguir avanzando y debemos centrarnos en la denegatoria de las medidas que hacen a nuestra teoría del caso.

Es por ello que de acuerdo a los arts. 201, 205 inc. 2º) del Cód. Proc. Penal de la provincia de Buenos Aires, se puede plantear la nulidad de dicho auto.

(16) CS, 20/09/2022, Fallos 345:1011.

Entiendo que el magistrado (al ser juez técnico) no está exento de la fundamentación exigida por el art. 106 del ritual, transformando una resolución en arbitraria, si no la motiva.

Que el mencionado artículo indica que “[l]as sentencias y los autos deberán ser motivados, bajo sanción de nulidad. Los decretos deberán serlo, bajo la misma sanción, cuando este Código o la ley lo disponga...”

En el planteo que nos ocupa, si no se cumple con este parámetro, el rechazo sin motivación puede ser decretado nulo ya que la fundamentación debe demostrarse en “...la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a un conclusión”, ya que “protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el derecho suministra, y otorga credibilidad a las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática...” (17).

Advierte Roxin que “...una fundamentación razonable tendrá que ponderar la totalidad de los elementos probatorios colectados, confrontarlos y concluir en una decisión que haya despedido otras hipótesis...” (18).

Aquí debemos echar mano a dos oportunidades procesales para solicitar la nulidad de la resolución y evaluar el momento procesal oportuno ya que al no encontrarse el auto fundado, nos encontramos ante un posible caso de arbitrariedad siendo susceptible de ser atacado por la vía de la nulidad.

¿Pero en qué momento lo planteamos? ¿Una vez resuelta la admisibilidad del proveído de prueba o al momento de plantear la nulidad del veredicto de no culpabilidad?

La respuesta no es sencilla y como todos los artículos que pretendo publicar son metodológicamente para debate sin una pretensión de una verdad revelada.

Lo cierto es que intuitivamente la solicitud debería ser al momento de la resolución sobre la prueba a ser introducida al debate. Pero no

(17) Corte IDH, caso “López Mendoza vs. Venezuela”, 01/09/2011, Serie C N° 233, párr. 141.

(18) “Derecho Procesal Penal”, Del Puerto, 2000, p. 104.

podemos hacer futurología, ya que quizá sin esa prueba se obtiene un veredicto de culpabilidad (sin adentrarnos a discutir sobre las diferentes variables que puedan existir en dicha decisión del jurado) y el perjuicio que mencionamos resulta abstracto y no existe como tal. Pero no podemos perder de vista que “[e]s admisible el recurso extraordinario si (...) la decisión en recurso pone fin al pleito o causa un agravio de imposible o insuficiente reparación ulterior ya que el recurrente perdería la posibilidad de reiterar eficazmente su reclamo en las instancias ordinarias...” (19) que no es ni más ni menos que lo que ocurre en este caso.

Ahora bien, es sabido que el proceso se encuentra conformado por un conjunto de actos destinados a un fin: hacer efectivo el carácter sancionatorio del Derecho Penal.

Si bien el derecho sustantivo regula las distintas actividades humanas que impactan en bienes jurídicos y que podrían considerarse delictuales, el Derecho Procesal, a través de sus normas, determina las condiciones en que aquel debe aplicarse.

La doctrina entiende que la nulidad “consiste en privar de eficacia a un acto procesal como consecuencia de hallarse impedido de producir los efectos previstos por la ley, al alojar en alguno de sus elementos un vicio que lo desnaturaliza...” (20).

Para que proceda su declaración es menester la existencia de un vicio y que este provoque un perjuicio efectivo.

Este perjuicio, puede darse de dos maneras: “1) Que el acto procesal irregular lesione una regla constitucional consagrada a favor de la persona sometida a proceso (garantía como límite al poder punitivo estatal; 2) Que tal acto procesal cause a la persona sometida a proceso penal una situación jurídica lesiva, comparando con

la situación jurídica existente antes del acto procesal en cuestión (perjuicio)” (21).

Y ello no es ocioso, toda vez que es doctrina inveterada de la Corte Suprema de la Nación que debe demostrarse el perjuicio para solicitar la nulidad.

Sobre todo en la actualidad cuando la petición de una declaración de nulidad resulta una prédica en el desierto.

Por ello debe acreditarse un agravio cierto, concreto y flagrante de arbitrariedad que acarree la nulidad del auto atacado.

El Máximo Tribunal ha expresado que no debe olvidarse que la idea de justicia impone que el derecho de la sociedad a defenderse contra el delito sea conjugado con el del individuo sometido a proceso, de modo que ninguno de ellos sea sacrificado en aras del otro y, tan delicado equilibrio se malogra cuando la facultad de anular actos procesales excede la finalidad que esta protege, lo que se manifiesta evidente en aquellos casos en que su ejercicio resulta innecesario para preservar la garantía de defensa en juicio, lo que puede tornar estéril, en la práctica, la persecución penal de los delitos (22).

“Las nulidades por vicios formales exigen, como presupuesto esencial, que el acto impugnado tenga trascendencia sobre la garantía de la defensa en juicio o se traduzca en la restricción a algún otro derecho porque, de otro modo, se estaría respondiendo a un formalismo vacío, en desmedro de la idea de justicia y de la pronta solución de las causas, en lo que también está interesado el orden público...” (23).

En dos casos en donde el Tribunal de Casación de la provincia de Buenos Aires decretó la nulidad del juicio, esto sucedió por supuestos defectos en las etapas que eran competencia pura del juez profesional.

(19) CS, Fallos 324:3645.

(20) D'ALBORA, Francisco J., "Código Procesal Penal, Anotado. Comentado. Concordado", 8ª ed. corregida, ampliada y actualizada por Nicolás F. D'Albora, Abeledo Perrot, 2009, p. 245.

(21) PESSOA, Nelson, "La nulidad en el proceso penal", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2013, p. 124.

(22) CS, Fallos 311:652; 323:929; 325:524; 334:1002; 339:480.

(23) CS, Fallos 339:480.

En el primero de ellos se dictó veredicto condenatorio y se decretó la nulidad dio por un error en las instrucciones al jurado y la mala defensa que tuvieron los imputados, delineando el rol del juez profesional en cuanto a la inclusión del delito menor incluido (en este caso se los condenó por homicidio doloso y no se instruyó al jurado sobre la posibilidad de contemplar al homicidio culposo)

Se dijo en este fallo que “[f]inalmente, del coitejo de todo el material disponible no hay constancias que documenten una posición de las defensas instando a una instrucción por un delito menor incluido. A riesgo de ser reiterativo quiero insistir en la importancia del litigio de partes en la elaboración de las instrucciones y la necesidad de su registro, en tanto se trata del eje fundamental para una revisión convencional de los veredictos de culpabilidad del jurado (...) El caso se ciñe entonces a la materia adelantada en el acápite primero de esta decisión, en cuanto allí se bosqueja la problemática de los delitos menores incluidos y exige contestar un primer cuestionamiento acerca de si, en ausencia de petición expresa de las partes respecto de una instrucción sobre la inclusión de un delito menor, existe obligación del juez de formularla en caso de que se den determinados presupuestos...” (24).

En la conocida causa del “Camping de Miramar” en donde se dictó la absolución de los imputados, la Sala III del T. C.B.A (25) decretó la nulidad del juicio y reenvió a fin de que se haga otro por la falta de participación en el debate de la Asesora de Incapaces en la declaración de la menor denunciante.

Esto desató una airada protesta de la Asociación Argentina de Juicio por Jurados y del INECIP en donde se dijo, entre otras cosas que “[e]s un fallo inconstitucional, arbitrario y nulo de nulidad absoluta. Pero, además, atrasa 170 años y se inscribe en la peor tradición del siste-

ma mixto inquisitorial, del cual el jurado popular es su máximo enemigo...” (26).

Más allá de estar de acuerdo o no, lo cierto es que el Tribunal se arrogó el poder de decretar una nulidad de un veredicto condenatorio en un caso y de uno absolutorio en el otro.

Por ello, entiendo que más allá de la solución propuesta en el punto siguiente, la nulidad y su recurso de apelación por gravamen irreparable al momento de cuestionar la admisibilidad de la prueba es mucho menos grave y dañino que el decretar la nulidad de una sentencia absolutoria.

Es por ello que podría solicitarse la nulidad de la resolución por resultar carente de motivación y violentar de forma clara y concreta el derecho de la parte de ofrecer prueba útil y pertinente para su teoría del caso.

VIII. Colofón

Después de transitar el problema planteado y de haberlo discutido con diversos colegas, sobre todo con quien posee vasta experiencia en el tópico de jurados como es el Dr. Sergio Antín (27), podemos ver que la ley de la provincia de Buenos Aires resulta contradictoria y posee un vacío legal que entiendo que debe ser modificado ante la casuística propia de la dinámica procesal.

La nulidad de un juicio resulta demasiado cargosa para las partes (sobre todo para el imputado) al reeditar el juicio y poner nuevamente en riesgo su libertad.

No obstante ello, también sigue saturando las espaldas del cansado sistema judicial bonaerense y realiza un “rebote” no deseado al volver a traspasar el poder que el constituyente originario y el legislador provincial le dio al pueblo, a los tres jueces profesionales que podrían dictar la nulidad de un veredicto de un jurado popular.

(24) T. C.B.A., Sala I, Causa N° 97120 "Alvarez, Lucas Eduardo y Telechea, Ayelen Daiana s/ recursos de casación", 29/10/2020.

(25) Causa N° 113.577, "Jaime, Tomás Agustín, Pitman, Lucas Leonel y Villalba, Juan Cruz s/ recurso de queja de particular damnificado, 23/12/2021.

(26) <https://inecip.org/noticias/un-fallo-arbitrario-anula-el-veredicto-del-jurado-en-el-caso-del-camping-el-durazno/>.

(27) Fiscal de U.E.I.J. N° 15 especializada en Juicio por Jurados de Homicidios del Depto. Judicial de La Matanza.

La propuesta que se propicia aquí no es novedosa, sino que fue recogida por la provincia de Chaco que en su Ley de Juicio Penal por Jurados (28) que indica en su "art. 28: Revisión de las decisiones sobre la admisibilidad de la prueba. La decisión del juez que admite o que rechaza un medio de prueba en la audiencia preliminar al juicio por jurados podrá ser protestada o pedir ser revisada por la parte agraviada en una audiencia pública inmediata posterior ante otros dos jueces penales de la organización judicial, según corresponda conforme las disposiciones del Cód. Proc. Penal y de esta ley de juicio por jurados..."

Es importante la aclaración ya que dicha provincia también tiene Juicio por jurados en materia civil.

Ciertamente, pareciera en principio que es totalmente razonable la posición de legislador en cuanto a la imposibilidad de la acusación de recurrir. Pero lo concreto es que corremos el peligro que al echar mano a las nulidades en casos en donde el Estado pueda tener responsabilidad internacional, como podría ser en casos de lesa humanidad o de violencia institucional no se debe dejar al libre criterio de los jueces la posibilidad o no de decretar la nulidad de un juicio. Los factores sociales y mediáticos que puedan ejercer presión sobre los magistrados profesionales que ven peligrar su poltrona ante el bramido de "justicia" de la sociedad ante ciertos delitos o crímenes donde pareciera valer todo a fin de obtener una condena reafirman esta posición.

Cuando cursaba la *maestría en Magistratura* de la Escuela Superior de Justicia en el año 2013, al momento de hablarse del rol del juez en el juicio por jurados, mi pregunta de forma automática fue sobre la caída del axioma sobre la función del Juzgador de definir una sentencia.

De forma reactiva uno cree que esa es la única función del magistrado y por ello, al traspasar el poder de tomar la decisión en cuanto a la posibilidad de condenar o absolver imputados a un Jurado Popular, el juez como lo conocíamos perdía su razón de ser.

(28) Ley 7661, 02/09/2015.

Y con gran acierto, el profesor (Dr. Luis Niño) me dijo que no debíamos quedarnos con la dura definición de lo que venimos creyendo a través de los años y debe tenerse al Juzgador como lo que realmente es, en resumen, el tercero imparcial que define controversias entre las partes. Y la definición sobre la incorporación de pruebas al debate no es ni más ni menos que eso, como así también el poder de dirigir el debate, hacer lugar o no a las objeciones, la decisión sobre la incorporación de prueba nueva, etc. (29).

Creo firmemente que debemos acercarnos a una modificación legislativa que lo equipare al sistema chaqueño a fin de evitar esta resolución ya que "[l]a declaración de nulidad es un remedio excepcional, último al que debe recurrirse cuando no queda otro medio para subsanarla. Por ello es de interpretación estricta. En caso de duda sobre la existencia del defecto procesal, cabe desestimar la nulidad. A la nulidad debe anteponerse la subsanación de defectos..." (30).

Resulta gravísima la declaración de la nulidad de un veredicto (sobre todo absolutorio) de un jurado por parte de magistrados profesionales ya que como referí anteriormente tres jueces (según mi sólida creencia de lo que ya escribí sobre el asunto) (31) no pueden pasar por sobre la Constitución Nacional y el Jurado Popular.

Pero la realidad muchas veces nos abruma y ante el avance de los derechos de las víctimas en el proceso, las presiones mediáticas y los fallos de la Corte Interamericana en materia de Derechos Humanos es menester definir que la nulidad de un veredicto de un jurado sea por absolutas falencias en cuanto a la capacidad de estos de acuerdo a la manda del art. 338 *bis* o haber violentado alguno de los presupuestos del art. 342 *bis* o 371 *quater*.

Urge una reforma legislativa para no privar a las partes de poder ejercer sus derechos con plenitud, ya que el doble conforme debe ser efectivo en algún estado del proceso. Es por ello, que

(29) En este sentido del poder del Juez, ver "El Juicio a los 7 de Chicago".

