

# Análisis de la implementación de la Investigación Penal Preparatoria Electrónica en provincia de Buenos Aires: características y desafíos

Gonzalo J. Duarte Ardoy (\*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. Progresiva implementación de medios electrónicos.— III. Investigación penal preparatoria.— IV. Reglamento aprobado por la Res. PG 1111/21.— V. Desafíos: garantizar el derecho al acceso a la justicia.— VI. Conclusiones.

## I. Introducción

El día 15 de diciembre de 2021 el Procurador General de la provincia de Buenos Aires dispuso mediante la res. PG 1111/21 la implementación de la Investigación Penal Preparatoria Electrónica (en adelante, “IPP Electrónica”) y la aprobación del “Reglamento sobre la Investigación Penal Preparatoria Electrónica”.

Dichas medidas comprenden a los procesos penales que inicien a partir del 15 de febrero de 2022 en los Departamentos Judiciales Quilmes y San Nicolás; y, a partir del 25 de abril de 2022, en los procesos penales iniciados en toda la provincia de Buenos Aires.

Como se verá, la Res. en cuestión forma parte de un proceso gradual por medio del cual se apunta a la progresiva implementación de medios electrónicos en el Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires.

Dicho proceso ha sido repentina y abruptamente profundizado en marzo de 2020 a partir

del surgimiento de la pandemia del COVID-19 y la adopción de las primeras medidas de aislamiento preventivo obligatorio y de restricción a la circulación.

Indudablemente aquel representó un punto de quiebre, que forzó a los diferentes sistemas de administración de justicia a adaptarse a un nuevo contexto en el que se impuso el trabajo y la realización de trámites a distancia y por medios digitales.

Ello revela la trascendencia de atender al estudio y comprensión de las nuevas regulaciones y desafíos que representa el trámite virtual o electrónico de los procesos judiciales.

El objetivo de este artículo es analizar la res. PG 1111/21 que regula la implementación de la Investigación Penal Preparatoria Electrónica en la Prov. de Buenos Aires.

Para ello, se describirán y explorarán los diferentes aspectos contemplados por la norma en cuestión. Además, ello se relacionará con diversos desafíos que representa para los sistemas de administración de justicia el avance hacia medios de actuación digitales.

---

(\*) Máster en Criminología, Política Criminal y Sociología Jurídico Penal (Universidad de Barcelona). Especialista en Magistratura (Universidad de La Matanza). Abogado (Universidad de Buenos Aires).

Por medio de tal labor, se anhela contribuir en la comprensión de la norma y presentar líneas de investigación que permitan continuar profundizando el estudio del tema abordado.

## **II. Progresiva implementación de medios electrónicos**

En los considerandos de la Resolución PG 1111/21 se precisa que el Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires ha transitado ya desde el año 2006 el camino hacia la implementación de medios electrónicos.

Se hace hincapié en que la registración digital de resoluciones es una medida que contribuye a garantizar la transparencia institucional, el acceso a la información a la luz del principio republicano de publicidad de los actos de gobierno y la adopción de políticas públicas.

El Sistema Informático del Ministerio Público de la provincia de Buenos Aires (en adelante, "SIMP") es la plataforma tecnológica desarrollada por la Subsecretaría de Informática de la Procuración General que reúne la información referida a las investigaciones penales preparatorias que tramitan en el Fuero Criminal y Correccional, y de la Responsabilidad Penal Juvenil de la provincia de Buenos Aires, integrando progresivamente el proceso penal en una base de datos unificada.

Oportunamente, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia dispuso que los Juzgados de Garantías y de Garantías del Joven utilicen el SIMP hasta la elevación de los procesos a juicio (Convenio MPBA N° 10/09, Resolución de Presidencia N° 5/09 y Resoluciones de la Suprema Corte N° 599/11 y 333/15).

La res. PG N° 200/18 ordenó la puesta en marcha del expediente electrónico administrativo en el ámbito de la Procuración General y su implementación gradual en las Fiscalías Generales, Defensorías Generales, Asesorías de Incapaces, Curaduría General y Curadurías Oficiales Departamentales o Zonales.

En lo que concierne a los abogados particulares, en el año 2018 se concretó la suscripción del Convenio Específico N° 2 del Convenio Marco de Colaboración entre el Ministerio Público y el

Colegio de Abogados de la provincia de Buenos Aires. Se habilitó que todo abogado particular de cualquiera de las partes podrá acceder, una vez aceptado el cargo en legal forma, al SIMP Mesa Virtual durante la investigación penal preparatoria y compulsar la información pública registrada en la investigación penal preparatoria en la que ha tomado intervención. Posteriormente, se contempló y habilitó el acceso de los letrados antes de aceptar el cargo, por un plazo de 24 horas, el cual podrá ser excepcionalmente prorrogado por igual período.

En el año 2019 se suscribió el Convenio Específico N° 3 del Convenio Marco de cooperación entre el MPBA y el Ministerio de Seguridad de la provincia de Buenos Aires, por medio del cual se llevó adelante la integración entre el SIMP Penal y el Sistema de Información Delictual (SID) del Ministerio de Seguridad. Ello permitió instrumentar la comunicación electrónica de las denuncias penales receptadas en las dependencias policiales y las actas de procedimiento labradas por el personal policial en actividad de prevención (art. 268 del Código Procesal Penal de la Provincia) que generan directamente un proceso penal en el SIMP Penal. La res. PG 1111/21 sostiene que la comunicación electrónica ha demostrado ser un instrumento eficaz para contribuir a garantizar el acceso a la justicia, optimizar los recursos del Estado y reducir los tiempos de tramitación de la investigación penal preparatoria.

Una vez iniciada la pandemia del COVID-19 en marzo de 2020, el Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires garantizó el acceso remoto de los operadores judiciales al equipamiento y a los sistemas informáticos mediante la transformación del SIMP y de la infraestructura tecnológica del organismo.

Tal como lo reseña la Res. PG 1111/21, el 5 de junio de 2020 se dictó la res. PG N° 293/20 con el objetivo principal de brindar estándares de trabajo y pautas claras para llevar a cabo numerosos actos de la investigación penal preparatoria por video llamada; y el 9 de junio de 2020 se habilitó la firma digital de escritos para magistrados y funcionarios desde el SIMP Mesa Virtual.

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia dictó el Acuerdo N° 3975/20 que es-

tableció que los expedientes judiciales deberán tramitarse en formato digital como regla y aprobó el “Reglamento para los escritos, actuaciones, diligencias y expedientes judiciales”.

Es en este contexto en el que se dicta la Res. PG 1111/21 aquí en estudio. Dispone la implementación de la IPP Electrónica en los procesos penales iniciados en los Departamentos Judiciales Quilmes y San Nicolás a partir del 15 de febrero de 2022. A partir del 25 de abril de 2022, se implementará en los procesos penales iniciados en toda la Provincia

Entre otros objetivos, se afirma que “será posible reducir la duración de la investigación penal preparatoria, facilitar el trabajo complementario y simultáneo de las áreas de gestión del Ministerio Público, optimizar el presupuesto, fortalecer la transparencia, vigorizar la relación con el ciudadano, generar un entorno más saludable para los integrantes del Poder Judicial y preservar el medio ambiente”.

### III. Investigación penal preparatoria

Efectuadas dichas consideraciones, conviene puntualizar las disposiciones legales previstas por el Código de Procedimiento Penal de la Prov. de Buenos Aires que regulan la IPP.

Las finalidades de la misma se encuentran previstas en el art. 266. Allí se establece como objetivos: comprobar la existencia de un hecho delictual; establecer la adecuada tipificación penal; individualizar a autores y partícipes; verificar condiciones personales, antecedentes, facultades mentales y condiciones bajo las que habría actuado la persona; y comprobar la extensión del daño.

La IPP está a cargo del Ministerio Público Fiscal, cuyo representante cuenta con la posibilidad de proceder al archivo de las actuaciones, comunicando la realización de este acto al Juez de Garantías y notificando a la víctima, cuando considere que no hubiere prueba suficiente sobre la existencia del hecho o la autoría de la persona acusada.

El art. 280 del Código de Procedimiento establece que todos los procedimientos son públicos. El secreto de la investigación solo puede

dictarse por cuarenta y ocho horas, prorrogable por veinticuatro horas.

La IPP debe practicarse en el plazo de cuatro meses a contar de la detención o declaración del imputado prevista en el art. 308 del Código de Procedimiento. Dicho plazo se puede prorrogar hasta por dos meses más y, en casos excepcionales debidamente justificados por su gravedad o difícil investigación, la prórroga podrá ser de hasta seis meses.

Téngase presente que, como se adelantó, mediante la Res. PG 1111-21 aquí en estudio se afirma que la IPP Electrónica posibilitará reducir la duración de la investigación penal preparatoria.

### IV. Reglamento aprobado por la Res. PG 1111/21

La resolución aquí en estudio reglamenta el uso de la IPP Electrónica mediante un Anexo Único.

Allí se sistematizan los principios rectores, su contenido y creación, la incorporación de actos procesales, las pautas de uso común para los usuarios del SIMP Penal y aquellas específicas para los usuarios que integran el Ministerio Público, la actuación del Ministerio Público Fiscal, del Ministerio Público de la Defensa y del Ministerio Público Tutelar, el acceso de abogados y abogadas particulares y los principios que rigen la privacidad.

El art. 1º contempla los tres principios rectores de la IPP Electrónica.

El primero de ellos es el principio de equivalencia funcional, que establece que los actos procesales incorporados a la IPP Electrónica producirán los mismos efectos que si se hubieran incorporado a la investigación penal preparatoria en soporte papel.

El principio de fidelidad promueve la fidelidad, preservación y reproducción de los actos procesales registrados, en respeto de la reserva de la información prevista en el Capítulo XI del Reglamento.

Por último, el principio de buena fe alienta la actuación en tales términos por parte de los organismos vinculados a la IPP Electrónica, las

partes y sus letrados, y quienes intervengan en la tramitación de la investigación penal preparatoria.

Los arts. 2° a 4° regulan el contenido que se registra en la IPP Electrónica; mientras que los arts. 5° a 7° estipulan la forma de creación de la misma. En este punto, puede precisarse que, a partir de la interoperabilidad con sistemas informáticos externos, la IPP Electrónica se crea en forma automática a partir de denuncias receptadas en las dependencias policiales y actas de procedimiento labradas por el personal policial en actividad de prevención (arts. 268 y 292 del Cód. Proc. Penal de la provincia de Buenos Aires); denuncias penales formuladas mediante la aplicación “Mi Seguridad” del Ministerio de Seguridad de la Provincia; o denuncias penales o noticias de un crimen generadas en otro sistema informático en virtud de convenios de colaboración que haya suscripto la Procuración General.