(30) 15 de febrero de 2006. Id SAIJ: SUZ0120415.

(31) Ed. La Ley, Revista de Derecho Penal y Criminología, año XII, nro. 7, agosto 2022, p. 84.

entendiendo que el más adecuado es al momento del resolutorio de prueba, ya que la decisión de pertinencia es un arma muy poderosa en cuanto a la posibilidad de convencer al jurado de nuestra postura.

Por ello también debemos poner seriamente en discusión que magistrado es el que debe hacer lugar a las propuestas de las partes.

En el sistema de la CABA el juez garante que tomó las decisiones en la Investigación Preparatoria es aquel que definirá el ofrecimiento probatorio para el debate y el juez de juicio no recibirá el expediente completo, sino solo las piezas procesales que admitió el anterior magistrado.

En el sistema provincial es el mismo que dirigirá el debate quien toma la decisión.

Para finalizar, las deficiencias estructurales del sistema judicial no deben recaer en cabeza de las partes y por ello no se puede usar de excusas por cuestiones de presupuesto, subrogancias, vacantes, etc. **(32)**.

(32) Ya podemos ver la violación al principio de igualdad ante la Ley con el CPPF que se implementa solo en Salta y Jujuy.

Entonces, el juez que llevó adelante la investigación o tomó decisiones sobre, vgr., prisión preventiva y ya se encuentra “contaminado” por la investigación, no puede tomar decisiones sobre la prueba.

Mucho menos el juez que va a dirigir el Juicio por Jurados ya que sus decisiones en este, estarán comprometidas por lo que haya escuchado a las partes y las disposiciones que haya tomado en cuanto a la sustanciación del debate.

La solución propuesta es que la incorporación de elementos al debate debe ser realizada por un juez que no haya tenido incidencia en la IPP ni que dirija el debate a fin de garantizar su absoluta imparcialidad y se exponga de forma clara la destreza de las partes en la litigación de la audiencia probatoria.

Luego de la decisión tomada, esta debe poder ser revisada por la Cámara de Apelaciones escuchando la grabación de la audiencia de litigación de la prueba a fin de no afectar el debido proceso de ninguna de las partes, y muchísimo menos que se llegue al absurdo de nulificar (por parte de jueces profesionales) un veredicto dictado por un Jurado Popular.

10 años de la Ley de Juicio por Jurados. Evolución jurisprudencial y desafíos

Fernando E. Sicilia^(*)

Sumario: I. Introducción.— II. Elección del imputado. Etapa de juicio.— III. Audiencia de selección de jurados.— IV. Instrucciones finales.— V. Conclusión. Modificación de la ley.

I. Introducción

Se cumplen 10 años desde la sanción de la ley 14.543 en la provincia de Buenos Aires y, como toda novedad, se han realizado cambios e interpretaciones sobre el texto que dio origen en el ámbito provincial al juzgamiento ciudadano a sus pares tal cual fuera previsto en la Constitución Nacional. Es decir, el legislador provincial ha dado cumplimiento a un mandato del convencional constituyente luego de 160 años. Es mucho, claro. Pero también ha sido un gran avance si lo comparamos con el Poder Judicial de la Nación, en donde ni siquiera se vislumbra esta práctica en un tiempo mediato.

Entiendo que la importancia que reviste dicha ley desde sus comienzos hasta la actualidad es que se da en la provincia de mayor conflictividad penal en todo el territorio nacional.

Y ello no es un dato menor, ya que en cierta forma le quita una cuota de poder al juez técnico para llevarlo al terreno de la ciudadanía, que es quien vive en primera persona esta realidad.

Muchas cosas han sido presentadas como revolucionarias y se puede observar que, más allá

de que el juzgamiento con esta modalidad ha dado grandes resultados y un mejor servicio de justicia, también podemos estar al tanto de la deficiencia de recursos, y la gran diferencia existente entre las buenas intenciones del “deber ser” y la realidad con la que tropezamos todos los días en el “ser”.

También se puede visualizar una gran disparidad de armas entre los organismos judiciales oficiales (sea fiscalía o defensa) con el rol y los medios de los abogados particulares.

Puede observarse esta cuestión que excede el marco legislativo pero que en la práctica nos lleva a poder palpar que la igualdad de armas no puede llevarse a cabo ante las imprevisiones de la ley y la voluntad de los jueces.

Adentrándome en la intención de este artículo, a modo de ejemplo, podemos observar el interrogatorio previo a los testigos, antes de la presentación de la prueba para que esta sea de máxima calidad para la resolución final que tomará el jurado.

Los trabajos del Dr. Andrés Harfuch son brillantes, de consulta permanente y, por ello, entiendo pertinente mencionarlos.

Obviamente se resuelve a medida que surgen los interrogantes y lo que tratará de abordar este trabajo es lo que se puede intentar mejorar en un sistema en el cual puede observarse que la preparación, el conocimiento y el despliegue

(*) Abogado Universidad de Buenos Aires. Especialista en Derecho Penal y Procesal Penal. Diplomado en Derecho Penal Económico de Universidad Austral. Titular de cátedra de Práctica Profesional Penal en la UMSA. Subdirector del Instituto de Derecho Penal del Colegio de Abogados de Moreno - General Rodríguez. Certificado en la California Western School of Law en "Academia de Destrezas en Litigación" en 2019.

de las técnicas de litigación son fundamentales para realizar un debate en esta forma.

Ciertas cuestiones ya han sido superadas. La resistencia inicial de ciertos operadores judiciales a realizar estos debates, sea sin respetar el art. 22 *bis* del Cód. Proc. Penal de Buenos Aires y pretender, al momento de la audiencia prevista en el art. 338 del mismo cuerpo legal, inducir al imputado a la renuncia de su derecho, como así también la oferta de juicios abreviados en un sistema que tiene retraso endémico en materia de fechas para debates.

Pero en lo que me interesa hacer hincapié en este trabajo es en tres ejes que no son tan abordados en los tradicionales cursos de litigación. En estos se centra la atención en la teoría del caso, alegato de apertura, examen directo, contraexamen y alegatos de clausura. Se trabaja mucho sobre la historia que se va a contar para convencer al jurado. La desaparición de la “búsqueda de la verdad” en los sistemas acusatorios da lugar a la litigación adversarial, la cual se centra en las peticiones de las partes. Esta búsqueda de la verdad ha modificado su contenido y la forma en la que se construye. Por ello, el juez deja de ser el protagonista para que las acusaciones y defensas ejerzan sus estrategias para llevar adelante su cometido. Lamentablemente, en casi todos los juicios técnicos, los jueces profesionales siguen haciendo preguntas (y en la mayoría de los casos, realizando el trabajo del acusador).

Retomando el punto neurálgico de estas líneas, me gustaría prestar atención a la audiencia de prueba, al *voir dire* y a las instrucciones finales.

No puede pasarse por alto que el avance jurisprudencial expuesto por el Tribunal de Casación de la provincia de Buenos Aires se centra sobre esto último para declarar nulos ciertos juicios por jurados, y en ello también deseo detenerme por que “se hace camino al andar”.

Resulta llamativo este pensamiento de la Casación, ya que las instrucciones también son litigadas por las partes y solo deberían abocarse en caso de protesta de alguna defensa. También, se ha introducido, a través de mecanismos com-

plementarios, la perspectiva de género para la valoración de prueba.

En definitiva, y en lo que hace a esta introducción, lo importante resulta que los jurados no arrastran la posibilidad de ser llevados a juicio político como sucede con los jueces profesionales y esta es una tranquilidad para el imputado.

No menos cierto es que también los jurados populares ven las noticias, tienen sus vivencias, prejuicios y sesgos. Por ello, en estos años, la legítima defensa y los casos de “gatillo fácil” son las estrellas de los debates por esta vía.

Sin perjuicio de lo expuesto, es menester señalar que ya no hay discusión en cuanto al alcance que conlleva esta modalidad de enjuiciamiento. Y por ello, desde los primeros cuestionamientos sufridos por este sistema juradista, el Máximo Tribunal provincial dijo desde los inicios que “[...] su trascendencia no se agota en la satisfacción que genera entre nosotros el cumplimiento de una vieja y sostenida manda constitucional, triplemente invocada en nuestra Carta Magna nacional y de expresa receptación también en la Carta fundamental de derechos de esta provincia de Buenos Aires, sino que importa, para el servicio de administración de justicia, la profundización de los principios rectores que hacen al sistema adversarial, reforzando la garantía de imparcialidad, incorporando, al mismo tiempo, la participación directa del pueblo en decisiones que hacen al desarrollo de nuestra vida institucional (...) Celebramos entonces que el juicio por jurados haya llegado a estas latitudes para transformarse en la puerta de ingreso a un siglo XXI, destinado a dejar definitivamente de lado los resabios inquisitivos que predominaran durante más de un siglo de nuestra historia reciente...” (1).

Dejo como interrogante ante estas palabras si las declaraciones de nulidad de ciertos debates por jurados no son los resabios inquisitivos de los que se pretende alejar nuestro sistema judicial. Porque en esos casos, el juez técnico le quita la soberanía al jurado.

(1) TCBA, Sala III, voto del Dr. Borinsky, causas 82.212 y 82.806, 06/03/2018.

Pero ciertamente, nuestro sistema constitucional ha sido puesto en marcha con los avances que en los países juradistas ha llevado un largo camino. Si bien, por ejemplo, en Estados Unidos se ha llevado adelante el juicio ciudadano desde sus comienzos, no podemos decir que este era para juzgar a sus “pares”, ya que hasta mediados del siglo pasado en aquel país las mujeres y los afrodescendientes no tenían participación en el jurado. En “Smith vs. Texas” (2) la Corte Federal de ese país llamó la atención a que, la casi nula participación de estos grupos cuando debían juzgar a sus pares, violaba la decimocuarta enmienda.

En el sistema bonaerense, solo la capacidad de votar es requisito para poder ser jurado. Existe la paridad de género y los candidatos son elegidos por sorteo mientras reúnan los requisitos del art. 338 *bis*.

El trazado de este sistema de juzgamiento ha sido demarcado por el cimero TCas. Penal BA en el Fallo “Ruppel” (3) siguiendo la línea del legislador en cuanto a los requisitos que debe tener un Jurado Popular para alcanzar el ideal del constituyente.

II. Elección del imputado. Etapa de juicio

II.1. Sobre la obligatoriedad del juicio por jurados. Renuncia de algún imputado en caso de múltiples acusados

En primer lugar, debo hacer un retroceso al momento de llevar adelante la elección del imputado de ser juzgado mediante jurados.

Lo cierto es que mi afirmación es una verdad de Perogrullo, ya que el juicio por jurados (“...en los delitos cuya pena máxima en abstracto exceda de quince [15] años de prisión o reclusión o, tratándose de un concurso de delitos, alguno de ellos supere dicho monto...”) es lo imperativo y la renuncia, la excepción.

Pero más allá de dicha estrategia procesal por parte de la defensa, lo cierto es que la redacción del art. 22 *bis* ha dado ciertos cuestionamientos

que, a la fecha, solo han sido resueltos por alguna sala del TCas. Penal BA (4).

Pero lo cierto es que una de las falencias de la ley radica en la particularidad que se da ante la renuncia de algún imputado al juicio por jurados cuando resultan varios acusados que deberán enfrentar el debate.

Es decir, aun si se entendiera que el derecho a ser juzgado mediante el sistema de juicio por jurados es un derecho renunciabile, esta elección por parte de uno(s) de ellos no puede afectar a aquellos que no han hecho renuncia alguna.

Si existe una relación de disponibilidad entre el objeto de tutela y el sujeto titular de ese derecho, no es disponible por parte del Estado. Es decir que, si se sigue esta línea de pensamiento y le asignáramos el carácter de derecho del imputado a ser juzgado por sus pares y, por lo tanto, se pone en cabeza del beneficiario la decisión de renunciar, es totalmente contradictorio privarlo de ese derecho en ciertas circunstancias que le son ajenas; pues desde esta óptica es una potestad individual de la que no se puede apropiarse el Estado. Y por ello, esa norma es inconstitucional y, de entenderse lo contrario, debería ejercerse una separación de juicios conforme art. 340 del cuerpo procesal provincial. Excediendo el marco de este trabajo, lo cierto es que podrían darse resoluciones contradictorias, pero no puede sacarse al ciudadano del ámbito de su juez natural, que es el de jurados.

Entonces, el juicio por jurados se presenta como un elemento más que conforma la garantía de defensa, al implicar el hecho de ser oído y juzgado por los pares, desconcentrando así el poder y la autoridad que emerge de los Tribunales colegiados.

Y por ello nos dice el imprescindible Andrés Harfuch que “...el juez natural no solo es el profesional, sino también lo son los jueces ciudadanos que constituyen el jurado popular y están triplemente designados en forma expresa por nuestra Constitución Nacional: Como garantía para el justiciable (...) como derecho y obliga-

(2) SCOTUS, 311 U.S. 128 (1940).

(3) TCBA, Sala I, Causa n° 81504, 11/07/2017, cita TR LALEY AR/JUR/50524/2017.

(4) TCBA, Sala IV, causa N° 84.284, “A., M. A.”, 01/02/2018 y causa N° 83.026, “D. V., B. A. s/ recurso de casación”, 22/06/2017, cita TR LALEY AR/JUR/37853/2017.

ción del pueblo a participar en la administración de justicia y como forma obligatoria de organización y gobierno del Poder Judicial federal y de las provincias..." (5) siendo que propicia la inconstitucionalidad de dicha normativa fundamentalmente ya que "...no se entiende como la opción de uno solo de los posibles coimputados por un juicio ante jueces profesionales puede obligar a los demás a tener que ser juzgados de esa manera, aun cuando su voluntad expresa sea la de ser juzgado por el jurado popular que le garantiza la Constitución Nacional..." (6).

Luego, el Dr. Kohan sostiene la inconstitucionalidad de este artículo de forma sostenida explicando que "...[e]n resumidas cuentas, una vez que se ha hecho operativa la cláusula constitucional que dispone la implementación del enjuiciamiento penal por vía de jurados, en el sistema opcional que instrumenta el rito bonaerense, ningún ciudadano puede ser privado de ser juzgado por ese 'Juez más natural entre los naturales'..." (7) por lo que la lectura de los fallos citados pueden arrojar luz más allá de lo circunscripto por este escrito.

De hecho, como dije más arriba, la jurisprudencia es la que va marcando el camino en los huecos que ha dejado la ley y que, luego de 10 años, debería ser modificada a la vista de la experiencia de este formato novedoso para la provincia. En todo caso, esta circunstancia debería ser transformada por el legislador o, eventualmente, el Tribunal de Casación debería convocar a un plenario. Y esto lo digo porque, en el fallo que recién cité, las motivaciones para revocar el procedimiento de Tribunal Colegiado por renuncia de un imputado, presenta una interpretación diversa. De hecho, el Dr. Kohan vota por la inconstitucionalidad del artículo mencionado y el Dr. Mancini (con adhesión de la Dra. Budiño) entiende que no es necesario ingresar en ese estudio. El mencionado camarista realiza una interpretación hermenéutica y no constitucional. Expresa en dicho fallo que "...[e]n efecto, la renuncia de uno de los imputados al tribunal

con jurados, lo remite al tribunal en lo criminal. A él. Al resto no. Así lo dice la ley. Si la ley hubiera querido que, con varios imputados, la renuncia de uno condujera a todos los demás al tribunal en lo criminal, así lo hubiera dicho. No lo dijo..."

Con base a lo mencionado, este es el primer problema que se observa en la implementación de esta ley, y atento a la evolución y la cantidad de juicios por jurados que se han realizado a lo largo y a lo ancho del país, debe ser seguido por el legislador a fin de realizar las modificaciones pertinentes que surgen a partir de la práctica. Diez años es más que suficiente y el avance cuantitativo y cualitativo de los debates debe proyectarse a una reforma de la ley. Desde 2015 a 2022 se han realizado 534 juicios por jurados, siendo más que suficiente para poder enfocarse en las modificaciones pertinentes (8).

II.2. Audiencia preliminar

La importancia de esta audiencia prevista en el art. 338 del rito, que ha sido modificada por la ley 14.543, radica en que allí se va a poder depurar la prueba que va a resultar útil y pertinente para llevar adelante el debate. Otra de las cuestiones a resaltar es la obligatoriedad de esta audiencia que en los juicios colegiados, muchas veces, no se realizan con la excusa de que es un juicio "técnico". El ropaje de técnico solo pretende dejar al arbitrio de tres magistrados (o uno) la resolución del caso y no se litiga realmente lo que se va a discutir en el juicio.

No voy a adentrarme en que también se pueden plantear nulidad, exclusiones probatorias, etc.

Lamentablemente, muchas veces no se le presta atención a este tramo determinante del proceso en el cual la parte agraviada no puede alegar su propia torpeza. En un caso que se cuestionaba que no se realizó una pericia para enfrentar una acusación por abuso sexual, resultó claro el voto del Dr. Carral en cuanto indica que "...[l]a incidencia que se planteó en el juicio relativa a la pericia de ADN puede reconstruirse sin dificultad a partir de lo informado por las

(5) HARFUCH, A., "El Juicio por Jurados en la Provincia de Buenos Aires", Ed. Ad Hoc, 2013, p. 32.

(6) *Ibidem*, p. 137.

(7) TCBA, Sala V, causa N° 118790, "V. o V. A.", cita TR LALEY AR/JUR/126956/2023, 14/07/2023.

(8) www.scba.gov.ar/juiciosporjurados/archivos/Ley%2014543%20Juicios%20por%20Jurados.pdf.

partes y las constancias del acta de debate. Conforme lo explicó la particular damnificada en su presentación, no medió arbitrariedad alguna por parte del magistrado que dirigió el debate al resolver sobre la admisión y rechazo de la prueba, pues esa evidencia no fue ofrecida por la defensa en la audiencia preliminar y ese dato no viene controvertido..." (9).

Por ello, el refuerzo de parte de los intervinientes en el debate de esta audiencia es fundamental para poder realizar un buen juicio, con información de calidad.

Debe hacerse hincapié en que se tienen que realizar las audiencias que sean necesarias para lograr el objetivo de generar la mayor concentración y celeridad en el debate.

No podemos olvidar que los jurados son personas que muchas veces no quieren estar ahí (aunque luego se entusiasman), que tienen familias, trabajos (muchas veces no registrado) en los que pierden el plus de presentismo. Lo cierto es que hacerlos escuchar lo buen vecino que es un imputado no resulta relevante, aburre, cansa y puede tener efectos perjudiciales en la concentración necesaria al momento de interrogar a un testigo importante para nuestro caso.

Ya me he expedido en un artículo sobre ciertas falencias legislativas en el marco de esta audiencia para quienes ejercen la acusación y el valladar que no pueda sortearse ante la negativa del juez técnico (10).

Entonces, para resumir, la contienda sobre la prueba que va a ventilarse en el debate tiene que ver directamente con la teoría del caso de las partes. Podemos observar que luego de diez años de la promulgación de la ley y ocho años desde la realización del primer debate oral en el ámbito provincial, aun hoy se sigue leyendo la requisitoria de elevación a juicio como teoría del caso de las fiscalías. Entiendo que ello es un error, ya que no se condice con el concepto de

teoría del caso que debe manejarse en este tipo de debates.

Uno de los grandes avances en el juicio por jurados es la desaparición de la incorporación por lectura de documentos poniéndole un coto al expediente inquisitorial escrito.

Pues bien, la preparación del litigante para esta primera etapa procesal del juicio por jurados resulta de vital importancia atento que "...[l]a audiencia como plataforma de resolución de conflictos, además, obliga a las partes al litigio, es decir, a tener en claro cuáles son los contrapuntos, a reconocer qué extremos tácticos están o no en juego y en función de ello a determinar que evidencia debe ser la que acompañe su petición, y cuál es el argumento necesario para brindar al juez un relato convincente de aquello que se reclama o que se intenta rechazar..." (11).

Pero en estos años se desnuda con mayor frecuencia la limitación funcional del Poder Judicial de la provincia de Buenos Aires. El papel nos da una sensación de avance fundamental en materia de avance del servicio de justicia. Pero la práctica nos devuelve a la realidad cuando no hay jueces, existen faltantes de salas de audiencias, de micrófonos, de equipos de grabación, y que la probable fecha de debate llega en algunos departamentos judiciales a los tres años de ingresadas las actuaciones en el Tribunal.

Retomando el valor de esta audiencia, podemos definir en forma muy resumida a la teoría del caso en tres momentos trascendentales: hechos, prueba y derecho. Se pretende lograr la oralidad, inmediatez, continuidad, concentración y celeridad del proceso en esta audiencia multipropósito.

El primer concepto que vamos a exponer y litigar en la audiencia preliminar es la teoría del caso que pretendemos contar al momento de llevarse adelante el juicio. Es determinante el valor de descomponerla en proposiciones fácticas para poder definir cuáles son los hechos no controvertidos y, a partir de allí, descartar la evidencia que resulta superflua, ya que no se va a

(9) TCBA, Sala I, causa N° 118.476, 09/02/2023.

(10) SICILIA, F., "El rechazo de prueba por parte del juez técnico en juicio por jurados dentro de la Provincia de Buenos Aires. Singularidades en la acusación pública o privada", RDPyC, 2023, p. 53, cita: TR LALEY AR/DOC/156/2023.

(11) AILLAUD, A., "Audiencias preliminares al Juicio Oral", Ed. Didot, p. 25.

valorar por los jurados, atento que no existe discusión sobre esa afirmación.

Una vez puesta en conocimiento del juez, debemos pasar al segundo escalón de la teoría del caso, que es la prueba con la que se van a sostener esas proposiciones fácticas. Recordemos muy brevemente que la evidencia se transforma en prueba cuando es aceptada por el juez y ello obliga a que sea valorada.

Aquí radica la importancia fundamental que reviste esta audiencia, ya que debemos convencer a un juez técnico de que esa prueba es útil y pertinente para la teoría del caso.

Con la Ley de Juicio por Jurados, se pudo (casi) poner fin a esa amañada costumbre de reproducir en su totalidad el expediente papel en el cual se cita a todos los testigos “por las dudas”, se pretenden introducir por lectura actas en la que participaron esos testigos que se convocan como así también prueba documental o pericial.

Con la implantación del juicio por jurados, tenemos que seleccionar quirúrgicamente a nuestros testigos, previa entrevista, a fin de realizarles el examen directo con las particularidades que reviste este interrogatorio y, de distinta forma, descartaremos a aquellos que pueden dañar nuestro caso y que deberán, eventualmente, ser sometidos a contrainterrogatorio.

Los/as peritos pueden desistirse, ya que se puede realizar una convención probatoria sobre lo que el especialista debe deponer o lo que un documento pretende dar fe.

Bien es sabido que al no poder incorporarse por lectura ninguna evidencia, se deberá citar a quien la produjo a fin de ser incorporado como prueba y ser valorada por el jurado.

Esto puede descartarse mediante un acuerdo probatorio. Por ello, es muy importante que las partes conozcan el caso, tengan clara su teoría del caso, qué es lo que quieren demostrar y de qué pruebas habrán de valerse para que se imponga su relato. Y no menos importante es que el juez técnico y los acusadores tengan las herramientas de litigación para poder comprender que la mera lectura de la requisitoria de eleva-

ción a juicio no abastece la pretensión que habrán de acreditar.

Menudo problema surge cuando los defensores particulares deben entrevistar a los testigos de la acusación. En la *praxis* observamos que los fiscales y defensores oficiales envían telegramas a la policía para que los notifiquen y comparezcan a los estrados donde están asentados.

¿Algún abogado particular pudo lograr que testigos de cargo o contrarios a sus intereses concurran a su estudio jurídico ante el llamado telefónico? Me arriesgo a sostener que el 99% no tuvo suerte en sus intentos.

Por ello, lo que observamos constantemente es la diferencia sustancial entre lo escrito y la realidad que se vive en los Tribunales.

Lo que la experiencia me demostró es que en la primera audiencia de prueba debemos solicitar auxilio judicial y que sean convocados dentro de los estrados para poder entrevistarlos en forma privada, a pesar de la resistencia que puedan oponer. Lo cierto es que ello redundará en una mayor calidad de la prueba y una reducción de la duración del debate.

Dicho esto, una de las notables mejoras que ha dado el sistema de jurados es la obligatoriedad de estas audiencias preliminares. Queda mucho por mejorar, es responsabilidad de los litigantes prepararse para llevar adelante el caso de forma responsable y sabiendo que el juez no suplirá su trabajo como suele ocurrir en juicios profesionales.

III. Audiencia de selección de jurados

III.1. Cuestión precedente y cantidad de potenciales jurados

Esta audiencia, también conocida como de *voir dire*, es aquella que resulta crucial para poder consagrar el derecho a la imparcialidad del juzgador. Esta selección está prevista en el art. 338 *quater* del rito provincial y no nos da mayores respuestas que las recusaciones con causa y sin causa. Es por ello que esta selección “...resulta ser de vital importancia en el proceso, puesto

que, entre otras cuestiones, en ella se busca el mejor jurado posible que no es otro que uno total y absolutamente imparcial...” (12).

En lo que pretendo adentrarme es en la práctica forense que nos lleva a realizar dicha selección, que presenta una potencia grandilocuente en la batalla para conformar un jurado libre de prejuicios y sesgos, intentando que sea lo más afín posible a nuestra teoría del caso.

Como dije más arriba, la composición del jurado está estrechamente vinculada al rol imparcial que se pretende en la sala de audiencias a fin de llevar a cabo el juzgamiento del imputado.

Con base en ello, y ahondando en lo específico, “[p]ara que un acusado pueda gozar efectivamente de la protección del juicio por jurados que simbolizan el juicio de los pares y del jurado de vecindad de la Constitución, es necesario que el proceso de selección del jurado asegure por ley dos requisitos importantísimos: 1) una representación justa y equitativa de la comunidad del lugar del hecho (*Fair cross-section of the community*), y 2) que nadie sea excluido de participar como jurado de discriminaciones por sexo, color, raza, edad, religión, etc. Este requisito se extiende a la confección previa de los padrones y al momento del *voir dire* (recusaciones con o sin causa...)” (13).

Lo que no puedo pasar por alto es que el ideal de integración y sorteo muchas veces choca con la realidad que surge de la total falta de actualización de los padrones: los ciudadanos que no realizan los cambios de domicilio; como así también la falta de notificación por errónea identificación o por otros motivos en los barrios de emergencia, hacen que esta sea otra realidad por la cual sea complicado llevar a cabo una selección “justa”. Entiendo que no se llega a este ideal si una persona que va a ser juzgada reside en un barrio de emergencia y no puede serlo por aquellos que también residen en el mismo ámbito y no son notificados. Allí es donde debe refinarse la selección ya que debemos realmente correr los sesgos de aquellos que quizá pertenecen a otra clase social y tiene diversos reparos en

forma de vestirse, vocabulario, etc. Claramente el sorteo es el medio más idóneo para realizar una selección de jurados. Pero no debemos olvidarnos de que estamos en un país donde (haciendo un paralelismo) faltan autoridades de mesa en las elecciones porque no han sido debidamente notificados. Entiendo que esta es una de las “tolerancias” del sistema a esta falla, confiando en que de alguna manera se va a llegar al número requerido por el Código. Pero habría que discutir si la integración del jurado es de la forma más justa. Coincido con el Dr. Harfuch en que *la elección* por el padrón es la herramienta más formidable, porque allí se encuentran todos los ciudadanos. La falencia estiba en que muchos de ellos no pueden ser anoticiados de su selección. El lugar donde se emite el sufragio es consultado desde un teléfono celular y funciona a la inversa. Todos sabemos que tenemos que votar. Nadie sabe que fue seleccionado como jurado.