Los arts. 8° a 17 contemplan la incorporación de actos procesales a la IPP Electrónica. Se establece que se ordenan por fecha de incorporación y que deben registrarse por única vez. Asimismo, se prevé que los originales que dan soporte a actos procesales que no son susceptibles de ser incorporados a la IPP Electrónica deberán ser físicamente reservados mediante el mecanismo que cada Fiscal General determine.

Por su parte, en los arts. 18 a 21 se fijan pautas de uso común para todos los usuarios del SIMP Penal, mientras que en los arts. 22 y 23 se regulan en concreto las reglas para los usuarios del Ministerio Público. Se establece que la IPP Electrónica podrá ser compulsada en forma de libro digital a través del SIMP Penal y que los usuarios deberán ingresar diariamente al sistema para efectuar el seguimiento de las investigaciones penales preparatorias en las que intervienen.

A partir del art. 24 al 31 se regula la actuación del Ministerio Público Fiscal. De ello puede destacarse que la Policía Judicial también utilizará el SIMP Procedimientos. Mientras tanto, la prueba producida por dependencias externas al Ministerio Público con las que no se hubiera celebrado un convenio de colaboración a los efectos de digitalizar la remisión de documentación en el marco del proceso penal deberá ser carga-

da en la IPP Electrónica por la dependencia del Ministerio Público Fiscal que posea dicha función en el ámbito departamental.

En lo que concierne al Ministerio Público de la Defensa, su actuación se encuentra contemplada en el art. 32, mientras que el Ministerio Público Tutelar en los arts. 33 a 35. A su vez, en el art. 36 se regula el acceso de abogados y abogadas particulares a la IPP Electrónica. Dichas disposiciones precisan el alcance del acceso de cada una de esas partes a la IPP Electrónica.

En otro orden, el Reglamento regula del art. 37 hasta el 40 la privacidad de la IPP Electrónica. Resulta importante destacar la pauta por la cual se establece que los organismos vinculados al proceso y las partes que acceden a la IPP Electrónica pueden, como principio, compulsar todos los trámites generados en el marco de la investigación penal preparatoria. Sin perjuicio de ello, se exige el deber de preservar, resguardar y utilizar la información a la que tengan acceso teniendo en cuenta las normas que rigen lo vinculado a datos personales (ley 25.326). Ello, en pos de garantizar la intimidad, la privacidad y el honor de las personas implicadas, así como también la confidencialidad de las actuaciones judiciales vinculadas.

Por último, en los arts. 41 a 43 contemplan “Supuestos de contingencia” que aluden principalmente a supuestos de interrupción provisoria del servicio.

## **V. Desafíos: garantizar el derecho al acceso a la justicia**

El avance en digitalización de los expedientes y trámites del servicio de administración de justicia presenta diferentes desafíos. Entre ellos se encuentra la necesidad de garantizar y no soslayar el derecho al acceso a la justicia.

Los derechos a la tutela judicial efectiva y al acceso a la justicia se encuentran reconocidos en los arts. 18 de la CN, 8°, inc. 1°, y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 2°, inc. 3°, y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La digitalización de los trámites judiciales y la posibilidad de ejercer la prestación del servi-

cio de administración de justicia en forma virtual o remota no deberían implicar el aumento de la distancia entre los servicios de administración de justicia y las personas interesadas o involucradas en el proceso. Por el contrario, la adopción de medios digitales debería tender a eliminar las barreras existentes.

Al analizar el acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos destacó la necesidad de que las víctimas no deban emplear significativos recursos económicos y logísticos propios para poder interponer una denuncia y para participar posteriormente en el procedimiento judicial (CIDH, *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*, 2007, p. 182).

Si bien derecho al acceso a la justicia se encuentra mencionado en la res. PG 1111/21, lo cierto es que la entidad de los derechos en juego ameritaría un tratamiento con mayor alcance.

En efecto, la Resolución contempla en sus considerandos: “Que, por otra parte, uno de los objetivos estratégicos del Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires consiste precisamente en promover, apoyar, acompañar y fortalecer los procesos de asistencia y acompañamiento de aquellas personas que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad”.

Asimismo, alude: “Que, en otro orden, para conocer la opinión del ciudadano y propiciar un proceso de mejora continua del servicio de justicia en el contexto de la pandemia por COVID-19 se implementó un sistema de encuestas virtuales cuyos resultados reflejan un alto nivel de satisfacción por parte de las personas contactadas a través de medios telemáticos”.

De igual forma, consigna: “Que con el objetivo de contribuir a asegurar la tutela judicial efectiva y garantizar el acceso a la justicia, el Ministerio Público brindó asistencia técnica al Ministerio de Seguridad de la provincia de Buenos Aires, en el marco del Convenio Específico celebrado el 15 de junio de 2017 con dicha cartera del Poder Ejecutivo, en la implementación de una novedosa aplicación para formular denuncias penales en forma virtual denominada ‘Mi Seguridad’”.

Ahora bien, no se desatienden las ventajas y facilidades que para la ciudadanía puede representar la posibilidad de gestionar acciones y consultas judiciales a distancia y por canales digitales. Sin embargo, dichos avances no deberían colocar en desventaja a quienes no cuentan con las herramientas o conocimientos para ello.

Lo expuesto adquiere aun mayor relevancia cuando se atiende que la Resolución en estudio, ni el Reglamento aprobado, contemplan la posibilidad que la persona acusada o la víctima tengan acceso a la IPP Electrónica.

Ciertamente, no se advierten argumentos por los cuales limitar el acceso a la IPP Electrónica a estas dos figuras centrales del proceso penal. En el caso, ni siquiera se ha previsto algún grado de restricción o limitación. Se ha prescindido de cualquier previsión al respecto.

La omisión puntualizada se contrapone con el art. 280 del Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires, que establece que todos los procedimientos son públicos.

En el supuesto específico, el hecho de que el Ministerio Público de la Defensa cuente con acceso a la IPP Electrónica no sufre la necesidad de otorgarle posibilidad de visualización autónoma e independiente a la persona acusada.

En este sentido, no debe soslayarse que el derecho de defensa en juicio (arts. 18 CN; 11.1 DUDDHH; 8.2.c, 8.2.d, 8.2.e CADH; 14.1, 14.3.b, 14.3.d PIDCyP) abarca necesariamente el derecho de defensa material, es decir, aquel que puede ejercer por su propio derecho la persona acusada.

Lo expuesto adquiere mayor relevancia cuando se trata de personas privadas de su libertad. No existe ningún fundamento para que, al día de hoy, continúen las limitaciones de conexión en los centros de detención.

La digitalización del proceso y la utilización de medios electrónicos de actuación y comunicación deberían dirigirse a acercar y garantizar el acceso a la justicia de aquellas personas que se encuentran detenidas.

Ello, por cuanto no debe soslayarse que “los principios de igualdad y no discriminación exi-

gen a los Estados evaluar el posible efecto discriminatorio que las normas y políticas puedan tener en la práctica, más allá de que su formulación sea en apariencia neutral” (Aporte de la Sra. Defensora General de la Nación, Dra. Stella Maris Martínez, del 24/11/20, a la Opinión Consultiva de la Corte IDH “Enfoques diferenciados en materia de personas privadas de libertad”).

## VI. Conclusiones

En este artículo se ha analizado la res. PG 1111/21, dictada el día 15 de diciembre de 2021 por medio de la cual el Procurador General de la provincia de Buenos Aires resolvió la implementación de la Investigación Penal Preparatoria Electrónica (en adelante, “IPP Electrónica”) y la aprobación del “Reglamento sobre la Investigación Penal Preparatoria Electrónica”.

A tales fines se han descripto y explorado los diferentes aspectos contemplados por la norma en cuestión.

La labor llevada a cabo permite apreciar que el dictado de la Res. PG 1111/21 es parte de un proceso gradual por medio del cual se apunta a la progresiva implementación de medios electrónicos en el Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires.

Como se vio, dicho proceso fue acelerado a partir de la pandemia del COVID-19 en marzo de 2020. Así, entre los antecedentes de la resolución aquí estudiada, puede citarse que la res. PG N° 293/20 de junio del 2020, que tuvo el objetivo de brindar estándares de trabajo y pautas claras para llevar a cabo numerosos actos de la investigación penal preparatoria por video llamada. De igual forma, el 9 de junio de 2020 se habilitó la firma digital de escritos para magistrados y funcionarios desde el SIMP Mesa Virtual. A su turno, se ha visto que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia dictó el Acuerdo 3975/20 que estableció que los expedientes judiciales deberán tramitar en formato digital como regla y aprobó el “Reglamento para los escritos, actuaciones, diligencias y expedientes judiciales”.

Asimismo, en el artículo se ha relacionado la Res. PG 1111/21 con la normativa procesal vigente que regula la IPP, ello a los fines de

comprender adecuadamente la finalidad de la misma y las disposiciones que la regulan.

Además, se han explorado y descripto los diferentes aspectos normados por el Reglamento aprobado por la Res. PG 1111/21. De ello puede destacarse la trascendencia de los principios de equivalencia funcional y de fidelidad. Mientras el primero de ellos establece que los actos procesales incorporados a la IPP Electrónica producirán los mismos efectos que si se hubieran incorporado a la investigación penal preparatoria en soporte papel; el principio de fidelidad promueve la fidelidad, preservación y reproducción de los actos procesales registrados.

Se advierte que estos dos principios que rigen el trámite de la IPP Electrónica son sumamente trascendentes en la medida que promueven su legalidad y dejan en claro la absoluta validez de los actos llevados a cabo por la IPP Electrónica.

En este escenario, resulta atinado se hayan contemplado los supuestos en que los originales que dan soporte a actos procesales que no sean susceptibles de ser incorporados a la IPP Electrónica. Recuérdese que el Reglamento estipula que deberán ser físicamente reservados mediante el mecanismo que cada Fiscal General determine.

Ahora bien, efectuadas dichas consideraciones, debe destacarse que el dictado de la Res. en estudio, así como las resoluciones anteriores que se han dispuesto en la materia como parte del proceso de paulatina digitalización de los procesos, evidencian la preocupación del Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires por sentar las reglas y pautas que debe regir la actuación por medios virtuales.

Ello resulta sumamente necesario, dado que mediante este tipo de reglamentaciones se establecen las reglas de actuación, se despejan dudas sobre puntos problemáticos y, en definitiva, se reduce el grado de discrecionalidad acerca de la forma de llevar adelante determinados los procesos. Ello adquiere mayor entidad cuando se aprecia que, hasta el mes de marzo de 2020, los servicios de administración de justicia en la República Argentina no estaban mayormente habituados a tramitar actuaciones por canales

digitales o concretar actos por medios electrónicos y en forma remota.

Ahora bien, como puede apreciarse, en este artículo se abordó uno de los principales desafíos que deben tener en consideración las regulaciones sobre la digitalización de la actuación en procesos judiciales. Esto es la garantía del derecho al acceso a la justicia.

En efecto, la utilización de medios electrónicos y la posibilidad de ejecutar actos y formular consultas a distancia, debe propender a aumentar derechos y facilitar el acceso a la justicia de las personas interesadas.

Sin embargo, se advierte que la Res. analizada prescinde de contemplar disposiciones dirigidas a la situación de víctimas y personas acusadas. Así, no se abre adecuadamente la discusión acerca del grado de alcance que debería darse a la posibilidad de que las partes no técnicas cuenten con acceso autónomo e independiente a las actuaciones digitales.

De igual forma, se prescinde de cualquier referencia a los obstáculos que representa para las personas privadas de su libertad el acceso a los medios electrónicos.

No obstante todo lo expuesto, se entiende que la Res. PG 1111/21 debe entenderse no como un retroceso, sino como pie para continuar y profundizar la discusión aspecto aspectos tan importantes como lo es el derecho al acceso a la justicia.

Ello, con la finalidad de atender principal y debidamente la situación de sectores sociales que atraviesan procesos estructurales de desigualdad y exclusión, y que se ven, consecuentemente, imposibilitados de acceder a la justicia (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *El Acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales: estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos*, 2007, p. 81).

# Reforma al proceso penal de la provincia de Jujuy

Roberto Marcelo Savio Cravero (\*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. La realidad del proceso penal local.— III. Necesidad de actualización del proceso.— IV. Abandono de viejas figuras procesales.— V. Conclusión.

## I. Introducción

Desde hace unas décadas, el desarrollo legislativo de la región ha marcado una clara tendencia hacia la actualización de sus modelos procesales en materia penal. Su pauta de inicio de ese desarrollo estuvo dada a partir de la reforma a la Constitución Argentina ocurrida en 1994, con la propuesta de avance hacia un modelo acusatorio con participación ciudadana e integración de la víctima como sujeto procesal con interés directo.

La vigencia del modelo inquisitivo resistió algunos procesos de reformas, adquiriendo matices pseudo-inquisitivos denominados sistemas inquisitivos mitigados, que se manifestaba principalmente en la primera etapa del proceso denominada preparatoria del juicio o de instrucción, con desarrollo escritural y marcado por un amplio margen de selectividad a cargo de las agencias de investigación penal.

Durante ese período coexistían como unidad la figura del Juez de Instrucción junto al Fiscal de Instrucción Penal, diferenciándose los roles de acusación y juzgamiento recién en el debate, sin perder el Tribunal de Juicio las facultades investigativas durante su desarrollo.

## II. La realidad del proceso penal local

La provincia de Jujuy cuenta actualmente con dos Códigos de Procedimiento Penal vi-

gentes, siendo el más antiguo aplicado desde 1978 y hasta el presente, por los denominados Juzgados de Instrucción Penal Residuales y por los Juzgados de Menores (o de Justicia Penal Juvenil); y el más reciente, sancionado por la ley 5623 el 5° de setiembre de 2009, vigente desde el 1° de setiembre de 2011 (1), para hechos en infracción a la ley penal tuvieron lugar a partir de su entrada en vigencia.

Entre los puntos destacados de aquella reforma, asoma la diferenciación de roles y funciones a cargo de Jueces y Fiscales, quedando para aquellos, en forma exclusiva el curso de la investigación, salvo aquellos casos en los que fueran sometidos a proceso personas amparadas en los denominados privilegios constitucionales (2), según el alcance asignado a estos por la "Ley de Fueros" (3).

Se introdujeron al régimen procesal las reglas de disponibilidad de la acción penal, con miras a racionalizar los criterios de selectividad inherentes tanto al sistema penal como a las agencias de control social, y descartar aquellos hechos que aparecen irrelevantes para promover la actuación de la justicia. Se incluyeron métodos alternativos de solución de conflictos, y se incorporó al texto del código la figura del querellante, reconocida hasta entonces por ley

(1) Cfme. Acordada STJ N° 126/11, art. 1° — Implementación y puesta en vigencia gradual por jurisdicciones.

(2) Investigación jurisdiccional a cargo de Jueces de Control (o Jueces de Garantías).

(3) Ley 25.320 "Régimen de Inmunidades para legisladores, funcionarios y magistrados" (Promulgada el 12/9/2000).

(\*) Abogado por la Universidad Nacional de Córdoba (2001). Especialista en Derecho Penal y Procesal Penal. Miembro titular de la Comisión de Reforma al Código Procesal Penal por el Colegio de Abogados de Jujuy. Secretario con función de relator ante la Fiscalía General del Superior Tribunal de Justicia de Jujuy.

complementaria bajo la denominación de “que-  
rellante particular” con una actuación limitada  
y sin autonomía.

Luego de producida la reforma judicial en el  
año 2016, se extrajo de la órbita del Poder Judi-  
cial la actividad propia del Ministerio Público  
Fiscal en materia penal, hasta entonces cum-  
plidas por la Fiscalía General ante el Superior  
Tribunal de Justicia de Jujuy, pasando estas al  
nuevo órgano creado por ley 5895 (4), denomi-  
nado Ministerio Público de la Acusación. Este  
nuevo ente fue dotado de autonomía funcional  
y administrativa, en un intento de adaptar su es-  
tructura orgánica al modelo propuesto por el  
art. 120 de la Constitución Nacional.

Con ello se dio inicio a la discusión reformista,  
planteada como necesidad desde el Gobierno  
provincial persiguiendo un objetivo moderniza-  
dor, que abarcó tanto el proceso penal como el  
civil y del trabajo. En particular, respecto al pro-  
ceso penal el objetivo giró en torno a migrar a un  
proceso de partes (adversarial) y superar aque-  
llas cuestiones pendientes de las que se privó la  
reforma anterior sin perder de vista el objetivo  
inicial de dotar a la judicatura de mayor impar-  
cialidad respecto del trámite como de las partes.  
En palabras del titular del Ministerio Público de  
la Acusación “el actual código quedó a mitad de  
camino, pues faltaba implementar una reforma  
orgánica lógica de la separación: la autonomía  
institucional de los fiscales” además de que “hay  
un aspecto incumplido en la administración de  
justicia, por lo que la sociedad nos interpela: la  
falta de celeridad y rapidez en los procesos” (5).

La inminente implementación del proceso  
penal adversarial en Jujuy mostrará sus benefi-  
cios y nos enfrentará a las dificultades que ne-  
cesariamente deberán afrontar los operadores,  
cuyo desafío en cuanto a capacitación previa,  
impone un cambio profundo en el modo de ra-

zonar el proceso tal como se conoce en la prác-  
tica forense.

Refiere Roxin (6): “...un procedimiento acu-  
satorio puro, en el que un juez, sin conocimien-  
to de las actas, no tuviera que intervenir en el  
esclarecimiento de los hechos y solo al final tu-  
viera que juzgar sobre los elementos de cargo  
y de descargo aportados por la fiscalía y por la  
defensa, tendría todavía, desventajas de mayor  
peso, ..., de modo tal que el riesgo de que exista  
un error judicial, al tratarse de un juez sin co-  
nocimiento de las actas y que no interviene en  
el juicio, sería probablemente mayor que el que  
existe hasta ahora”.

### III. Necesidad de actualización del proceso

Dos cuestiones fundamentales justifican el  
llamado a una labor reformista. La primera está  
relacionada a la exigencia social de mejor justi-  
cia, vinculada a la celeridad en el desarrollo de  
los procesos penales expresada en reiterados  
pedidos de “justicia” que en la práctica exige  
la realización de debates y su culminación con  
el dictado de sentencia en tiempos razonables,  
respetando la participación ciudadana garan-  
tizando el acceso a la justicia. La segunda —de  
marcada incidencia técnica—, referida al marco  
de desarrollo de la política criminal, proyectada  
por y desde el Estado, asegurando la estabilidad  
jurídica como estándar que aporte previsibili-  
dad a la operatividad del sistema.

No escapa al análisis propuesto que, en líneas  
generales, una reforma nace como respuesta al  
fracaso de un modelo y frente a la necesaria in-  
corporación de figuras procesales, que a modo  
de conquistas fueron implementadas por legis-  
lación complementaria y que debieran armoni-  
zar con el modelo de proceso a proponer. Tales  
a modo de mención, coinciden con la figura del  
arrepentido, el agente encubierto, y el juicio por  
jurados, entre otras.

Otro factor de influencia para un proceso de  
reforma, es la intención de desterrar viejas prác-  
ticas de los operadores judiciales y sus colabo-  
radores, formados en un modelo de instrucción

(4) Ley 5895, art. 1: “Créase en el ámbito del Ministe-  
rio Público Fiscal del Poder Judicial, el Ministerio Público  
de la Acusación, que ejercerá sus funciones ante los Tri-  
bunales y Juzgados inferiores...”.

(5) Nota de prensa al titular del Ministerio Público de  
la Acusación, Diario El tribuno de Jujuy, “[https://www.  
tribunodejujuy.com/2021-7-31-1-0-0-deuda-por-  
falta-de-celeridad-y-rapidez-de-los-procesos](https://www.tribunodejujuy.com/2021-7-31-1-0-0-deuda-por-falta-de-celeridad-y-rapidez-de-los-procesos)”.

(6) ROXIN, C., “Derecho Procesal Penal”, Editores del  
Puerto, Buenos Aires, 2000, 25a edición alemana, ps. 377-  
378.

penal, formalista y escritural frente a la oralidad, desformalización y celeridad, como meta a lograr, en particular durante el desarrollo de la investigación preliminar al debate.

En efecto, con la modificación del proceso del año 2011, la preservación de la imparcialidad de los jueces, si bien se fortaleció con la división de roles respecto a la fiscalía, aún queda como pauta de desarrollo, frente a la subsistencia del expediente como instrumento de trámite, su reemplazo por legajos de parte. Ello en razón de haberse naturalizado el planteo de reiteradas objeciones al trámite escritural, tanto en materia de nulidades como de impugnación por las partes, sin olvidar la sustanciación de planteos mediante el uso de “vistas o traslados”, asignando al proceso de corte acusatorio un formalismo que atentaba contra su operatividad.

Refería Maier que “¿Los oficios estatales, divididos al solo objeto de mostrar y posibilitar el principio acusatorio, también resultaron confundidos entre sí: un ministerio público con escasos poderes sobre la persecución penal, cuya función es, a semejanza de lo que ocurría con la fiscalía en el procedimiento inquisitivo avanzado, controlar la actividad de los jueces, y un tribunal que, a más de la función característica de decidir el caso y darle solución, soporta la pesada carga de averiguar la verdad e impulsar el procedimiento hacia su terminación” (7).

Superada la reforma judicial, desde el Ejecutivo Provincial se convocó a la conformación de una comisión interinstitucional para elaborar el texto del proyecto de Código Procesal Penal, que cumplió su cometido presentando el anteproyecto al Gobernador de Jujuy durante el mes de diciembre de 2018, e ingresado para tratamiento legislativo en las sesiones ordinarias del 2019, sin que fuera aprobado sino hasta diciembre del 2021 con modificaciones respecto a la versión original.