Solidificando la idea, no debemos olvidar las ausencias en la presentación del día de selección de jurados, lo que dificulta el trabajo de selección por cuestiones de recusaciones con causa y paridad de género. Lo cierto, es que la práctica hace que se deba pedir al Tribunal que se citen a sesenta jurados y no a cuarenta y ocho, que es lo que marca la ley.

En un fallo se ha hecho mención de esta circunstancia y fue uno de los motivos de agravio de la defensa, ya que no se podía utilizar el mecanismo de la recusación por ausencia de jurados. Allí se consignó que “[c]onforme emerge del acta donde se documentó la audiencia del art. 338 *quater* que comenzó el 23 de noviembre del año 2021, al inicio del acto, el Sr. Defensor General planteó a la Sra. Jueza interviniente que no se debería comenzar con la audiencia por no contar con el número de candidatas previstos en la ley. De ese modo, efectivamente se dejó constancia de que no habían comparecido varios candidatos a jurado sorteados (pese a estar debidamente notificados), pese a lo cual se dio inicio a la sesión de selección del art. 338 *quater* del Cód. Proc. Penal de Buenos Aires” (14).

(12) TCBA, Sala III, causa N° 105541, "A., R. A.", 29/10/2021.

(13) HARFUCH, A., ob. cit., p. 142.

(14) TCBA, Sala II, causa 115.801, "C., N. R. s/ recurso de casación", 24/10/2022.

Esta circunstancia es la más próxima a la temática que se pretende trabajar en estas líneas y es el choque frontal entre lo ideal y lo real. La posibilidad de hacer un juicio rápido, que colisiona contra la realidad de los Tribunales y la complejidad que conlleva realizar el juicio por jurados.

Estas situaciones atentan contra el derecho de defensa, y en el fallo citado hasta la misma fiscalía se quejó por la quita de las recusaciones sin causa para la segunda audiencia de selección de jurados, aumentando la posibilidad del posible error y por ello la preocupación del MPF.

En el precitado fallo se realizaron determinaciones que a mi punto de vista resultan contrarias a los postulados que vengo sosteniendo en base al derecho constitucional de ser juzgado por un órgano imparcial. Se dijo con respecto a dicho cuestionamiento de ambas partes (en el caso solo cuestionado por la defensa al resultar condenado su pupilo) que "...la expresa manda contenida en el art. 338 inc. 7° correctamente aplicada por el *a quo*), resulta interesante destacar que la defensa supo desde el inicio de la primera jornada de selección —conforme emerge del acta respectiva— que no había concurrido la totalidad de los ciudadanos sorteados, con lo cual —frente a lo ordenado en la norma preseñalada— bien pudo reservarse el número de recusaciones sin causa que estimara conveniente según su estrategia defensiva..."

Para finalizar este punto, es de destacar que, prácticamente, por las fallas sistémicas mencionadas anteriormente, les cabe a las partes adivinar el perfil de los jurados que vendrán al día siguiente para "guardarse" recusaciones sin causa "por las dudas". No comulgo para nada con esa apreciación, ya que las supuestas vicisitudes que puedan aparecer no deben recaer en cabeza de las partes. Sobre todo, en la acusadora que no tiene posibilidad de recurso.

III.2. Realidad y circunstancias de la experiencia

Obviamente que esta problemática es mucho mayor en aquellos departamentos judiciales donde existe mayor conflictividad penal, generalmente las del conurbano bonaerense.

¿Es lógico que en el Departamento Judicial de San Martín haya solo una sala para llevar adelante un juicio por jurados, al igual que en los Departamentos de Azul o Dolores por ejemplo? La respuesta es negativa y, por ello, cada Tribunal debería contar con su propia sala de audiencias equipada para llevar adelante los juicios por jurados y que tanto imputados como denunciados obtengan una respuesta judicial rápida. O, de mínima, que las salas sean equivalentes en porcentajes con la cantidad de Tribunales Orales existentes.

Todavía nos encontramos ante buenas intenciones, pero también ante un sistema rudimentario en el que muchas veces, ni siquiera alcanzan los micrófonos, estos siguen siendo con cables que se traban, etc.

Una vez sorteadas estas cuestiones citadas precedentemente, el tribunal tomará juramento y preguntará por las excusaciones del art. 47 del rito. No voy a introducirme y reproducir lo que indica expresamente el art. 338 *bis*.

Dicho esto, la costumbre nos lleva a realizar preguntas genéricas en un formulario por el cual, de acuerdo *con* sus respuestas, serán sometidas a interrogatorio por las partes.

Y ello también puede ser llevado a cabo al momento de hacerlo en forma verbalizada en la audiencia.

En este sentido se ha expedido el Tribunal de Casación en cuanto indica que "...[e]s que hay que distinguir entre el juicio de admisibilidad de una pregunta genérica formulada por una de las partes hacia los potenciales jurados, de la entidad o suficiencia para comprobar la imparcialidad e independencia de *este*..."

La finalidad dentro de nuestra estrategia es intentar eliminar a aquellos que puedan ser contrarios a nuestra teoría del caso sea por los motivos que fuere. Lo cierto es que esto también requiere de una concentración plena del litigante ya que se debe escuchar atentamente cada respuesta y repreguntar sobre aquello que incluya algún sesgo o que pueda demostrar parcialidad a fin de ser recusados con causa.

Lo recomendable es que no estén presentes todos los potenciales jurados al momento de realizar los exámenes individuales y deben ser lo más particulares posibles, ya que para lo genérico se encuentra el formulario.

Es que con base en las preguntas que hagamos, intentaremos cerrar lo más posible dicho interrogatorio (incluso realizando preguntas sugestivas) para buscar la recusación con causa. En caso de ser defensa, podremos efectuar la reserva pertinente.

“..Y que, a todo evento, en el entendimiento de que, si la defensa —o mejor dicho cualquiera de los litigantes— pretende excluir una o más personas —hasta cuatro, claro está—, cuyos eventuales prejuicios pudieran estar en pugna con su teoría del caso, pero que no afecta su imparcialidad —como es el caso—, es que se encuentra prevista la recusación sin causa, el motivo traído no progresa (arts. 18 de la CN; 201, 203, 338 *quater* inc. 3° del Cód. Proc. Penal).”

En definitiva, en lo discursivo “buscamos un jurado imparcial”, pero lo cierto es que hacemos todo lo posible para descartar aquellos que no comulguen con nuestra historia y aferrarnos a aquellos que puedan tener empatía con nuestro caso. Por ello, debemos ser incisivos en las preguntas a fin de poder recoger la mayor sinceridad del jurado, o, eventualmente, que su sesgo sea puesto de manifiesto ante el juez/a técnico/a para no utilizar las recusaciones sin causa.

Por ello, más allá de lo dicho en cuanto al poder del magistrado en la audiencia de selección y, como veremos más adelante en las instrucciones, nuevamente debo coincidir en que este sistema garantiza la “[p]articipación de las partes en el litigio para la conformación del jurado: etapa conocida como ‘audiencia de selección de jurados’ o ‘*voir dire*’. Separación clara de las funciones del juez y del jurado: el primero, a cargo de preparar y conducir el juicio, interpretar la ley para instruir al jurado respecto del derecho aplicable y decidir la pena o medida de seguridad cuando corresponda; el segundo, a cargo de la deliberación y decisión del veredicto —tarea que consiste en valorar la prueba, determinar los hechos y aplicar la ley sumministra-

da en las instrucciones del juez (Harfuch, 2012, pp. 212-213)—” (15).

Una vez seleccionado el jurado, se dará comienzo a la audiencia. Allí se les darán las instrucciones iniciales en las que se les explicará que a lo que deben prestar atención es a lo que vean en el debate, que las alegaciones y objeciones de los abogados no son prueba y el estándar de duda razonable, impartiendo que no se debe tener impresiones personales sobre el estado de detención de la persona en caso que llegue de esa forma al debate, como así tampoco prejuizgamientos en base a estereotipos que se presenten socialmente (Dicho en forma muy resumida para estas reflexiones).

Luego de esto se dará inicio a la audiencia donde se ventilará la prueba y concluida esta, se realizará una nueva litigación donde se determinará el derecho aplicable al caso concreto que pretendemos demostrar.

IV. Instrucciones finales

Como bien es conocido, luego de los alegatos de clausura de las partes se pasará a litigar sobre las instrucciones finales que se darán al jurado para que decidan las figuras legales aplicables.

El art. 371 *bis* indica que “[u]na vez clausurado el debate, el juez invitará a los jurados a retirarse de la sala y celebrará una audiencia con los abogados de las partes a fin de que presenten sus propuestas para la elaboración de las instrucciones redactadas en un lenguaje claro y sencillo...”, pero que “[l]os abogados anticiparán antes del juicio sus propuestas de instrucciones, presentándolas por escrito, entregando copia al juez y los abogados de las demás partes. Estas incidencias constarán en acta o registros taquigráficos o de audio o video, bajo pena de nulidad...”

No es tarea sencilla, ya que seguramente el jurado, los litigantes y el juez profesional estén extenuados del desarrollo del juicio. Aquí también solo la *praxis* puede llevar a concluir lo

(15) HARFUCH, A. - PENNA, C., "El juicio por jurados en el continente de América", Sistemas Judiciales - Publicación anual de CEJA e INECIP, año 17, nro. 21, p. 116.

más conveniente. Si prevalece la continuidad del debate y mantenemos en la memoria de los ciudadanos que van a dar el veredicto la información recibida en el transcurso del día o si se brinda un receso hasta el otro. Entiendo que, como sostengo en reiteradas oportunidades y me remito a lo dicho más arriba, el juez técnico solo debe decidir sobre controversias entre las partes enfrentadas. Ese es su rol. Más allá de cuestiones alejadas del derecho o ilegales, lo cierto es que es llamado a resolver controversias y no a actuar de oficio. Estas circunstancias son de las partes y no del magistrado. Cada uno decide como litigar y la conveniencia o no de aplicar criterios. Allá donde no haya acuerdo, es donde el juez interviene.

Entonces, luego del primer valladar se procede a dar cumplimiento a la confección de las instrucciones finales.

Una cuestión que quiero poner de relieve, y que es contrario a mi opinión en cuanto a que las instrucciones son la consagración del derecho aplicable, es que el mencionado artículo dice que “[...]en ningún caso se requerirá del jurado valoraciones sobre la subsunción de los hechos en categorías jurídicas, explicándoseles que su decisión versará exclusivamente sobre las circunstancias de hecho objeto del debate...”

No entiendo esta redacción ya que, v. gr., las protagonistas en juicio por jurados son los de legítima defensa o cumplimiento de un deber en el caso de funcionarios policiales. Entonces, si las características para poder instruir sobre las circunstancias que pueden llevar al jurado para votar por alguna de estas se ven reflejadas en el art. 34 inc. 6° o 7° del Cód. Penal en el caso de la primera y en el inc. 4° en el segundo.

En todo caso, debería decirse que no se leerán los artículos de forma textual, pero claramente ese párrafo desdibuja el mismo concepto de teoría del caso y asimismo la potestad en el juicio de cesura del juez.

Parecería no coincidir conmigo el juez Carral, quien afirmó que “[...]establecido lo anterior, constato que la magistrada, interpretando en forma asistemática el art. 371 *bis* del Cód. Proc. Penal, se extralimitó en sus funciones al

pronunciarse sobre la calificación jurídica que correspondía aplicar a los hechos que se dieron por probados, pues esa tarea corresponde con exclusividad a los miembros del jurado (...) En efecto, los jurados tienen como función determinar los hechos del caso una vez practicada la prueba y, con base en esa determinación, aplicar a los hechos la ley que el juez (como juez del derecho) les explicó a través de las instrucciones...” (16).

Pero, en ese caso, como bien dije en el renglón anterior a la cita, no debe hacerse en cuanto a la literalidad del *nomen iuris* que se pretenda atribuir, pero sí deben explicarse las cuestiones que hacen que las pruebas del debate encajen en alguna de las opciones.

Además, no tendría sentido lo explicado por el mismo Tribunal de Casación Bonaerense cuando habla de la instrucción de “delito menor incluido” y que será explicado de seguido.

Abordando otra temática, este mismo art. 371 *bis* del Cód. Proc. Penal establece que las partes tienen la facultad de presentar sus propuestas de instrucciones para lo cual “[...]plantearán en ese momento sus objeciones recíprocas” y “dejarán constancia de sus disidencias u oposiciones, exponiendo claramente sus motivos para el caso de impugnación de la sentencia...”, por lo que cada palabra o enunciado reviste una característica fundamental para la decisión que tome el jurado en su veredicto.

La importancia central de esta etapa procesal radica en que se debe determinar si el jurado *debidamente instruido* ha llegado a un veredicto conforme a derecho. Y se exponen en letra cursiva estas palabras ya que ello determinará a que el Tribunal ciudadano pueda arribar a una conclusión razonable a pesar de no tener que motivar su decisión.

Es que aquí comienza el camino de la preparación de una posible etapa recursiva ya que las instrucciones no pueden alejarse de las teorías del caso propuestas, como así tampoco de la prueba ventilada en el debate que en cierta lógica aún le confiere al juez el poder de decretar la nulidad del debate si el aparta-

(16) *Ibidem*.

miento del jurado con respecto a la prueba resulte escandaloso (cfr. art. 375 *bis* 2° párr.). Es que “[...]la función primordial de una Corte de apelación —en nuestro caso del Tribunal de Casación— será, si se echara mano al test de Yebe, ir más allá de establecer si hay pruebas o no como para fundamentar una condena, y expedirse —teniendo en consideración la totalidad de las pruebas arrojadas— si el veredicto del jurado se asimila más a aquel que podría razonablemente haber rendido un jurado debidamente instruido y actuando conforme a derecho (Conf. Test del ‘jurado razonable’ o test de Yebe/Biniaris, *in re* ‘R. vs. Yebe’ (1987) 2 SCR 168, Suprema Corte de Justicia de Canadá). A esos efectos, el Tribunal de Casación no deberá sustituir su juicio por el del jurado, sino que, con los límites lógicos de la desventaja de transitar una instancia recursiva, deberá reexaminar, sopesar y considerar el efecto de la evidencia...” (17).

Por ello, resulta fundamental que las partes realicen instrucciones cortas, sencillas, con lenguaje claro y comprensible. Reitero, debe tenerse en cuenta el cansancio y también que existen muchísimas posibilidades de veredictos.

Un escollo difícil de superar es, por ejemplo, el del dolo eventual. La dificultad de la aplicación de esta figura en la que ni siquiera los jueces profesionales se ponen de acuerdo complica el poder hacer entender a un simple ciudadano un compendio de libros y doctrina en los que ni siquiera los abogados llegamos a tener un punto de coincidencia. Los supuestos de participación también pueden ser motivo de conflicto para explicar a un jurado a fin de que resuelva convencido de lo que hace y no por falta de comprensión. Por esto hago la aclaración. No porque los ciudadanos no entiendan las reglas legales y sean tratados como seres inferiores (como pretenden algunos magistrados que he leído por allí) sino porque para los que estamos todo el día en el ámbito del derecho penal se nos dificulta. Basta plantear un caso en un aula de estudiantes para que las opiniones estén enfrentadas. Por ello, debemos haber acreditado en el debate de forma bien clara nuestra teoría del caso para poder volcarla en el nivel de las instrucciones.

(17) Cit. en punto 5.

Puede verse reflejado en el párrafo que cito a continuación, donde se aclara que se utiliza lenguaje claro, sencillo, pero al fin “...se dejó constancia de las objeciones referentes a la definición de coautoría, pues la fiscalía considera que debe instruirse al jurado acerca de que el aporte puede ser material o no, y los defensores consideran que debería informarse que el aporte debe ser esencial y determinante...” (18). Por ello, el derecho no puede escapar a las instrucciones finales.

En mi caso, antes de encarar un debate de estas características me nutro de la opinión de todas las personas que no tienen nada que ver con el derecho y que me darán, no solo su opinión, sino que me ayudará a mejorar la forma en que presentaré el caso antes los jurados populares.

A riesgo de ser reiterativo, y para ir finalizando, es un punto neurálgico del juicio el momento de las instrucciones finales ya que en las mismas se entrecruzan garantías constitucionales, cuestiones procesales, derecho de fondo y acordadas de la SCBA.

Por ello, debemos ser meticulosos, organizados y dejar reserva de todo cuanto sea pertinente y no se haya escuchado por parte del Juez técnico al momento de realizar esta litigación oral de la prueba.

Me extendería demasiado si realizo algunas menciones a instrucciones y significado de *más allá de toda duda razonable*, pero me detendré muy brevemente en dos cuestiones en las que ha ido avanzando la jurisprudencia, pero no la legislación.

Es que “...el error en las instrucciones impartidas debe ser observado por esta revisión, cuando estos defectos constituyan un claro condicionamiento a la decisión del jurado y derive en un grave perjuicio para el imputado...” (19) y por ello esta etapa la considero tan importante

(18) TCBA, Sala III, causa nro. 82.212, “G., J. A. s/ recurso de casación” y acumulada nro. 82.806 (Registro de Sala número 22.727) caratulada: “G., G. B. s/recurso de casación”, 06/03/2018.

(19) Fallo cit. en punto 2.

para que el veredicto del jurado sea lo más puro posible.

A fin de concluir, voy a hacer una muy breve mención a situaciones no contempladas en la Ley de Juicio por Jurados y que los actores judiciales están abarcando para llenar esos vacíos legales y se podrá profundizar con el gran aporte de Cristian Penna (20).

IV.1. Delitos menores incluidos

Muy brevemente, en concordancia con lo que vengo exponiendo sobre la necesidad de volcar el derecho a los hechos que se pretendieron demostrar, uno de los fallos insignia de la Casación Provincial ha sido el cual se nulificó un veredicto de culpabilidad por no incluir el delito menor dentro de las instrucciones (21).

En resumidas cuentas, en este fallo se discutía la muerte de un bebé por movimientos bruscos o “síndrome del bebé sacudido” y la condena por homicidio agravado en el caso de la madre y homicidio simple en el caso de la pareja de A. D. T.

En este caso, el máximo Tribunal Penal de la provincia de Buenos Aires anuló el fallo toda vez que en las instrucciones al jurado no se incluyó un *veredicto alternativo o veredictos por delitos menores incluidos*.

Aquí también surge un interrogante que debemos poner sobre la mesa y es el yerro de las partes en cuanto a que no lo incluyeron. Si el juez es el mero dirimente de controversias suscitadas entre las partes, es un punto neurálgico que se produzca un embate contra las instrucciones de (en este caso la defensa) que no la ha litigado, pues son las que “...discuten intensamente las instrucciones legales con el juez antes que este las defina y las imparta al jurado...”

(20) <https://inecip.org/wp-content/uploads/2019/11/Las-instrucciones-del-juez-al-jurado-Penna.pdf>

(21) TCBA, Sala I, causa número 97120, "A. y T. s/ recurso de casación", 29/10/2020 y ratificado por la SCBA en causa P. 134.954, 31/03/2023, cita TR LALEY AR/JUR/51500/2023.

Entiendo que el derecho de defensa prevalece y el juez debería haberlas incluido ante el descuido de los letrados.

En el fallo citado se explica claramente la competencia del jurado y como mencionamos anteriormente, que sea debidamente instruido.

Es por ello que se explicó la posibilidad que tanto como el juez técnico, el jurado pueda tener estas hipótesis subsidiarias. Claramente, esta realidad va en contraposición con los cursos que tomamos en los que se nos explica que brindar alternativas a nuestra teoría del caso central debilita nuestra credibilidad.

Pero allí se dijo que “[e]sta situación, ya en punto a la competencia del jurado, ha sido bien graficada por Harfuch cuando señala “[a]sí como el juez no necesita pedido de parte para poder apartarse *in bonam partem* de la calificación legal principal propugnada por la acusación, lo mismo sucederá con el jurado popular” (Harfuch, Andrés, “El Veredicto del Jurado”, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2019, ps. 277-278). El citado autor concluye que, en casos donde los presupuestos del delito menor están mínimamente justificados por la prueba presentada en el debate, “[e]l juez deberá instruir de oficio al jurado sobre estas alternativas. Si no lo hace, según toda la jurisprudencia del *common law*; está violando la Constitución y la garantía del juicio por jurados y del debido proceso legal...” y concluye que “[...] desde este prisma de análisis, es sustancial que las instrucciones tengan la suficiencia para contemplar todas las hipótesis posibles, de modo tal que se preserve la decisión del jurado de un recorte inadecuado que termine condicionando en clave dirimente al veredicto. En este punto no debe pasarse por alto que los hechos son terreno sagrado del jurado...”

Por tanto, resulta de este fallo y de su ratificación por la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires que, en caso de que alguna de las partes no la proponga, será deber del juez técnico de instruir al jurado de estos delitos menores incluidos.

IV.2. Instrucciones con perspectiva de género

Otra de las menciones que se realizan en los juicios por jurados es la perspectiva de género

a fin de no hacer valoraciones negativas al momento de llegar a un veredicto por circunstancias que históricamente fueron en detrimento de la mujer.

Esto no significa que la instrucción sea que, prácticamente, debe condenarse al imputado solo porque la acusación es del género femenino, o en sentido inverso, declararla no culpable por esa razón.

Entiendo un avance significativo en cuanto a la intención del legislador relacionado con la paridad y la activa participación de la mujer en todas las actividades sociales, culturales y políticas para poder traspasar el llamado “techo de cristal”.

A fin de no extenderme sobre este punto, voy a mencionar dos párrafos que explican de mejor forma esta temática. Asimismo, la SCBA el 19 de mayo del corriente ha determinado reuniones regionales para juzgar con perspectivas de género y un manual en el que se invita a discutir y mejorar esta acordada.

Pues bien, retomando, reproduzco un pequeño párrafo de instrucciones para evitar sesgos: “[...] 2.- Valoración de la prueba sin estereotipos de género contra la mujer: Todas las personas realizamos valoraciones, tenemos sentimientos, creencias y estereotipos sobre los demás. La mayor parte del tiempo no nos damos cuenta de que los tenemos y de cómo influyen en nuestras decisiones. Los estereotipos de géneros son características, actitudes y roles atribuidos a las mujeres por el solo hecho de ser mujeres. En las relaciones personales entre varones y mujeres, los estereotipos de género negativos generan una relación desigual de poder a favor de los varones y provocan desventajas para las mujeres en el plano social, cultural, político y económico. Esos estereotipos dan lugar a numerosos prejuicios. Los prejuicios son creencias, opiniones y juicios sin motivo alguno sobre una persona. Esos prejuicios también pueden basarse en el género y causar desigualdad en contra de la mujer (22)”.

También en otro fallo se dijo que “[e]n lo que importa destacar, se explicó al Jurado como fun-

cionaban los prejuicios en el razonamiento, especialmente los asociados al rol de la mujer y se les advirtió a sus miembros que no constituían prueba y, por ello, no podían justificar la decisión final del juicio (p. 50, acta debate)...” (23).

Dicho esto, todos los actores del proceso debemos mejorar la práctica para que no se rompa el delicado equilibrio entre la perspectiva de género y el principio de inocencia, para que el jurado sea debidamente instruido sin que aparente que debe condenar porque sí, o declarar no culpable por cuestiones relativas a costumbres o estereotipos construidos sobre la mujer denunciante.

V. Conclusión. Modificación de la ley

Como resumen de todo lo expuesto, pareciera justificar que la jurisprudencia puede ir marcando un pensamiento en cuanto a las falencias de la ley, pero no menos cierto es que los jueces no pueden legislar ni tampoco se puede dejar al arbitrio de los magistrados lo que ellos interpretan sobre una norma a lo largo de los años, ya que, de lo contrario, debemos estar al azar de la sala que toque.

Como expusiera, desde el comienzo mismo de esta etapa se producen situaciones que deben ser aclaradas. Coincidió en que la renuncia de uno de los imputados a ser juzgado por jurados no puede quitarle el derecho a sus consortes de causa. También soy consciente de que ello puede aparejar situaciones contradictorias. En definitiva, deberán aplicarse eventualmente los resortes de los recursos de revisión y evitar que alguna posible condena (sea por jueces técnicos o juicios abreviados) sea llevado a conocimiento del tribunal ciudadano.

En otro norte, entiendo que debería existir una instancia de revisión sobre el posible rechazo de prueba que pueda ser útil y conducente para la teoría del caso. Puede ser a través de las Cámaras de Apelaciones o por los otros dos integrantes del Tribunal.

(22) TCBA, Sala IV, causa N° 120.281, "M. C., S. O. s/ recurso de casación", 23/02/2023.

(23) TCBA, Sala I, causa N° 120793, "B., J. M. s/ recurso de casación", 27/04/2023, cita TR LALEY AR/JUR/92785/2023.

También debería pulirse y explicarse los lineamientos básicos de las instrucciones mínimas que se deben dar al jurado como se ha trazado en estas líneas en base a lo resuelto por el Tribunal de Casación.

Esto permitiría reducir la amplitud de criterios del juez profesional contra las sentencias emanadas del jurado popular ya que atentan contra el mismo espíritu de este tipo de juicios.

Por un lado, se realza la importancia de la voluntad soberana del jurado, para luego nulificar veredictos por supuestos vicios en alguna de las etapas (principalmente en instrucciones). Y llamativamente, excepto en "A. T.", las nulidades se dan generalmente en caso de declaraciones de no culpabilidad.

Obviamente que esta labor judicial es importantísima para resolver sobre los casos concretos, pero ello debe determinar al legislador a

modificar la ley a fin de mejorar la administración de justicia y respetar el principio de legalidad.

Pasados 10 años de la instauración de la ley, siempre es sano que el legislador la actualice para mejorar al máximo los alcances y la intención.

Sabido es que la taxatividad corre detrás de la realidad. Pero cuando esos entornos son recurrentes y deben ser valoradas por los jueces técnicos es cuando el legislador debe intervenir y discutir en ese ámbito los criterios a seguir. Los planteos que aquí se efectuaron acreditan que la jurisprudencia ha avanzado en reiteradas oportunidades, lo que redundaba en un contrasentido del espíritu de la norma, que no es ni más ni menos que dotar a los ciudadanos del poder ser juzgado por sus pares en el caso de que lo estime conveniente.

se vuelve operativa ante supuestos donde no es posible concluir el proceso penal con una sentencia que declare la responsabilidad del acusado, por las razones descritas en la norma.

Se establece de este modo un proceso alternativo a partir del cual el comiso logra concretarse en aquellos casos en que, habiéndose iniciado un proceso penal, sea imposible arribar a una declaratoria de responsabilidad criminal del acusado. Todo lo cual, configura el inicio de la tercera etapa en la marcha del comiso, dado que, ante la imposibilidad de lograr continuar con éxito la acción penal para determinar la responsabilidad criminal de sus autores y partícipes (ej. fallecimiento de los acusados, prescripción de la acción penal, entre otras), logra mantener total virtualidad la acción sobre los bienes manchados y satisfacer la pretensión patrimonial de manera independiente a la responsabilidad penal y más allá de los límites pre impresos de la investigación penal.