El eje central del Código reformado por ley 6259 (aun no vigente), corresponde a la oralidad del trámite en todo su desarrollo y la aplicación de tecnología como herramienta, que visibilizó sus bondades durante el periodo de aislamiento

(7) MAIER, J., "Derecho Procesal Penal — I. Fundamentos", Editores del Puerto, 2004, 2a ed., p. 389-391.

social impuesto luego de la emergencia sanitaria por la pandemia de COVID-19, junto al expediente con firma digital en reemplazo del papel.

El ejercicio de la jurisdicción, se va a limitar al cumplimiento de actos estrictamente procesales, extrayéndose de esta la actividad meramente administrativa y de organización que pasa a estar a cargo de la Oficina de Gestión Judicial que se erige como un órgano de apoyo a la actividad que cumple la figura del juez. Este nuevo órgano tendrá a su cargo el sorteo de jueces del fuero penal distribuyendo la competencia material y territorial según corresponda, lo que hasta ahora se fijaba según turnos temporales de los juzgados de control. Podrá realizar actos de “mero trámite”, como la citación de testigos, fijar fecha y hora de audiencias y su registro. Este nuevo esquema de trabajo descomprime la labor del juez y rediseña la estructura de los juzgados y tribunales, aminorando la cantidad de personal auxiliar y funcionarios para el cumplimiento de labores, subsistiendo la figura del Secretario Judicial como asistente fedatario en las resoluciones que deban tomar.

El nuevo modelo propone como momento de principal interés el debate como ámbito de discusión del caso propuesto por la acusación, al que se llega luego de cumplirse la etapa investigativa que recolecta evidencias en un legajo que debe confeccionar la Fiscalía, cuya característica distintiva, es ser de carácter público para las restantes partes en función de la operativa garantía de control probatorio. Tanto la defensa, como la acusación adhesiva o particular (Querrelante), deben elaborar su propia teoría del caso y confeccionar sus respectivos legajos. En ambos casos, el Código los denomina “Legajos de Prueba”, que para el caso del legajo de la querrela se prevé su incorporación como anexo al legajo fiscal (8), a pedido de esta.

(8) Cfme. art. 210 del CPP, "Reglas sobre las pruebas", inc. b: Las demás partes podrán recolectar por sí las pruebas que consideren necesarias y sólo recurrirán al representante del Ministerio Público de la Acusación si fuere necesaria su intervención. En caso de negativa injustificada y si fuera necesario el auxilio de la figura pública para el diligenciamiento de la prueba, podrán recurrir al órgano jurisdiccional competente para que se lo ordene. La prueba producida por la querrela se incorporará como anexo al legajo del Ministerio Público de la Acusación

La desformalización del proceso impone repensar la experiencia generada en el ámbito de la jurisdicción federal, luego de la puesta en vigencia del Código Procesal Penal Federal en el distrito Salta-Jujuy en el mes de junio de 2019. Desde la premisa de la colaboración que deben dispensar los organismos públicos y el sector privado en general, se verificó una serie de dificultades para acceder a información pública, producción de testimoniales, informes y todo otro medio de prueba de producción diferida a cargo de terceros; sobre todo en la figura del “defensor particular o privado” que al no contar con convenios de colaboración que lo involucren tornaba abstracto el derecho de defensa al menos en la posibilidad de producir prueba. Estas “trabas” en alguna medida se sortean con la colaboración del Ministerio Fiscal, a quien la defensa podrá requerir la realización de diligencias tendientes a la obtención de pruebas, lo que conlleva la necesaria develación de —al menos— parte de la estrategia defensiva, y perjudica la elaboración de la teoría del caso de la defensa.

En la redacción del Código Procesal de Jujuy se previó la posibilidad de recurrir al órgano jurisdiccional en casos de negarse a la defensa y a la querrela la producción de una prueba, aun con posibilidad de contar con auxilio de la fuerza pública.

El diseño del proceso quedó estructurado en tres momentos centrales, desarrollados en audiencias en las que debe decidir cuestiones fundamentales en el tratamiento judicial del caso. Durante la Investigación Preliminar se pautó una audiencia denominada “de formalización de la investigación” en la que se cumple con la comunicación de la acusación inicial (imputación del hecho), se controlan las medidas cautelares y el tiempo de desarrollo de la etapa a cargo del representante del Ministerio de la Acusación. Un segundo momento corresponde a la audiencia de “clausura” o de “control de la acusación”, concebida como una etapa autónoma e intermedia entre la investigación y el juicio, donde se produce el cierre de la investigación preliminar, para pasar al debate o bien,

cuando ésta lo solicite; la defensa tendrá su propio legajo de prueba”.

pudiendo aún disponerse el archivo por imposibilidad de ejercer la acusación.

Ya en la etapa de debate ante el Juez o Jueces con función de juicio, se realiza la denominada “audiencia preliminar”, en la que las partes presentan “el caso” y ofrecen las pruebas con las que intentarán validar su hipótesis respecto al hecho sometido a juzgamiento; y finalmente luego de cumplido el debate (oral y público salvo restricciones legales) se realiza la “discusión final” en la que se presentan alegatos previos al dictado de la sentencia de mérito que decidirá sobre la responsabilidad del acusado o su absolución.

La etapa inicial o de investigación es en la que se visualizan con notoriedad los cambios que propone la reforma, mediante el abandono de la vieja práctica escritural pasando al régimen de audiencias administradas por la Oficina de Gestión Judicial, como encargada de garantizar un correcto funcionamiento administrativo de momentos para la toma de decisiones judiciales. Es, en ese marco, donde gana operatividad el principio de concentración dado el fin multipropósito asignado a las audiencias, que deberán registrarse en forma digital.

En la práctica, y a modo de ejemplo, en una misma audiencia se podrá resolver la situación procesal de una persona imputada en cuanto a la morigeración o levantamiento de una medida de restricción de libertad; la celebración de acuerdo conciliatorio o el tipo de trámite procesal del caso, pudiendo aun culminar por acuerdo abreviado, sin necesidad de sustanciar cada acto con traslados y vistas en término de plazos procesales. Dentro de ese esquema se ubican las dos audiencias troncales de la etapa.

Mención aparte merece la regulación de nulidades, distinguiéndose el trámite según si el imputado se encontrare o no privado de libertad. En el primer caso, los planteos nulificantes no suspenden el trámite del proceso, difiriendo su tratamiento al momento de celebrarse el control de acusación; y para el segundo supuesto su tratamiento se prevé en forma inmediata, dentro de tres días de recibido el pedido. Por su parte, tal como expresa Espinassi “implica, nada más y nada menos, que el proceso se vería obligado a convivir con una eventual nulidad

esperando el cierre de la investigación para ser resuelta... y la participación de la parte que alega la nulidad podría implicar la convalidación de la nulidad” (9) (en casos de nulidades relativas). La regulación en materia de nulidades de carácter absoluto no evidencia objeciones al posibilitar su planteo en cualquier momento del proceso.

En materia de impugnaciones se adoptó la denominación genérica de “Control de las decisiones judiciales”, y se creó un tribunal con funciones de revisión ante el que se resolverán los distintos medios de impugnación de decisiones jurisdiccionales, variando la integración del cuerpo según se trate de recursos contra decisiones de jueces de control, para las que resolverá en forma unipersonal, y en forma colegiada para recursos contra sentencias definitivas. Respecto a la forma de interposición, por regla general, se establece que deberán plantearse en forma verbal durante la audiencia en la que se emitió la decisión que causare agravio, postergándose la sustanciación para una posterior audiencia ante la alzada. En los casos de impugnación de sentencias, sea por vía del recurso de casación o de inconstitucionalidad, se prevé trámite escrito debiendo presentarse el recurso en los plazos habilitados por ley ante el tribunal de sentencia para el primero, y en forma directa ante el Superior Tribunal para el segundo. El trámite de casación prevé la realización de una audiencia de expresión de agravios y sustanciación del recurso, difiriendo la resolución para notificación posterior.

Se ha diferenciado la legitimación de las partes para recurrir, cuya amplitud plena se reconoce al imputado (10) y en el caso de la querrela se estableció la posibilidad de impugnar el sobreseimiento, la absolución y la condena siempre que la pena impuesta fuere inferior a la mitad de la requerida en la clausura del debate. Se incluyen además las resoluciones que pongan fin a la acción o a la pena o hagan imposible que continúen las actuaciones; la denegación o revocación de medidas cautelares; cuestiones de

competencia y de ejecución de la pena para los casos en que no se hubiere escuchado a la víctima (11).

Por último, en cuanto a organización de estructuras organizativas, el Ministerio Público de la Acusación conserva su diseño orgánico, y el Poder Judicial deberá adaptar su estructura modificando el actual esquema previsto por la Ley Orgánica del Poder Judicial N° 4055. El diseño del proceso ajustó la función jurisdiccional asimilada al modelo de “Colegio de Jueces”, dentro del cual cada magistrado deberá cumplir con funciones de control, de juicio y de impugnación según la competencia asignada al momento de otorgarles acuerdo para el ejercicio del cargo. La tarea administrativa se traslada a la gestión judicial, con la consiguiente merma de personal en cada unidad judicial. El interrogante que plantea la normativa refiere a la distribución de audiencias según especialización del magistrado, pudiendo provocar alta concentración de trabajo para determinadas jurisdicciones, tales como los juzgados especializados en violencia de género y violencia familiar, y baja concentración para aquellos de competencia general.

Otro ítem pendiente de regulación corresponde a la justicia penal juvenil, que como mencioné al inicio, ejerce su competencia con un régimen procesal residual e inquisitivo, durante la etapa preliminar, para luego —en el debate— registrarse por el proceso penal actualmente vigente (ley 5623), sin integrarse el Tribunal de Juicio con —al menos— un vocal especializado en justicia penal juvenil, lo que opera en desmedro del régimen especial establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, y en particular las directrices fijadas por la Corte Interamericana de DDHH en el caso “Mendoza” y por la Corte Suprema de Justicia Nacional en el caso “Maldonado”, quedando vigente en la jurisdicción la cesura de juicio. En la praxis forense, el sistema prevé para los casos de imputación a menores y mayores la realización del debate ante un tribunal colegiado (sin especialización) y para el caso de imputados menores, el juicio se realiza ante tribunal unipersonal, a cargo de juez especializado; en contra de la directriz trazada en

(9) ESPINASSI, M., “La reforma procesal en Jujuy. Una transición de los sistemas escriturales a los procesos por audiencias”, Revista Pensamiento Penal, 2019, p.9.

(10) Cfme. art. 456 C.P.P. de Jujuy (Ley 6259).