Finalmente, por Decreto de Necesidad y Urgencia de Extinción de Dominio 62/2019 (año 2019), se sistematizó una acción civil de carácter patrimonial, autónoma e independiente del proceso penal.

Esta constituye la última fase de la tercera etapa en la evolución del comiso, por cuanto se trata de una acción civil de neto corte patrimonial totalmente emancipada e independiente del proceso penal mediante la cual se permite llegar al comiso de bienes manchados con absoluta pres-

cindencia de la valoración de la conducta típica y la responsabilidad penal de los titulares de los derechos discutidos respecto los bienes, dado que, existiendo sospecha fundada de haberse cometido un crimen, lo que resulta relevante es si el vínculo que une al sujeto con los bienes merecen protección legislativa o no; lo que dependerá si la vinculación de bienes y el sujeto está precedida por actos jurídicos válidos y/o su destinación es lícita.

Se quiere decir con todo ello que esta nueva modalidad extintiva de dominio no exige condena previa, siquiera acusación penal; sino que gravita en la sospecha fundada y en el modo en que los bienes fueron adquiridos. En efecto, la acción en trato procederá respecto de bienes que hayan sido adquiridos a contravía de la constitución nacional y normas reglamentarias que disciplinan la protección al derecho de propiedad; o adquiridos —si bien— conforme a la ley, tienen destinación ilícita.

III. A modo de epílogo

Algo de lo dicho exhibe de forma clara ciertos escenarios que pintan los cambios que el Código penal ha sufrido a lo largo de los últimos años. Es cierto que el legislador ha echado mano a técnicas legislativas impensadas, si se lo ve con el cristal del año 1821.

La evolución que ha sufrido el comiso en nuestro país es muestra de ello, puesto que tal como ha sido objeto de un profundo cambio legislativo en distintos Estados del Planeta en los últimos años, nuestro país no ha

sido la excepción. Y; más allá de la multiplicidad de razones justificantes, el progreso al que se ha venido haciendo referencia puede explicarse en pocos caracteres: “el delito no puede ni debe ser rentable”.

El nuevo paradigma centraliza la inversión gubernamental no solo en individualizar al criminal y que un tribunal imparcial decida su responsabilidad penal, absolviéndolo o declarándolo culpable (respuesta penal); sino también perseguir los bienes manchados y las fuentes de financiación delictiva que muchas veces, por cierto, provienen de las ganancias que la actividad ilícita les proporciona; lo que les permite —no solo— de manera atemporal disfrutar de lo mal habido sino también autofinanciarse (respuesta patrimonial), y garantizar un ventajoso porvenir a futuras generaciones familiares y de empresas criminales.

Se alinea, de tal modo, una respuesta integral al delito reduciendo al máximo escenarios de impunidad patrimonial, dado que los malhechores van a saber de buena tinta que no solo el crimen será perseguido penalmente y castigado mediante la aplicación de una pena —que en muchos casos podrá ser privativa de libertad (respuesta punitiva), sino también que se los va a despojar de todos los bienes manchados (respuesta patrimonial), a consecuencia de una pretensión patrimonial a desarrollarse mediante procedimientos muchas veces vinculado con el juicio penal (comiso *in personam*), u —otras tantas— escindido de este como ocurre con el procesos *in rem* (comiso sin condena y extinción de dominio); de modo que la ruta

de los bienes manchados pueda iniciarse y continuar por vías idóneas y eficaces, pese a los entramados que los criminales manipulen para evitar ser descubiertos, impedir el inicio del enjuiciamiento criminal, dificultar el desarrollo del proceso penal, obstaculizar la etapa conclusiva del debate, alejar los bienes del hecho delictivo y de los propios criminales subrogándolos, transformándolos, poniéndolos a nombre de terceros.

Las razones que le dan plectro a la evolución del comiso que hemos hecho referencia son plausibles. Pero también lo es que a la respuesta estatal (penológica o patrimonial), le debe preceder todo un escenario en el que los sujetos que se encuentren involucrados en una controversia puedan ser oídos y defenderse del modo más completo posible, ante el juez natural y a la luz de un procedimiento legalmente positivizado de acuerdo a la Constitución.

Lo último dicho nos acerca en el propósito oficial, pero nos aleja del modo en que Argentina se inició —por decreto— en el régimen de extinción de dominio. Ello, por cuanto nos parece que el derecho de propiedad protegido constitucionalmente (art. 17), no puede privarse —por manchado que esté—, sino lo es sobre la base de un juicio justo que concluya con una sentencia dictada por la autoridad jurisdiccional competente y fundada en una ley del Congreso.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2632/2023

o cualquier otro motivo de suspensión o extinción de la acción penal, o cuando el imputado hubiere reconocido la procedencia o uso ilícito de los bienes. Los activos

que fueren decomisados serán destinados a reparar el daño causado a la sociedad, a las víctimas en particular o al Estado. Solo para cumplir con esas finalidades

podrá darse a los bienes un destino específico. Todo reclamo o litigio sobre el origen, naturaleza o propiedad de los bienes se realizará a través de una acción admi-

nistrativa o civil de restitución. Cuando el bien hubiere sido subastado solo se podrá reclamar su valor monetario”.

Del garantismo a la victimología

La aparición de fallos en violación al principio de legalidad. La deuda de la actualización del Código Penal



Fernando E. Sicilia

Abogado (UBA). Especialista en Derecho Penal y Procesal Penal. Titular de Práctica Profesional Penal (UMSA). Diplomado en Derecho Penal Económico (Univ. Austral). Sub Director del Instituto de Derecho Penal del Colegio de Abogados de Moreno - General Rodríguez.

SUMARIO: I. Introducción.— II. Creaciones pretorianas.— III. La mora del legislador y el parche dogmático.— IV. Breve reseña de fallos de la Corte Suprema. Desde un sistema de protección de derechos de los imputados hacia la participación de las partes.— V. La necesidad de la respuesta a la víctima del delito. Tutela judicial efectiva.— VI. Palabras finales.

I. Introducción

El presente artículo intenta recorrer un breve camino desde el retorno de la democracia en nuestro país hacia la actualidad en materia de fallos judiciales y la introducción de los tratados internacionales, que han producido una cierta mutación desde el respeto a las garantías constitucionales de los imputados, confrontado con la “tutela judicial efectiva” que ha garantizado el derecho de las personas que denuncian delitos y su participación en el proceso. Cabe poner de resalto que utilizaré la palabra *víctimas*, pero entiendo que aquellas se designan en ese estado una vez que una condena firme lo establezca. Puede parecer o sonar tendencioso y hasta quizá, irrespetuoso. Pero lo cierto es que el avance sobre derechos consagrados en pos de aquellos de quienes sufrieron un delito no puede

promocionar que uno sobrepase al otro. El debate próximo es aplomar los derechos de ambas partes para que exista un verdadero equilibrio entre los involucrados. El desafío nos corresponde a todos los operadores judiciales.

Tampoco podemos olvidar que aquellas personas que sufrían un hecho delictivo eran sujetos totalmente olvidados y ninguneados que hoy tienen un protagonismo relevante que, incluso, aventajan las facultades de los mismos imputados.

Muchos de estos atajos a fin de conformar a las víctimas y a la sociedad violentan el principio de legalidad. Sobre ello voy a intentar detenerme en estas breves líneas.

Comenzaré por lo básico de este principio y un ejemplo concreto para luego abordar las leyes en favor de las víctimas que fueron introducidas en el ordenamiento procesal.

Este pensamiento no surgió solo, sino que me pareció oportuno abordarlo luego de escuchar hace poco a Mariano Cúneo Libarona en el Congreso del “XXV Aniversario del Código Procesal Penal” acusatorio de la Provincia de Buenos Aires llevado a cabo el Colegio de Abogados de San Isidro. Allí hizo notar en el avance de estas reformas de derecho para víctimas y el dejar de lado ciertos fallos que se dieron con la primera Corte Suprema en los albores de esta democracia más madura.

En este camino se intentará cuestionar prácticas judiciales que pretenden reemplazar a las legislativas, siendo que la reforma al Código Penal ante nuevas modalidades delictivas sigue siendo una gran deuda de la democracia.

La introducción de leyes “políticas”, no hacen más que aumentar la cuestionable la lógica del Código de fondo ante implantes de artículos que se contradicen con otros.



¿Cuál es el tema jurídico debatido?

Se describe la aplicación de doctrinas y teorías extranjeras en el Derecho penal argentino, más sus implicancias para el principio de legalidad, la tutela judicial efectiva y los derechos de las víctimas e imputados. El artículo intenta recorrer un breve camino desde el retorno de la democracia en nuestro país hacia la actualidad en materia de fallos judiciales; así como también la introducción de los tratados internacionales, que han producido una cierta mutación que va desde el respeto a las garantías constitucionales de los imputados a la ‘tutela judicial efectiva’ de las personas que denuncian delitos y en su participación en el proceso.

El abordaje de situaciones que se entienden aceptadas por la jurisprudencia resulta sumamente difícil para poder contrastar. Son costumbres arraigadas en la justicia Argentina y aparece como una cuestión ya zanjada.

Sin perjuicio de ello, este artículo intentará cuestionar esta práctica habitual tribunalicia y partirá desde una hipótesis del papel de legisladores de *facto* que están cumpliendo algunos jueces al introducir la dogmática como figuras establecidas que no están legisladas, a pesar de las numerosas reformas que sufrió el Código Penal Argentino.

Se puede criticar la morosidad del legislador, pero nunca permitir que los jueces realicen interpretaciones e inclusiones dogmáticas que no están previstas y escritas.

Dejamos pasar de largo la inseguridad jurídica que esto produce. La más polémica e “interpretativista” se produce en cuanto al dolo eventual y la culpa con representación.

En esta ruleta de tribunales y jueces, nos encontramos con situaciones totalmente disímiles y con fallos absurdos, contrapuestos, con revocaciones ante la alzada, etc.

Pero ello no es lo que se intenta trabajar aquí, sino que me interesa remarcar en este párrafo que más allá de la interpretación que se realice sobre este tópico, los delitos culposos están expresamente legislados contrariamente al dolo eventual.

Otra de las extrapolaciones foráneas resulta la “comisión por omisión” cuando los delitos omisivos ya están legislados en los arts. 106 a 108 del Cód. Penal.

Muchos me dirán que el funcionalismo es la corriente doctrinaria que guía el derecho penal hoy en día y yo les responderé con gusto “que se legisle conforme a ello”. También les puedo decir que existen cátedras causalistas y finalistas en las facultades de Derecho del país. Que describan en el Código Penal el rol de garante.

En el ejemplo que desarrollaré pretendo indicar que la coautoría funcional lo único que logra es hacerle el trabajo más fácil a los acusadores, que no deberán diferenciar que papel cumple cada imputado para que los mismos ejerzan un adecuado derecho de defensa.

Y por último, también hemos visto la introducción del rol de garante por injerencia en el cual no voy a profundizar.

Lo cierto es que en los países donde se aplican dichas corrientes doctrinarias, a diferencia del nuestro, aquellas cuestiones se encuentran legisladas.

Para finalizar esta introducción, también debo mencionar la figura del “stealth” por la cual se realiza, directamente, una analogía. No hace falta ahondar sobre la prohibición expresa de esta aplicación.

II. Creaciones pretorianas

La fascinación de los operadores judiciales de aplicar teorías y doctrinas importadas de Alemania, no hacen más que socavar nuestro estado constitucional de derecho para cubrir la mora legislativa.

El Derecho debe retomar la senda de las sentencias menos extensas y más entendi-

bles. Con el lanzamiento del libro “La hermandad de los Astronautas” de Ricardo Gil Lavedra, se recordó la forma en que en esos años se dictaban las sentencias. No había procesadores de texto ni la facilidad del copiar y pegar que existe al día de la fecha. Las citas hoy parecen interminables y pretenden con ello justificar situaciones que a veces ni los mismos operadores jurídicos entienden.

Y lo peor de todo es que se introducen figuras de autores alemanes, que se encuentran legisladas en *su* Código Penal, a diferencia de lo que ocurre en nuestro país.

Donde apenas se ahonda en la lectura (traducida) de dicho cuerpo normativo, todo aquello que se está imponiendo en los fallos de nuestro país está expresamente previsto en el Código germano.

Por ello, uno de los autores más citados por los jueces nos advierte sobre el peligro de la aplicación de lo que aquí se critica. Y ello porque vivieron el nazismo, y pretenden no volver a ese régimen. Pareciera que aquí se olvida la feroz dictadura de 1976 y nada se ha aprendido sobre las justificaciones jurídicas de ciertas conductas que no se encuentran legalmente escritas.

El peligro radica en que algunas conductas que se pretenden calificar como *delictuales* son aceptadas por temor a ser removidos de sus cargos, por influencia mediática o por momentos políticos particulares.

Pero ello puede tornarse en un disparo en el pie como hemos visto en innumerable cantidad de oportunidades, cuando dejamos a la libre intervención del juzgador la interpretación de una norma. En este tenor, cabe recordar que ello surge de épocas muy lejanas cuando prohíbe lo que ocurre en ciertos debates donde la opinión pública pareciera ser el termómetro de ciertas sentencias. Dice Roxin que “..El Derecho romano y el Derecho medieval románico preveían ya en cierta medida prohibiciones de retroactividad, pero era absolutamente usual castigar conforme al Derecho consuetudinario o al arbitrio judicial (...)” (1).