(11) Cfme. art. 457 C.P.P. de Jujuy (Ley 6259).

el art. 40 de la Convención de los Derechos del Niño (aprobada por ley 23.849).

El proceso penal juvenil que propone el nuevo código, difiere la regulación del fuero especializado para el dictado de una ley posterior, perdiendo la posibilidad de adaptar finalmente el proceso de menores al modelo convencional, persistiendo en incumplir con una deuda pendiente.

Sin embargo, un avance significativo importa la inclusión del juicio por jurados populares, previendo la integración del tribunal con doce jurados conforme una ley especial a dictarse al efecto (12). Cabe agregar la inclusión de un régimen procesal especial contra personas jurídicas.

#### IV. Abandono de viejas figuras procesales

El régimen procesal aún vigente prevé un modo especial de investigación penal para casos en los que se impute la comisión de delito a personas amparadas por privilegios constitucionales, según se establece en el art. 370 del Código Procesal Penal (ley 5623), y recibe la denominación de Investigación Jurisdiccional. Esta modalidad, le asigna al juez el desarrollo de la actividad de instrucción, y faculta al ministerio público para participar en todos los actos de investigación, pudiendo proponer diligencias y formular acusación una vez concluida la etapa.

Así presentado el instituto, surge evidente la presencia de resabios del modelo inquisitivo, donde la figura de la acusación es accesoria a la del juez, y traduce en la práctica la creación procesal de un fuero adicional a favor de personas que gozan del privilegio constitucional, en desmedro de la igualdad de trato de los sujetos procesales, en términos del art. 16 de la Constitución Nacional y las excepciones previstas para legisladores (art. 68 y 69 CN), la inmunidad de jurisdicción a favor de diplomáticos, que emana de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, y el régimen establecido para jueces (art. 115 CN).

Si bien se reconoce que el diseño de la política criminal le corresponde al Poder Ejecutivo,

(12) Cfme. art. 61 C.P.P. de Jujuy (Ley 6259)

en palabras de Binder, la persecución penal no puede realizarse por fuera de los planes político-criminales concretos; “caso contrario, deberíamos permitir que los fiscales realizaran su trabajo por fuera de toda orientación político-criminal que..., significaría que ellos pueden llevar a cabo su trabajo por fuera de una política pública diseñada en forma democrática” (13). Agrega el autor que “¿A lo largo de la evolución histórica del Ministerio Público hubo momentos en que se objetó su excesiva cercanía a los intereses del gobierno, en particular cuando se presentaba a persecuciones fundadas en intereses sectoriales o espurios, pero nunca se lo ha pensado como una institución que funcione alejada de la defensa de los intereses generales que desarrolla la política gubernamental” (14).

Ello coincide con el proyecto de modificación a la ley de fueros (ley 25.320), propuesto por la Diputada Graciela Camaño, quien al presentarlo al Presidente del Cuerpo expresó: “Es cierto que el análisis doctrinario clásico da cuenta de cierta perspectiva —hoy superada en su reformulación moderna y aún vivenciada como injusta en un contexto que tiende a equiparar a todas las personas en la titularidad y el goce de sus derechos y garantías— por la que el legislador, en lo que respecta a sus fueros, y pierde entidad política individual bajo el pretexto del interés público que se deposita en el órgano, que provee por consiguiente indebidas salvaguardas corporativas de la que el ocasional legislador puede echar mano por su sola condición de tal”.

Otro cuestionamiento que ofrece la regulación procesal aún vigente, corresponde a las facultades vedadas a la víctima y al querellante legalmente constituido en parte, que según el segundo supuesto del art. 152 del CPP, no pueden —*de lege lata*— impugnar resoluciones dictadas en trámites de cese de prisión preventiva, de eximición de prisión y en todo lo referido a la libertad del imputado. Si bien tal obstáculo fue progresivamente superado a nivel jurisprudencial y luego por el marco legal regulatorio de los derechos de la víctima, entre ellos la ley 27.372, ley 26.485, fallos de la Cortes Suprema entre los

(13) BINDER, A., "Derecho Procesal Penal", Ad Hoc, 2014, 1a ed., t. II, ps. 458-467.

(14) Ibidem.

que destacan “Quiroga” y “Santillán” (Fallos 321:2021). Actualmente, tanto la víctima como el querellante, cuentan con reconocimiento de facultades plenas y autónomas para actuar en el proceso penal, debiendo ser escuchados en forma previa a todo acto de decisión que pueda afectar sus derechos o intereses, incluso después de impuesta una condena.

Por último, aún subiste en relación a las potestades del juez, la posibilidad para este de manifestar desacuerdo con la desestimación de denuncia del fiscal, según se estipula por el art. 358 del CPP, que aporta como alternativa la intervención de un fiscal superior para que este “resuelva lo que corresponda” (sic). La norma en cuestión impone considerar la facultad reservada al juez para determinar mediante desacuerdo la necesidad de proceder con una investigación, extrayendo de la esfera del fiscal un carácter de propio de la acción penal, cuál es su indelegabilidad en otros sujetos del proceso provocando un claro desmedro a los derechos de la víctima y a la posibilidad de optar por la aplicación de criterios de oportunidad o medios alternativos de solución de conflictos.

## V. Conclusión

La sanción de un nuevo código de procedimientos, con diferimiento del momento de su implementación, provoca un margen de incertidumbre desde todos los sectores sobre los que involucra su actuación. Durante estos tiempos y hasta su efectiva aplicación, deberán desarrollarse diversas actualizaciones y modificaciones

de estructuras internas en el ámbito del Poder Judicial. Inicialmente la capacitación de los operadores judiciales debe asumirse con un alto grado de responsabilidad, sea que la genere cada operador en forma autogestionada o bien mediante la Escuela de Capacitación del Poder Judicial. La demanda de formación no se agota en esa esfera, debiendo articularse además de los magistrados, funcionarios y personal del Ministerio Público Fiscal, a la policía (que carece de una división especial judicial a modo de Policía Judicial), y entidades del sector público, por su incidencia en el deber de colaboración respecto de las investigaciones de delitos.

Esto, en primer lugar ha de marcar el éxito o fracaso del nuevo régimen, que como demanda requiere de mejores destrezas aplicadas al proceso, sobre todo en la actuación de fiscales y defensores a cargo de la presentación del caso al juez. Este punto merece destacar que la especialización del defensor particular se presenta como una exigencia adicional, en tanto la confección del legajo de defensa para quienes opten por la asistencia de abogado de la matrícula demandará costos a cargo del imputado para la producción y obtención de pruebas; cuestión que —como contracara—, presentará una exigencia mayor de trabajo a cargo de la Defensoría Pública, que deberá adaptar su composición aumentando la planta de personal.

Sin dudas, el avance del proceso hacia un modelo acusatorio adversarial por audiencias merece celebrarse.

# El dictamen de peritos en el área iberoamericana

Antonio M. Lorca Navarrete<sup>(\*)</sup>

La regulación en el área iberoamericana del dictamen de peritos adopta unas pautas normativas muy similares a cómo se regula en numerosos países de la Unión Europea en los que el juez continúa siendo un *servus peritorum*.

Es el caso del Perú en donde la presencia del perito se justifica en su misión de auxiliar al juez resulta aun cuando el art. 264 del Cód. Proc. Civil peruano admita la existencia de perito de parte que ha de concurrir a la audiencia de pruebas “con los peritos nombrados por el juez” (RUFFNER DE VEGA) pero que, no obstante, ser un perito de parte “podrá ser citado a la audiencia de pruebas y participará en ella con sujeción a lo que el juez ordene” (RUFFNER DE VEGA) por lo que ese perito de parte solo actuaría como tal perito de parte si el juez le permite concurrir con los peritos judiciales que él haya nombrado. El peritaje es, por tanto, “la diligencia que realiza el perito nombrado por el juez, estudiando el problema de su especialidad e informando de acuerdo con las disposiciones de las partes” (ALFAR O PINILLOS).

En Argentina la situación normativa es similar ya que “la peritación es una actividad procesal desarrollada, en virtud de encargo judicial, por personas distintas de las partes del juicio” (MARTORELLI).

En el Cód. Proc. Civil chileno la respuesta normativa es igualmente semejante ya que “la característica central sobre la base de la cual se estructura la prueba pericial en el sistema procesal vigente es que los peritos son concebidos fundamentalmente como “auxiliares de la administración de justicia” o como “peritos del tribunal”, es decir, expertos que ponen su cono-

cimiento especializado al servicio de las necesidades de la convicción del tribunal, sin considerar de manera relevante los intereses de las partes o comportándose en forma completamente neutral o imparcial respecto de ellas” (DUCE).

En Colombia, en cambio, la regulación que realiza el código general del proceso es diversa a la que ha sido examinada ya que en su Capítulo VI rubricado Prueba Pericial dentro de la Sección Tercera rubricada, a su vez, *Régimen Probatorio* en el Título Único con la rúbrica Pruebas se contiene una normativa sobre que ese Capítulo VI denominada *Prueba Pericial que a grandes rasgos normativos es similar* a la regulación que, sobre el dictamen de peritos, se contiene en la ley de enjuiciamiento civil.

En efecto, la doctrina procesal colombiana ha indicado que “es fundamental reseñar el gran avance obtenido por el legislador al entregar la facultad a las partes para poder presentar en determinada oportunidad el peritaje para comprobar con fuerza relativa lo solicitado en la litis” (TRUJILLO LONDOÑO) de modo que “la aportación de dictámenes de manera unilateral por las partes sería la regla general” (GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ) por lo que “la parte puede escoger libremente el perito de manera unilateral y sin intervención del juez” (GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ).

En Colombia “la aportación de dictámenes de manera unilateral por las partes sería la regla general” (GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ) por lo que “la parte puede escoger libremente el perito de manera unilateral y sin intervención del juez” (GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ).

No obstante, en Colombia “tanto el código de procedimiento civil como el código general del proceso, clasifican al perito como una especie de “auxiliar de la justicia”. Así, de acuerdo con el art. 47 del código general del proceso, dicho car-

---

(\*) Director del Instituto Vasco de Derecho Procesal. Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad del País Vasco/EHU.

go es un “oficio público” que es ejercido de manera ocasional y que debe ser desempeñado “por personas idóneas, imparciales, de conducta intachable y excelente reputación” (GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ) aunque de inmediato se advierte que “si bien el perito consiste en auxiliar la administración de justicia, esto no equivale a estar facultado para reemplazarlo” (GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ).

### **Bibliografía**

ALFARO PINILLOS, R., “Diccionario práctico de Derecho procesal civil”, Editora jurídica Griley, Lima 2006, 2ª ed., p. 683.

DUCE, J. M., “La prueba pericial y su admisibilidad en un nuevo proceso civil, en Justicia civil y comercial: una reforma cercana”. Publicación realizada con el apoyo financiero de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el desarrollo (AECID). Edición Instituto Vasco de Derecho Procesal. Santiago de Chile 2011, p. 111.

GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, J. D., “La prueba pericial en el código general del proceso: una aproximación desde el análisis económico del derecho, en *El proceso civil a partir del código general del proceso*. Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Bogotá, 2017, 2ª ed., pp. 312, 313, 335, 341.

MARTORELLI, “La prueba pericial. Consideraciones sobre la prueba pericial y su valoración en la decisión judicial”. Disponible en: [http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/74553/Versi%C3%B3n\\_en\\_PDF.pdf?sequence=1](http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/74553/Versi%C3%B3n_en_PDF.pdf?sequence=1).

RUFFNER DE VEGA, J. G. R., “La prueba pericial, en Quipukamayoc”, *Revista de la Facultad de Ciencias Contables*. Universidad Mayor San Marcos, Lima-Perú, vol. 22, nro. 42, p. 140.

TRUJILLO LONDOÑO, F. J., “Vicisitudes de la prueba pericial en Colombia”, Ed. Académica Española, Mauritius, 2018, p. 58.

**NOTA A FALLO**



## HOMICIDIO POR CONDUCCIÓN IMPRUDENTE

**Competencia de los tribunales de la Ciudad de Buenos Aires. Intervención primigenia. Recalificación del hecho hacia una figura pendiente de transferencia. Derecho a ser juzgado en un plazo razonable. Economía procesal. Prisión preventiva.**

*Con nota de Rosario Alessandretti*

- 1.— Toda vez que el caso se inició ante el fuero local, en orden al delito de lesiones culposas —figura transferida a la justicia de esta Ciudad conforme ley nacional 26.702 y su anexo y aceptación por la ley local 5935—, donde se registraron cinco víctimas, mientras que recién a posteriori, se verificó el fallecimiento de una de ellas, es que debe ser el fuero local quien entienda en este expediente.
- 2.— En función al principio de autonomía que emana del art. 6º de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, corresponde que la justicia local asuma la competencia en el marco de las presentes actuaciones, habida cuenta que el hecho primario que originara la intervención de los tribunales locales, resulta ser uno de los delitos oportunamente transferidos a la órbita jurisdiccional de la Ciudad —competencia primaria—, aun si ese hecho hubiera virado posteriormente hacia figuras pendientes de transferencia —competencia secundaria—.
- 3.— En atención a que la Constitución Nacional le reconoce a la Ciudad de Buenos Aires su autonomía no puede sino concluirse que el carácter nacional de los tribunales ordinarios de la Capital Federal es meramente transitorio y su continuidad se encuentra supeditada a que tengan lugar los convenios de transferencia de competencias.
- 4.— La continuación del trámite de las presentes actuaciones ante el fuero local permite velar por el principio de economía procesal, garantizar una eficiente administración de justicia y el derecho a ser juzgado en un plazo razonable. Todo lo cual resulta exigible desde el ejercicio del debido control de convencionalidad y constitucionalidad al momento de decidir.
- 5.— En observancia al principio de economía procesal, debe asegurarse el acceso efectivo a la justicia mediante la facilitación de su trámite, en miras de promover un uso eficiente de los recursos, así como garantizar la seguridad jurídica para la sociedad. Esta circunstancia debe tenerse en especial consideración en este caso dado que el imputado se encuentra privado de su libertad bajo prisión preventiva, por lo que cualquier retardo se torna especialmente grave.
- 6.— Donde los presuntos delitos presentan una interconexión fáctica definida, por suceder dentro de un mismo espaciotemporal, es pertinente que un solo tribunal intervenga a los fines de evitar las posibles consecuencias negativas que se produzcan ante el desdoblamiento de procesos penales. De lo contrario, se podría ver afectada la eficaz administración de justicia, así como las garantías procesales de quienes sean perseguidos penalmente.
- 7.— Debe primar el derecho a gozar de la libertad hasta que se dicte sentencia definitiva, acotando dicho derecho únicamente en casos que justifiquen tal medida al solo efecto de no facilitar la impunidad del imputado. Solo se podrá proceder al dictado de la prisión preventiva cuando se presenten los casos previstos en los arts. 181 y 182 del CPPCABA, y ninguna otra medida restrictiva permita asegurar la comparecencia del imputado al proceso penal o el no entorpecimiento de la investigación de su parte.
- 8.— La pena en expectativa que pudiera corresponderle al imputado por los hechos que le fueran enrostrados, efectivamente se presenta como un elemento contundente para sostener que no comparecerá voluntariamente al proceso. Por lo demás, resulta relevante observar su conducta posterior quien, carente de empatía alguna con las múltiples víctimas que habría embestido, tuvo la templanza para tomar sus pertenencias y retirarse del lugar.
- 9.— Es posible presumir que el imputado no cumplirá con los compromisos procesales, dado que al tener la oportunidad de ayudar o escaparse del lugar de los hechos, decidió huir en otro vehículo lo que habría pasado a buscarlo por el lugar.
- 10.— No es la circunstancia de que el suceso primario que originó la intervención de los tribunales locales resulte ser uno de los delitos que ya fueron transferidos a la órbita jurisdiccional de la Ciudad lo que justifica que sea este fuero el que siga interviniendo en la presente investigación, sino el hecho de que los únicos jueces naturales y constitucionales para entender en los delitos

ordinarios que se produzcan en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires son los magistrados elegidos por el pueblo de esta Ciudad a través de sus instituciones, ergo el Consejo de la Magistratura y la Legislatura local, y ello de ningún modo se ve modificado por la demora de la transferencia plena del tratamiento de todos los delitos ordinarios a la justicia de la Ciudad (del voto del Dr. Vázquez).

**CPenal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala de Feria, 28/01/2022. - O. G., J. C. s/ 84 bis - Homicidio por conducción imprudente.**

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/1667/2022]

Número: INC 221/2022-1

**2ª Instancia.** - Buenos Aires, enero 28 de 2022.

*Vistos:*

Llega el presente legajo con motivo de la apelación interpuesta por la Dra. Saray Rigueiro, abogada particular del Sr. J. C. O. G. contra la resolución dictada por la Magistrada de grado, quien el 5 de enero de 2022 dispuso: “I.- Hacer lugar a lo solicitado por el Ministerio Público Fiscal, en consecuencia, Disponer la Prisión preventiva del imputado J. C. O. G. (DNI N° ...), en este caso registrado bajo el N° 221/2022-0, hasta la celebración del juicio oral y público o hasta el cese de los motivos que justifican la imposición del encierro cautelar. II. Declarar la incompetencia de este Juzgado Penal, Contravencional y de Faltas N° 12, en favor de la Justicia Nacional en lo Criminal y Correccional. En este sentido, y habiendo las partes expresamente consentido este punto, remitir el legajo a la Oficina de Turnos y Sorteos de la Cámara de Apelaciones de ese Fuero Nacional a fin de que se determine el Juzgado que intervendrá en la presente investigación.”

Conforme se desprende de la compulsa de las actuaciones remitidas, el 5 de enero de 2022 se llevó a cabo por parte del Juzgado del fuero N° 12 la audiencia de prisión preventiva en relación con el aquí imputado. En tal oportunidad, la fiscal refirió que imputó se al Sr. O. G. el hecho ocurrido el 2 de enero del 2022 alrededor de las 08:30 horas, momento en el que el nombrado circulaba por la Avenida Figueroa Alcorta con dirección norte de CABA a bordo de un automóvil marca Ford, modelo Focus, color rojo con dominio colocado ... y de manera temeraria, ya que lo hacía a mayor velocidad que la permitida y bajo el efecto de sustancias estupefacientes —cannabis sativa—, y que al llegar al 5300 de esa avenida y en esas circunstancias le fue indiferente para así cruzarse de

carril, atravesar la vereda, romper las defensas que protegen la bicisenda y, sin frenar en ningún momento, habría embestido a L. B. C., M. R. de R., J. H. R., C. U. D.-todos ellos ciclistas— produciéndoles lesiones graves. Además, al embestirla habría provocado posteriormente la muerte de M. C. B. en el Hospital Fernández.

Asimismo, al valorar la conducta asumida por el encausado en forma posterior al momento del hecho imputado, la fiscal resaltó que, luego del suceso, el imputado, en lugar de asistir a las víctimas y a pesar de haber sido advertido por sus acompañantes —C. G. y P. A.—, tomó distintos elementos que había en el interior de su rodado y, en clara conciencia del desprecio por la vida humana, cruzó a la mano de en frente donde abordó una camioneta marca Jeep tipo 4x4, modelo Limited color negro, dominio colocado ..., huyendo del lugar junto con F. E. E. como conductor y L. E. V. y P. D. V. como acompañantes. Todos ellos fueron detenidos posteriormente por personal de la Comisaría 1ª de Avellaneda en la intersección de las arterias Mujeres Argentinas y Casella Piñeiro, Provincia de Buenos Aires, por la alerta que pesaba sobre dicho rodado por parte de la Policía de la Ciudad.

Esta conducta fue encuadrada por la Fiscal en la figura de homicidio con dolo eventual receptada en el artículo 79 del CP del que resultó víctima la Sra. M. C. B., en concurso ideal con el delito de lesiones graves del artículo 90 de ese cuerpo normativo, en perjuicio L. B. C., M. R. de R., J. H. R., C. U. D., por los que O. G. debería responder a título de autor penalmente responsable.

En función a lo expuesto, la Sra. Fiscal solicitó el dictado de la prisión preventiva del encausado O. G. y, en virtud de la calificación legal escogida, postuló la incompetencia del fuero local en favor de la Justicia Nacional. En su presentación, la Auxiliar Fiscal de la Unidad de Flagrancia Norte del fuero, argumentó acerca de la existencia del riesgo procesal de peligro de fuga en virtud de la actitud posterior a la comisión del hecho por parte del Sr. O. G. en cuanto a la falta de asistencia de las víctimas, así como a la provisión de un domicilio erróneo que ponía en duda su arraigo, al igual que también valoró los antecedentes penales del nombrado y la expectativa de pena que podría recaer sobre él con relación a las conductas enrostradas. En cuanto al entorpecimiento de la investigación, la fiscal resaltó que, las particularidades del caso y la huida del imputado del lugar del hecho, resultaban indicadores que le permitían sostener que, en caso de recuperar su libertad, el imputado eludiría la acción de la justicia.

A tales consideraciones adhirió el Dr. Gabriel Norberto Becker (T° 33 F° 269 CPACF), letrado patrocini-

nante del Sr. A. H. R. y la Sra. C. R., querellantes y familiares de la Sra. B., quienes no pudieron estar presentes en la audiencia por encontrarse en la ceremonia de sepelio de quien fuera su esposa y madre, respectivamente.

A su turno, la defensora planteó su caso, brindó sus argumentaciones contrarias a la fiscalía y solicitó la libertad de su asistido y, subsidiariamente, una morigeración de la medida precautoria requerida a su respecto, a fin de que se le imponga una prisión domiciliaria en el domicilio de la calle ..., localidad de Avellaneda, Provincia de Buenos Aires.