Y desde hace varios años podemos ir notando que los fallos judiciales van mutando según el humor social. Deberíamos preguntarnos si es por miedo a perder su lugar ante las amenazas de juicios políticos o porque la selección de magistrados se ha centrado mayormente en esa lógica.

Entiendo que la decisión correcta es alentar al legislador a modificar las normas aplicables y que la sociedad toda no se sorprenda con creaciones pretorianas.

Si bien pareciera una discusión que ya ha sido saldada, no menos cierto es que también como personas de derecho no vamos a dejar de mencionar que esta implantación de teorías foráneas son violatorias de los principios básicos de legalidad y culpabilidad.

Lo cierto es que con el fin de conformar a un cierto sector de la sociedad se aceptan lógicas que no pueden ser toleradas.

Podemos ver que en el caso de Lucía Pérez en Mar del Plata, uno de los jueces introdujo el rol de garante por injerencia con una mera creación dogmática importada. Quizá intentó justificar un voto que estaba condicionado ya que la anterior sentencia

trajo aparejado el juicio político y la suspensión de los jueces que no votaron conforme fuera peticionado socialmente, sino de acuerdo con lo que ellos percibieron en el debate. No es ni más ni menos que su deber.

Constantemente nos gusta mencionar que cuando se traen doctrinas alemanas y se cita a Roxin, Jakobs, Stratenwerth, etc., se olvida que estos autores siempre se refieren a artículos que *sí existen* en el Código Penal Alemán y son citados con el símbolo §.

Es distinto en nuestro ordenamiento. Seguir aceptando estos injertos sería como aceptar que la costumbre genera normas jurídicas en el ámbito penal.

II.1. Principio de legalidad

Que el principio de legalidad puede resumirse como el valladar infranqueable al poder punitivo del Estado, ya que el individuo solo puede ser castigado por la existencia de una ley formal previa, cierta, escrita y estricta.

Cuando hablamos de ley formal, nos referimos a las que son sometidas a acuerdo del poder legislativo bajo el mandato constitucional.

Básicamente, el principio de legalidad mantiene diversas exigencias tanto frente al legislador penal como frente al juez. Del legislador exige que formule las descripciones del delito del modo más preciso posible (*nullum crimen sine lege certa*) y que las leyes no tengan efecto retroactivo (*nullum crimen sine lege praevia*). Del juez exige que sus veredictos se basen en la ley escrita y no en el Derecho consuetudinario (*nullum crimen sine lege scripta*) y que no amplíe la ley escrita en perjuicio del afectado (*nullum crimen sin lege stricta*): la llamada prohibición de la analogía que es lo que intentaré profundizar en el punto siguiente.

Todo ello, a nivel práctico, nos da las vólulas que regulan la imposibilidad del reproche de una conducta que al momento del hecho no era considerada delito y nos posibilita la defensa ante semejante acto arbitrario.

Pero ello también debe aplicarse a la parte general. Lo que no está escrito no puede inventarse.

Reitero, la “aceptación” de estas teorías no significa que a nuestro modo de ver no sean *contra legem*.

Entonces “..La reiteración invariable de ciertos actos puede responder a simples motivos de tradición, conveniencia o cortesía y no a conciencia de un deber jurídico..” (2) no puede ser tolerada en nuestro ordenamiento constitucional y convencional.

III. La mora del legislador y el parche dogmático

Por lo dicho en el punto anterior, pareciera que son los mismos magistrados que están realizando el trabajo que corresponde al legislador.

Voy a tomar un solo ejemplo para no agobiar al lector. El caso de la coautoría funcional. Tenemos muchos más ejemplos para trabajar como el dolo eventual, la comisión por omisión, etc.

Pero voy a centrarme en ese ejemplo para poder visualizar una situación que entiendo que violenta los principios constitucionales que un estado democrático debe defender.

El art. 45 del Cód. Penal habla de “..Los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo...”

Es decir, entendemos que este artículo habla del autor en sentido material objetivo, partícipes necesarios e instigadores.

El art. 46 explica la participación secundaria.

La crítica puede centrarse en que la aplicación de facto de la coautoría funcional termina de destruir la voluntad del legislador, sobre todo en la limitación que ha dado en el art. 47 del mismo cuerpo legal.

Me explico. Todos los autores coinciden en que la coautoría funcional es una propuesta dogmática. Al aceptar ese reconocimiento se soslaya y se acepta que se violenta el principio de legalidad.

¿Qué pasaría si el Presidente de la Nación dispusiera un DNU en materia penal? Claramente todos pediríamos que se declare inconstitucional, ya que el art. 99, inc. 3º de nuestra Carta Magna establece los límites de estos decretos de necesidad y urgencia, pero los limita indicando que “..y no se trate de normas que regulen materia penal..”

Entonces, si el Presidente de la Nación no puede emitir normas en materia penal, tampoco podemos normalizar que lo hagan los jueces o doctrinarios.

Pero siguiendo en este paralelismo, incluso si el Presidente emitiera un Decreto de Necesidad y Urgencia, si este fuera referendado según ley 26.122 por la Comisión Bicameral Permanente, resulta válido. Pero también sería declarado contrario a la Constitución, ya que esta es clara en cuanto a la limitación en el campo penal y otros. Si un/a presidente/a y legisladores votados por la población nacional en elecciones libres y obligatorias no pueden realizar estas prácticas, ¿cómo permitirselas a un Juez?

Por ello, entendemos que la interpretación que se realiza sobre la extensión de los conceptos introducidos por el legislador viola palmariamente el principio de legalidad.

Incluso ello es mencionado (y distinguido) al reconocerse que “..La norma en análisis menciona como merecedores de la pena del delito cometido a: a) los que tomen parte en la ejecución del hecho; b) los que cooperen con el autor de un modo tal que sin esa colaboración el ilícito no hubiera podido cometerse; y c) quienes determinen directamente a otro a cometer el hecho. La dogmática, por su parte, suele distinguir entre los autores y coautores —protagonistas principales— y los cómplices e instigadores —partícipes en el hecho ajeno—, de modo que corresponde determinar cómo se insertan estas categorías en la disposición examinada. Para ello abordaremos —ante todo— el concepto de autor..” (3).

Podemos observar que si bien el distinguido autor no afirma lo que nosotros proponemos, si realiza una clara distinción entre lo que menciona *la norma*, contra lo que distingue *la dogmática*.

Entonces recurrimos a la solución fácil de que “todos los intervinientes de un hecho tuvieron dominio del mismo”. Y utilizando esta fórmula, repito, se vulnera la voluntad legislativa de la limitación del cómplice por un hecho menos grave como indica el art. 47 del Cód. Penal.

(1) ROXIN, Claus, “Derecho Penal. Parte general”, Civitas, 1997, t. I, p. 141.

(2) CS, Fallos: 322:2926.

(3) D’ALESSIO, “Código Penal Comentado y anotado. Parte General”, Ed. La Ley, 2005, p. 488.

Citaré un fallo en el cual se imputaba una coautoría en un homicidio, el Tribunal condenó sin más por el supuesto plan común, pero la misma se revocó, ya que el Tribunal de Casación bonaerense entendió que este plan común era el de propiciar lesiones y la conducta de un tercero fue sorpresiva sin responder al inicial. Por ello, se revocó la condena para dos imputados por exceso del autor.

Allí se explicó que “...Recuerdo que las desviaciones previsibles deben estar referidas al marco habitual y por tanto previsible de las circunstancias que concurren en el hecho concreto, por lo que no deberían considerarse desviaciones previsibles aquellas que representan un salto cualitativo distinto y más grave de lo que pudiera estimarse como previsible en el marco de una pelea, en cuyo caso tal acción en solitario no podría ser extendida al resto (cfr. STS 124/2016, de 22/02/2016) (...) En definitiva, la conclusión del tribunal no es aceptable, en la medida que se verifica que la portación del arma blanca por parte de S. no era conocida por su hijo G. y que su utilización fue sorpresiva para el imputado. Entonces, la decisión de clavar el cuchillo en una zona vital del cuerpo de la víctima no puede comunicarse al encartado...” y en concordancia con lo que aquí se plantea “...Llegados a este punto, podemos afirmar que no estamos ante un caso en los que varias personas son responsables de un mismo riesgo...” (4).

Y aquí radica la violación al principio de legalidad ya que la opinión de los autores alemanes que siempre se citan, tiene su apoyatura en el propio Código Penal alemán que indica “...§ 25. Autoría [1] Se castiga como autor a quien cometa el hecho punible por sí mismo o a través de otro. [2] Si varios cometen mancomunadamente el hecho punible, entonces se castigará a cada uno como autor (coautoría)...”

Como corolario de lo expuesto, no puede aplicarse la coautoría funcional ya que la misma no existe en el Código Penal Argentino, y por ello se viola el art. 18 de la CN y los arts. 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 9º de la Convención Americana de Derechos Humanos integrantes del bloque constitucional por art. 75, inc. 22º de la Carta Magna Nacional.

IV. Breve reseña de fallos de la Corte Suprema. Desde un sistema de protección de derechos de los imputados hacia la participación de las partes

En este punto voy a realizar unas meras citas de fallos del máximo Tribunal Nacional para intentar demostrar una línea temporal en cuanto a las decisiones que se han tomado en materia de protección de derechos constitucionales.

Que todos los fallos (y sus disidencias) que citaré son conocidos por los operadores del derecho, pero que acreditan el cambio de paradigma que se dio en estos cuarenta años de democracia.

De los primeros fallos o disidencias memorables que se dieron en ciertos fallos en los cuales se limitaban de forma palmaria las costumbres arraigadas en el personal policial luego de la dictadura militar.

Llegando a la actualidad en donde las ratificaciones de la CEDAW, Belém do Pará, Convención de los Derechos del niño, la

Convención de Palermo, etc. han dado lugar a ciertos estándares más laxos en cuanto a la resignación de derechos de los imputados para dar cumplimiento a estos tratados internacionales.

Debe notarse que “...Ningún tribunal de justicia podría, sin menoscabar irremediablemente la legitimidad del ejercicio de su jurisdicción, desconocer que la esencia misma de nuestra carta de derechos —que con la incorporación de los tratados internacionales en materia de derechos humanos ha sido fortalecida y profundizada— es el respeto de la dignidad y libertad humanas (...) La existencia de obligaciones internacionales asumidas por el Estado argentino para garantizar la investigación, el juzgamiento y la sanción de los crímenes de lesa humanidad y las graves violaciones perpetradas a los derechos humanos, cuya rigurosa observancia no se pone en tela de juicio, debe ser cumplida por los tribunales argentinos sin vulnerar los principios constitucionales de legalidad y debido proceso, cuyo incumplimiento también puede acarrear responsabilidad internacional...” (5).

En “Daray” la CS dijo que “...La “competencia” para efectuar arrestos a que se refiere el art. 18 de la Constitución Nacional solo puede provenir de un expreso mandato legislativo y debe ejercerse en las formas y condiciones fijadas por esa disposición legal...” (6)

Luego encontramos la disidencia de Fayt y Petracchi en “Fernández Prieto” (7) en donde explicaron que “...La inexistencia de fundamentos para proceder a la detención no puede legitimarse por el resultado obtenido —hallazgo de estupefacientes—, ya que, obviamente, las razones justificantes del proceder policial deben existir en el momento en que se lleva a cabo y no posteriormente...” debiendo recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (8) asumió la postura de los votos disidentes.

Asimismo, postuló que en el sistema nacional el Juez debía ser un tercero imparcial para resolver las controversias entre las partes y más allá del sistema inquisitivo del Código Procesal Penal de la Nación explicó que “...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...” (9).

Para finalizar este punto, no podemos soslayar en este camino los fallos “Santillán” (10) y “Del’Olio” donde el máximo Tribunal dio autonomía plena a la acusación por parte de las querellas para avanzar en el proceso en solitario referenciando que “...La exigencia de la acusación, como forma sustancial en todo proceso penal, salvaguarda la defensa en juicio del justiciable, sin que tal requisito contenga distinción alguno respecto del carácter público o privado de quien la formula...” (11).

En esta brevísima reseña intenté mostrar un equilibrio entre las partes, con la consecuente pretensión que el juez sea un tercero imparcial que resuelva la controversia entre los participantes del proceso.

Es decir, desde la protección de derechos y garantías de los imputados, pasando por la necesidad que el sistema funcione como enfrentamiento entre partes y para finalizar, los derechos de los damnificados/as.

V. La necesidad de la respuesta a la víctima del delito. Tutela judicial efectiva

Los puntos anteriores son con un mero fin enunciativo del análisis que pretendo realizar y que quizá sorprenda por el giro que se intenta dar en estas líneas. Se hace para dar un contexto a lo que pretendo llegar, que es dar respuesta a los reclamos que se producían y que concluyeron con el rol protagónico que empezó a tener la víctima en el proceso penal.

Quienes antes eran meros espectadores del teatro de las agencias estatales empezaron a ejercer su reclamo para participar en el proceso. Puede decirse que “...Otro factor que intervino es el perfeccionamiento y credibilidad que las encuestas de victimización empezaron a adquirir en esta década; las cuales permitieron obtener datos sobre la población realmente victimizada, abarcando no solo las víctimas oficiales sino también aquellas otras no incluidas por no haberse denunciado el delito. Posteriormente, los movimientos feministas, al llamar la atención sobre la violencia dirigida especialmente contra la mujer (victimización sexual, violencia física), impulsaron numerosas investigaciones teóricas y concretos programas de asistencia a aquellas, sirviendo de modelo a otros colectivos de victimización. El actual reencuentro con la víctima, tímido y tardío, expresa la imperiosa necesidad de verificar, a la luz de la ciencia, la función “real” que desempeña la víctima del delito en los diversos momentos del suceso criminal (deliberación, decisión, ejecución, racionalización y justificación, entre otros)...” (12).

Y ante este reclamo, solo tenía participación en su propio conflicto si poseía los medios para constituirse como querellante (con las limitaciones que tenía en un principio y que luego se fueron ampliando).

Pues bien, quizá el lector pueda entender a partir de este momento los puntos anteriores. En esta lógica, ante ese reclamo a partir de movilizaciones sociales, agrupaciones de víctimas y otros grupos de presión social se puso en foco que la culpa de la supuesta falta de respuesta era de la “justicia”. Lo cierto, es que como pretendo redondear en este trabajo es que la falencia del legislador no puede recaer en cabeza de los magistrados.

Aunque surge la paradoja que aquellos que no cumplen con su rol terminan juzgando a los magistrados por sus supuestos malos desempeños (cito los que representan al Poder Legislativo en el Consejo de la Magistratura).

Entonces, comenzaron a surgir ciertos fallos que a fin de dar una pretensa respuesta a los reclamos sociales y los medios de comunicación, que violentan los principios constitucionales y convencionales. Esto produce un oxímoron ya que las citas genéricas de convenciones y tratados internacionales no hacen más que chocar con el bloque constitucional de derechos y garantías. Por ello, a fin de pretender dar una contestación a los reclamos sociales contra la inseguridad, los jueces/zas comenzaron a aplicar dudosos criterios interpretativos, llegando a estirar los tipos de forma tal que,

en muchos casos, pareciera que aplican la analogía para resolver hechos que son llevados a sus estrados.

Debe tenerse en cuenta que “...el Derecho Penal, en cualquiera de sus ramas, constituye un sistema riguroso y cerrado, formado por ilicitudes discontinuas, que no tolera, por la naturaleza de los objetos jurídicos de que se trata, ningún tipo de integración, extensión o analogía tendientes a completar los elementos esenciales de las figuras creadas por la ley. Concepto, este, recibido indudablemente por el artículo 18 de la Constitución Nacional...” (13).

Y contrariamente al Código de fondo, donde se han introducido figuras polémicas en cuanto al llamado populismo penal, en materia procesal se fue avanzando en la legislación sobre el rol de la víctima.

Y si bien puede participar en un conflicto que no deja de serle propio, en ciertos casos carece de las herramientas del Código Penal para configurar en un tipo penal aquello que considera un hecho delictivo en su contra.

Asimismo, también pueden verse abusos de denuncias o querellas en casos que no exceden el marco comercial como, *vgr.*, en las administraciones fraudulentas.

Previo a las leyes especiales, la Corte Suprema y los fallos citados en el punto anterior, en “Hagelin” garantizó el derecho de la víctima a ser parte activa del proceso penal sosteniendo que “...no es posible desconocer que, excluidas las víctimas de intervenir o impulsar la investigación, se corre un serio riesgo de que, finalmente, su pretensión quede insatisfecha...” y que “...restringir el acceso de la víctima o sus familiares en la causa misma donde se va a dilucidar la existencia del delito y la responsabilidad eventual de sus autores supone pasar por alto el desarrollo internacional en la protección de los derechos humanos que ha seguido una evolución que ha ampliado la participación de aquellos en el ámbito de los procesos penales de derecho interno” (14).

Entonces, siguiendo los lineamientos de los fallos de la Corte Suprema y de la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la actualidad se le ha dado activa participación a la víctima mediante la ley 27.372 y en la Provincia de Buenos Aires la ley 15.232 para dar cumplimiento a los estándares propuestos en cuanto a la protección de los derechos de las víctimas. Se dijo que “...El artículo 25.1 de la Convención contempla la obligación de los Estados Partes de garantizar, a todas las personas bajo su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. La existencia de esta garantía “constituye uno de los pilares básicos, no solo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática”. Lo contrario, es decir, la inexistencia de tales recursos efectivos, coloca a una persona en estado de indefensión...” (15).

Aquí debemos nuevamente preguntarnos si esta intervención ágil de los denunciantes no constituye como querellantes no desequilibra la igualdad de armas en cuanto a la cantidad de acusaciones que debe enfrentar una defensa.

Asimismo, si el interés de quien sufre un hecho que sería delictivo puede tener la

(4) T.C.B.A., Sala I, Causa n° 92734, 13/06/2019.

(5) CS, Fallos: 340:493.

(6) CS, Fallos: 317:1985.

(7) CS, Fallos: 321:2947.

(8) Corte IDH, “Fernández Prieto y Tumbeiro Vs. Ar-

gentina”, 01/09/2020.

(9) CS, Fallos: 327:5863.

(10) CS, Fallos: 321:2021.

(11) CS, Fallos: 329:2596.

(12) CUAREZMA TERÁM, Sergio, “La victimología”,

Instituto de Derechos Humanos, *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, Tomo V, pág. 301 en www.corteidh.or.cr/tablas/a12064.pdf

(13) CS, Fallos: 301:395.

(14) CS, Fallos: 326:3268.

(15) Corte IDH, “Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas”. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, cons. 139.

potestad de actuar casi como si fuera querellante y, además, se le da la oportunidad de constituirse como tal luego de una resolución adversa por parte de la Fiscalía de instrucción y la de Cámaras ante la revisión que puede peticionar. Más allá de lo complejo que resulta para una persona ser víctima de un delito, entiendo que es peligroso hacer extensivas las recomendaciones de la CIDH o de la Corte IDH a los delitos comunes que no sean violatorios de los derechos humanos.

Ello encuentra una cierta excepción que se visualiza en “Bueno Alves vs. Argentina” donde este Tribunal interamericano fue claro en cuanto a que “...En definitiva, el deber de investigar constituye una obligación estatal imperativa que deriva del derecho internacional y no puede desecharse o condicionarse por actos o disposiciones normativas internas de ninguna índole. Como ya ha señalado este Tribunal, en caso de vulneración grave a derechos fundamentales la necesidad imperiosa de prevenir la repetición de tales hechos depende, en buena medida, de que se evite su impunidad y se satisfaga las expectativas de las víctimas y la sociedad en su conjunto de acceder al conocimiento de la verdad de lo sucedido. La obligación de investigar constituye un medio para alcanzar esos fines, y su incumplimiento acarrea la responsabilidad internacional del Estado...” (16).

Debo recordar que en este caso, hubo intervención de actores estatales que produjeron torturas al Sr. Bueno Alves y que se había consagrado la impunidad de aquellos, dictando la responsabilidad internacional del estado por no investigar. Este caso se repitió en la causa conocida como “La masacre de Wilde”, donde se dijo que si bien no fue un plan sistemático, no puede

(16) Sentencia de 11/05/2007, Cons. 90.

darse impunidad cuando hubo intervención de agentes policiales mediante el instituto de la prescripción.

Lo cierto es que en estos tiempos se da una participación total a la víctima de delitos por las mencionadas leyes. Pero entiendo que son sujetos procesales distintos con respecto a la querrela.

El nuevo Código Procesal Penal Federal, en particular los artículos 80 y 81, ha zanjado definitivamente la cuestión sobre la participación de las víctimas en el proceso.

A través de aquella regulación se les ha pretendido garantizar el pleno ejercicio de sus derechos y una actuación activa en el proceso, siguiendo así las directivas de la ley 27.372.

Sin embargo, claro está que víctima y querrela no son equivalentes procesalmente y, de hecho, por ese motivo cada una de ellas cuenta con una normativa distinta que regula su intervención. Es decir, son dos actores procesales distintos.

Sin perjuicio de la voluntad legislativa brindada por la ley 27.372 y el ordenamiento federal suspendido, lo cierto es que imperativamente el actual Código Procesal Penal de la Nación delimita claramente los roles de quien ha sido una presunta víctima de un delito.

En este tenor, la visión actual con respecto a la aparición de estas leyes que pretenden asignarle un rol activo a quienes denuncian un hecho delictivo en su perjuicio no significa dejar de lado lo que ya se ha previsto con respecto a la querrela.

El legislador ha pretendido proteger a quien no posee la capacidad adecuada para poder constituirse como querellante, pero no a darle mayor poder al acusador particular.

VI. Palabras finales

Para finalizar este trabajo, entiendo oportuno hacer hincapié en que se ha avanzado mucho en cuestión de derechos en estos cuarenta años de democracia. Desde la saludable continuidad en este sistema hasta el vigoroso avance en derechos humanos donde se han marcado hitos como el *juicio a las juntas* y los *juicios de la verdad* para condenar a aquellas personas que cometieron los más atroces crímenes que ni siquiera caben en la imaginación.

Sin perjuicio de ello, se ven avances legislativos en materia procesal para afianzar los derechos de las víctimas, pero también preocupantes avasallamientos sobre los derechos de los imputados. Nótese que en la misma oración use la palabra “derechos” pero en forma enfrentada.

Allí es donde debemos poner el foco. Un balance que no le de mayor impronta a uno que otro (exceptuando la obvia carga de la prueba de la acusación).

En este sentido las leyes de investigaciones complejas, las incontables invasiones a la esfera de privacidad de las personas, sea a través de las precausas de la ley 25.520 (Ley de inteligencia), el abuso constante de formación de investigaciones por asociaciones ilícitas donde primero se imputa, se intervienen teléfonos, se allana, se producen secuestros y luego recurren al descubrimiento inevitable (*plain view doctrine*) para imputar otros delitos resultan un grave pisoteo de la inviolabilidad de los derechos personalísimos.

Tampoco podemos ser anacrónicos y desconocer los avances en materia delictiva como delincuencia organizada, transnacional, mediante medios electrónicos, etc.

Pero ello no implica que se desconozcan los derechos y garantías de los ciudadanos.

Más allá de esto, el Poder Judicial en la actualidad en más permeable a permitir que se “relajen” ciertos estándares constitucionales para poder obtener resultados y mostrarlos a la sociedad. Una nulidad procesal es casi un elemento desconocido en los fallos de los últimos años.

Las leyes que apuntan a la actividad procesal sobre las víctimas aparecen como saludables cuando antes nadie les abría la puerta, no se las atendía, se dejaba todo en manos de los operadores judiciales y les hablaban en lenguaje difícil a sectores vulnerables que los alejaban de realizar denuncias.

Y quizá la gran deuda de la democracia en lo que nuestro tema atañe es una reforma integral del Código Penal para transformarlo en moderno, ordenado, sistematizado, razonable y armonioso. Con las reformas de urgencia que existen en la actualidad podemos ver cómo unos artículos chocan con otros, la dudosa constitucionalidad de algunos de ellos y la falta de previsión de tipos penales que desde hace muchos años se vienen discutiendo (violencia digital, ciertos tipos de abuso, etc.).

Es desagradable tener que dejar plasmado que hay conductas que hoy por hoy no son típicas y que no se puede recurrir a la analogía. Pero esto es una tarea encomendada al legislador para que adapte de la mejor forma posible las conductas que se pretendan delictivas.

Ello dará una sana respuesta a los derechos de los imputados y también de las víctimas que redundará en un verdadero equilibrio entre las partes y una robusta restricción al amplísimo poder interpretativo que hoy tienen los magistrados/as.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2638/2023

El Derecho de Familia en democracia

40 Años de logros alcanzados y deudas pendientes



Ignacio González Magaña

Abogado (UBA). Doctorando (UP). Especializado en derecho de familia y derecho de daños (UBA). Profesor universitario de grado y posgrado (UBA - UNLZ - UP). Coordinador académico de Maestría en Derecho Privado (UNSa).

SUMARIO: I. Introducción: Familia y Derecho de Familia.— II. La constitucionalización del Derecho privado y su incidencia en el Derecho de Familia.— III. La evolución del Derecho de Familia: De logros alcanzados y deudas pendientes.— IV. A modo de cierre.

I. Introducción: Familia y Derecho de Familia

Son conocidas las peripecias a las que se enfrenta el Derecho cuando debe brindar una respuesta concreta al concepto de *familia*.

Graciela Medina resume estas dificultades en el hecho de que resulta difícil encontrar una fórmula que por un lado abarque las diversas realidades fácticas en las que se organiza la familia en las sociedades modernas y que por otro lado contemple las distintas funciones que ellas cumplen (1).

A nuestro modo de ver ello ocurre a causa de dos motivos: En primer lugar, reconocemos que la familia —como institución social— se encuentra en permanente evolución, lo que complejiza la posibilidad de establecer una conceptualización que tenga un sesgo de estabilidad temporal que permita englobar las distintas formas de organizaciones familiares bajo un único concepto.

En segundo término, advertimos que la *familia* como tal, no es un concepto que posea raigambre jurídica. Basta, a tal fin, advertir que la Constitución Nacional, que consagra la protección *integral* de la *familia* y el Código Civil y Comercial de la Nación que

en su Libro Segundo refiere y regula “Las relaciones de *familia*” se encargan de brindar un concepto jurídicamente uniforme que permita identificar a la familia como sujeto jurídicamente identificable.

Entendemos que esta omisión no solamente resulta adrede sino también prudente, pues de esta forma, el derecho argentino se ha permitido reconocer y englobar dentro del concepto de *familia* no solamente aquel al que le reconoce efectos jurídicos legítimos y que deriva de la institución matrimonial heterosexual originalmente previsto en el Código Veleziano, sino también a múltiples modelos familiares que poseen diferente conformación, como así también al modelo matrimonial cuando se encuentra conformado por personas del mismo sexo (2).



¿Cuál es el tema jurídico debatido?

Se muestra la evolución del Derecho de Familia en Argentina desde la perspectiva constitucional. El trabajo expone el concepto constitucional de *familia*, que está dado actualmente por la existencia de un vínculo afectivo perdurable que diseña un proyecto biográfico conjunto en los aspectos materiales y afectivos. La socioafectividad se presenta, en consecuencia, como elemento necesario de las relaciones familiares.