Por su parte, la Fiscal se opuso a la solicitud planteada por la defensa en tanto consideró que no veía otra alternativa que no sea la prisión de O. G., respecto de quien volvió a remarcar que circulaba a una velocidad mayor a la permitida, a la vez que mencionó sus antecedentes penales al indicar que, el mes de octubre del año 2010, el imputado fue condenado a la pena de seis años y nueve meses de prisión y que, con fecha 18/09/2019, el Tribunal Oral Criminal N° 6 Lomas de Zamora, lo condenó a la pena de un año de prisión que unificó con una condena dictada por el TOC N° 4 de La Matanza, imponiéndole la pena única de dos años y seis meses de prisión de efectivo cumplimiento, declarándolo reincidente.

Al momento de expedirse, la titular del Juzgado del fuero N° 12, Dra. Patricia Ana Larocca, resolvió disponer la prisión preventiva del imputado hasta la celebración del juicio oral y público o hasta el cese de los motivos que justificaban la imposición del encierro cautelar.

En ese sentido, la Sra. Magistrada concluyó que se encontraba acreditada la verosimilitud del hecho, con la certeza requerida para esa etapa procesal, en virtud de las pruebas colectadas, como que el rodado fue hallado en el lugar de los hechos, mediante los distintos testimonios brindados así como de las grabaciones aportadas por las personas que ocasionalmente se encontraban allí, al igual que una videograbación incorporada por el Gobierno de la CABA, a la vez que tomó en cuenta que la defensa no negó los sucesos.

En cuanto a los riesgos procesales, hizo alusión a la pena en expectativa y refirió que sería prematuro descartar la calificación propuesta por la fiscalía receptada en el artículo 79 del CP y agregó que, inclusive de calificarse la conducta en el artículo 84 bis del CP, que prevé una pena menor, también recaería en ese caso una pena de efectivo cumplimiento que iría entre 3 a 6 años de prisión agravada por la fuga del conductor, por haber conducido bajo los efectos de estupefacien-

tes y por culpa temeraria, lo que alejaría del mínimo al quantum punitivo.

En segundo punto, la magistrada refirió que "...contestando al argumento de la defensa en orden a que el imputado no comprendió lo que sucedió sino hasta tiempo después, señala la Sra. Juez que la Fiscalía acompañó un video en el que puede observarse el comportamiento del imputado inmediatamente después de haber embestido a las víctimas, e hizo mención a lo declarado por el testigo P. a quien O. le preguntó si creía que la persona que estaba en el lugar estaba muerta y a lo que esta le respondió que sí. Señala S.S. que tal situación se evidencia como una pauta objetiva de que el señor para ese momento sí sabía cuál había el resultado producido y sin perjuicio de ello intentó escaparse y no auxilió a las personas que había lesionado".

Finalmente, la Dra. Larocca hizo lugar a la solicitud de incompetencia efectuada por la Fiscalía, habida cuenta que la figura de homicidio no había sido transferida a la órbita de la justicia local, medida que fue consentida por la totalidad de las partes.

Contra el decisorio, la letrada defensora, Dra. Saray Rigueiro interpuso recurso de apelación, al entender que la resolución causaba un gravamen irreparable a su defendido al prohibirle transitar el proceso en libertad, restringiéndose un derecho primordial al haberse descartado las opciones morigeradoras que ella había propuesto.

En tal inteligencia, la abogada refirió que, a su criterio, los argumentos de la magistrada de grado no resultaban bastos para negarle la morigeración de la prisión, ya que no hubo entorpecimiento del proceso por parte del Sr. O. G., mientras que sí lo hubo por parte de las restantes partes intervinientes.

A ello, agregó que su defendido brindó el domicilio de la calle ..., localidad de Avellaneda, Provincia de Buenos Aires donde residiría con sus hijos y su pareja, a la vez que puso a disposición la declaración de la concubina de su asistido para aclarar la cuestión del arraigo, lo que sin embargo fue desestimado por la jueza de grado.

Finalmente, manifestó que la prisión preventiva dictada implicaba una condena anticipada, ya que recién se está en la génesis de la investigación y que valorar los antecedentes criminales del Sr. O. G. importaba un doble juzgamiento, toda vez que el nombrado cumplió acabadamente las distintas condenas que le fueran oportunamente impuestas.

Por ello, solicitó que se revoque por contrario imperio la resolución recurrida y se otorgue la excarcelación de su defendido bajo caución real o fiador y, en su defecto, se disponga una prisión morigerada.

Arribadas las actuaciones a este Tribunal, el Sr. Fiscal de Cámara postuló que la decisión en crisis debía ser confirmada, pues se correspondía con las constancias del legajo y el derecho aplicable.

En primer lugar, hizo alusión a que debía ser la Sala de Feria de esta Cámara la que resuelva el recurso interpuesto, a pesar de que la causa hubiera sido erróneamente remitida al fuero nacional ya que, en base a argumentos del Máximo Tribunal Nacional, se ha dejado establecido que, ante una apelación, debe ser la alzada del tribunal apelado quien resuelva la cuestión, es decir, la Cámara de Apelaciones de la Justicia local.

En cuanto a la admisibilidad del recurso, señaló que si bien satisface algunos recaudos formales de admisibilidad previstos en la ley adjetiva, no se había cumplido con el requisito de fundamentación establecido bajo “consecuencia de inadmisibilidad” por los arts. 281 y 292 del CPPCABA, en tanto la defensa “...se limita a expresar, sin más, que el pronunciamiento es arbitrario y constituye una condena anticipada, pero no explica los motivos en virtud de los cuales arriba a tales conclusiones...”, circunstancia que, conforme a su criterio, conllevaban a que el recurso debía ser declarado inadmisibile.

Sin perjuicio de ello y para el supuesto que el remedio procesal fuera formalmente admitido, afirmó que el recurso no podía prosperar, en tanto la decisión impugnada se ajustó a los hechos de la causa y al derecho aplicable.

En ese sentido, repasó la materialidad los hechos y la existencia de los riesgos procesales que avalaban la fundamentación llevada por la *a quo* y analizó el caso particular y el comportamiento desplegado por el imputado luego de ocurridos los hechos, para resaltar los motivos que confirmaban su postura de que debía confirmarse la decisión adoptada.

A su turno, el Dr. Becker, como letrado patrocinante de los querellantes A. H. R. y C. R., reiteró los argumentos expuestos oralmente en la audiencia de prisión preventiva en cuanto a la existencia de los riesgos procesales y, en base a los fundamentos expuestos por la Sra. Magistrada de grado en su resolución, consideró que la misma debía ser confirmada, toda vez que, de recuperar su libertad, el imputado O. G. eludiría la acción de la justicia.

Por su parte, una vez vencido el plazo de gracia que le fuera otorgado a la defensa el día 24 de enero pasado, la Dra. Saray Rigueiro efectuó una presentación electrónica el día 27 de enero, la que entiendo no puede ser tomada en consideración para la decisión que corresponda adoptar, habida cuenta el carácter extemporáneo de la presentación, sin perjuicio que los agravios plasmados en su recurso serán debidamente tratados.

Finalmente, cumplidas las vistas pertinentes, desde el 26 de enero de 2022 los autos se encuentran en condiciones de resolver.

El doctor *Franza* dijo:

Primera cuestión

Admisibilidad

El recurso bajo examen ha sido presentado oportuna y fundadamente, contra una resolución cuya impugnabilidad se encuentra expresamente reconocida por el ordenamiento procesal penal (artículo 184 *in fine* CPPCABA).

Asimismo, fue presentado por quien posee legitimación para hacerlo, por lo cual se encuentra habilitada la instancia para la revisión de la resolución en crisis.

Segunda cuestión

I. Acerca de la competencia de la Justicia local.

Sin perjuicio de la admisibilidad formal del presente recurso y, de forma preliminar al análisis del fondo de la cuestión, no obstante que dicha cuestión no ha sido controvertida por las partes y que todas ellas han consentido la declaración de incompetencia del fuero local en favor de la Justicia Nacional en lo Criminal y Correccional, adelanto que propondré al acuerdo la revocatoria del punto II de la resolución atacada, en tanto dispuso: “II. Declarar la incompetencia de este Juzgado Penal, Contravencional y de Faltas N° 12, en favor de la Justicia Nacional en lo Criminal y Correccional.”

En ese sentido, es oportuno recordar que la jueza de grado alcanzó tal solución a pedido de la Auxiliar Fiscal al haber calificado provisoriamente el hecho con relación a la Sra. B. como constitutivo del delito de homicidio con dolo eventual, receptado en el artículo 79 del CP dado que esta figura no había sido transferida a la órbita de la justicia local. Esta decisión fue consentida por la totalidad de las partes, no obstante lo cual me veo facultado a pronunciarme sobre

la medida adoptada, habida cuenta que la competencia resulta ser una cuestión de orden público y puede ser declarada en cualquier etapa o estado del proceso, inclusive de oficio.

De esta forma, es menester destacar que la voluntad de las partes no puede predominar por sobre una cuestión de orden público en atención a que, de permitirse tal actividad por parte de los involucrados, se estaría admitiendo la posibilidad del *forum shopping* como una potestad de las partes de elegir la jurisdicción.

#### I.a.- Naturaleza de orden público

Puntualmente, el artículo 18 del CPPCABA dispone su declaración de oficio al afirmar que “La incompetencia por razón de la materia deberá ser declarada, aun de oficio, en cualquier estado del proceso”. Dicha norma debe ser analizada conjuntamente con el artículo 17, el que prevé la garantía de que como juez “Entenderá en el hecho el órgano jurisdiccional competente al tiempo al que se hubiere cometido el delito según lo determinen las leyes y los reglamentos pertinentes.”

Es así que, habiendo dilucidado el deber de actuar ante la percepción de una errónea exégesis en esta materia, es que resolveré destacando la competencia primaria de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en función del artículo 129 de la CN y el artículo 6 y 7 de la Constitución local. Esencialmente, el citado artículo del texto constitucional establece un gobierno autónomo con facultades propias jurisdiccionales para la CABA, el cual debe ser respetado y garantizado, máxime habiendo transcurridos más de veintisiete años desde su sanción.

#### I.b.- Autonomía de la CABA.

Ahora bien, la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires tuvo su exégesis en el Núcleo de Coincidencias Básicas del año 1994 correspondiente a la reforma constitucional, y que dispuso en su artículo 129 que: “La Ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de gobierno autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción (...)”.

Es por ello que, de manera previa a adentrarnos en el principio de autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, es importante retrotraernos al origen de los elementos constitutivos del Estado y su legitimidad, proveniente de la obra del eximio jurista Norberto Bobbio al manifestar que: “Al lado del problema del fundamento del poder, la doctrina clásica del Estado siempre se ha ocupado del problema de los límites del poder, que generalmente es planteado dentro de

las relaciones entre el derecho y el poder (o derecho y Estado). Desde que los juristas se adueñaron del problema del Estado, este es definido mediante los tres elementos constitutivos del pueblo, del territorio y de la soberanía (concepto jurídico por excelencia, elaborado por los juristas y aceptado universalmente por los escritores de derecho público). (...) El Estado es “un ordenamiento jurídico para los fines generales que ejerce el poder soberano en un territorio determinado, al que están subordinados necesariamente los sujetos que pertenecen a él” (Mortati, 1969, p. 23). En la reducción rigurosa que Kelsen hace del Estado a ordenamiento jurídico, el poder soberano se vuelve el poder de crear y aplicar el derecho (o sea normas vinculantes) en un territorio y hacia un pueblo, poder que recibe su validez de la norma fundamental y de la capacidad de hacerse valer recurriendo en última instancia a la fuerza, y en consecuencia por el hecho de ser no solamente legítimo sino también eficaz (legitimidad y eficacia se reclaman mutuamente). El territorio se convierte en el límite de validez espacial del derecho del Estado, en el sentido de que las normas jurídicas emanadas del poder soberano únicamente valen dentro de determinados confines” (1).

El principio de autonomía de la Ciudad de Buenos Aires se reafirma en los artículos 6 y 7 de la Constitución local. Es así que el artículo 6 establece que: “Las autoridades constituidas tienen mandato expreso, permanente e irrenunciable del Pueblo de la Ciudad, para que en su nombre y representación agoten en derecho las instancias políticas y judiciales para preservar la autonomía y para cuestionar cualquier norma que limite la establecida en los Artículos 129 y concordantes de la CN”; y el artículo 7 reza: “El Estado de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires es sucesor de los derechos y obligaciones legítimas de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, y del Estado Nacional en las competencias, poderes y atribuciones que se transfieren por los Artículos 129 y concordantes de la CN y de la ley de garantía de los intereses del Estado Federal, como toda otra que se transfiera en el futuro”.

En tal sentido, conforme los principios fundamentales que rigen la constitución local, el Dr. Daniel Alberto Sabsay ha expuesto que “El artículo 6 tiene su razón de ser en el retaceo de la autonomía que sufrió la CABA, (...) Así, se les confiere a las autoridades de la Ciudad la obligación de utilizar todos los remedios jurisdiccionales y políticos que faciliten el reconocimiento de su estatus jurídico constitucional y la impugnación de las normas que pretendan desconocerlo”. Continuó su análisis haciendo referencia a lo expresado por Félix R. Loñ, en cuanto a que: “...seguramente motivado por la intención de las autoridades federales de retacear la autonomía de la Ciudad

—manifiesto en las comentadas leyes de garantías y de convocatoria a elecciones locales— es que en el artículo sexto del estatuto se prevé que el Gobierno local deberá agotar las instancias políticas y judiciales para preservar la autonomía”. En el mismo sentido, se pronunció la Convención Constituyente a través de una declaración efectuada el 2 de agosto de 1996, por la cual se rechazaron por inconstitucionales las leyes N° 24.588 y 24.620. Esta determinación indica la voluntad del Cuerpo de trasladar la continuación de las acciones tendientes a su modificación a las autoridades que se constituyan en su consecuencia. Esta cláusula constituye, asimismo, una aplicación de lo que establece el Preámbulo en lo que hace a la afirmación de la autonomía porteña. El artículo 7 pone de manifiesto la continuidad jurídica de la CABA respecto de sus anteriores denominaciones y regímenes legales. Consideramos importante que se exprese que la Ciudad es sujeto de los derechos y obligaciones de sus antecesores (...)” (2).

Al respecto se ha dicho que: “Paralelamente, desde su institucionalización como gobierno autónomo, la Ciudad ha edificado su Poder Judicial con las competencias delimitadas por la Ley N° 24.588, como luego veremos, y en lo que concierne a la materia penal, las mismas se han ido ensanchando de la mano de los convenios de transferencia de competencias celebrados entre la Nación y la Ciudad. En efecto, la Cláusula Transitoria Decimotercera de la Constitución de la CABA —que faculta al Gobierno de la Ciudad para que convenga con el Gobierno federal que los jueces nacionales de los fueros ordinarios de la Ciudad, de cualquier instancia, sean transferidos al poder judicial local, conservando la inamovilidad y jerarquía, cuando se disponga que la justicia ordinaria del territorio de la Ciudad sea ejercida por sus propios jueces— y el artículo 6 de la Ley N° 24.588, dieron marco a la política de convenios interjurisdiccionales de transferencia de competencias, que “perforan” la ley Cafiero, y propenden a la conformación gradual de la jurisdicción que por disposición constitucional, corresponde a la Ciudad.” (3)

Por lo tanto, de conformidad con la teoría desarrollada por Julio De Giovanni, una de las formas de lograr “perforar” la Ley Cafiero es a través de los convenios de transferencia que, a través de los respectivos acuerdos, se celebren entre los poderes ejecutivos nacional y de la CABA. Ahora bien, partiendo de la misma teoría, otra manera que debe entenderse conducente para la perforación del marco normativo antes aludido, resultan ser las resoluciones judiciales vinculadas a hechos concretos, tal como ocurre en el presente caso.

Sobre el punto, enseñó Maier que ya el artículo 129 de la CN ha reconocido tal carácter, conforme la cual

dicha autonomía de gobierno, de legislación y de jurisdicción ha sido concebida por los interesados directos, Nación y Ciudad, como un proceso gradual y consensuado de transferencias de competencias (4).

En lo que respecta a la organización judicial, dicha autonomía se materializó a través de las transferencias de competencias, desde la Justicia Nacional a la Justicia local, mediante las leyes N° 25.752, 26.357 y 26.702.

Ahora bien, en el marco de las presentes actuaciones, los hechos originarios que convocaran la jurisdicción de la Justicia Penal de la Ciudad, resultaron ser algunos de los delitos ya transferidos a la órbita del fuero local (lesiones agravadas, abandono de persona y encubrimiento, conforme constancia del sumario policial N° 1018/2022 que se agregó como anexo de prueba en el expediente digital del caso).

En tal sentido, el artículo 106 de la CCABA establece que: “Corresponde al Poder Judicial de la Ciudad el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por esta Constitución, por los convenios que celebre la Ciudad, por los códigos de fondo y por las leyes y normas nacionales y locales (...)”.

Por lo tanto, resulta dable destacar lo manifestado por la doctrina al respecto, pues, “El artículo 106 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, replica, con las adecuaciones pertinentes, el artículo 116 de la CN. La competencia del Poder Judicial de la Ciudad está enunciada en este artículo en términos similares a los que emplea la Constitución Nacional para definir las atribuciones del Poder Judicial federal. “...el conocimiento y decisión de todas las causas...”. El Poder Judicial de la Ciudad no procede de oficio, sino que ejerce su jurisdicción a instancia de parte y en el marco de los casos contenciosos en que es requerida. El caso judicial es el presupuesto que habilita la jurisdicción de los magistrados. La definición del caso judicial, al igual que ocurre a nivel nacional, debe buscarse en la jurisprudencia y, si bien pueden trasladarse en gran medida los precedentes tradicionales en la materia elaborados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y demás tribunales, hay situaciones en las que el caso adopta matices propios a nivel local. Sin perjuicio de estas particularidades que se han ido presentando, (...), resulta indiscutible la exigencia de un caso o causa para habilitar la intervención del Poder Judicial de la Ciudad” (5).

A su turno, en el artículo “La competencia originaria de la CSJN, la Ciudad de Buenos Aires y una cuestión capital”, el Dr. Marcelo Pablo Vázquez sostuvo que “...es posible coincidir con la Corte en cuanto a

que la Ciudad posee un estatus constitucional especial o una situación *sui generis*, pero en modo alguno por las razones que invoca, ya que es tan preexistente a la Nación como las provincias, ostenta igual jerarquía y conserva todos los poderes no delegados al gobierno federal en los términos del artículo 121 CN. Partiendo de estas premisas, lo único que resta por definir es la denominación y no su naturaleza constitucional. (...). La reforma de la Constitución Nacional de 1994 ha insertado a la Ciudad de Buenos Aires, en el sistema federal argentino, incorporándola como nuevo sujeto a la relación federal en su carácter de persona pública estatal, reconociéndole autonomía para ejercer su propio gobierno, con plena facultades de legislación y jurisdicción, conforme la redacción del artículo 129. La autonomía reconocida, por tanto, encuentra como único límite los intereses del Estado Federal, en tanto la misma sea capital de la República y asiento del gobierno federal. Esa autonomía política provoca que pueda darse sus propias instituciones y regirse por ellas como el resto de las Provincias; en consecuencia, ostenta los poderes no delegados por estas a la Nación y aquellos que no colisionan con los intereses de estas” (6).

Aunado a ello, el Dr. Vázquez ha dicho en su artículo “Introducción: El Poder Judicial como medida de la autonomía”, que “Por su parte, el artículo 116 —complementado por lo establecido en el artículo 75 inciso 22 y el artículo 129, todos ellos de la CN— distribuye las atribuciones del Poder Judicial federal y de los poderes judiciales provinciales, considerando inmersa a la CABA. Así, la aplicación del derecho común emanado del Congreso de la Nación corresponde a los tribunales locales, bajo las reglas procesales establecidas por cada uno de los Estados Provinciales y de la CABA, en respeto de las formas de Gobierno Federal, asumida por la Nación Argentina —1 CN—. Este esquema no es casual y se encuentra estrechamente ligado con el proceso constituyente del país. En este sentido, se delegó al Congreso de la Nación el dictado en exclusiva de Derecho común, para su aplicación por los tribunales locales bajo las reglas emitidas por las legislaturas provinciales. Por exclusión, es el Poder Judicial federal quien conoce y decide de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y por las leyes federales, además de las enumeradas en el citado artículo 116 CN. En esta inteligencia, la justicia nacional como tal no existe para la Constitución. Y así lo expresó la CSJN en el fallo “Corrales”, el 9 de diciembre de 2015, exhibiendo un cambio sustancial de criterio respecto del alcance de la autonomía de la Ciudad” (7).

Por lo expuesto, y luego de este marco introductorio al análisis de la autonomía de esta Ciudad, es importante destacar el criterio de nuestro Tribunal Superior Federal al esgrimir el criterio favorable para que esa

autonomía en materia de jurisdicción siga avanzando a fin de dar acabado cumplimiento con los preceptos constitucionales.

En tal sentido, deviene conducente destacar el fallo “Corrales” (8), especialmente en sus considerandos 8 y siguiente, en cuanto postulara: “...8°) Que en atención a que la CN le reconoce a la Ciudad de Buenos Aires su autonomía no puede sino concluirse que el carácter nacional de los tribunales ordinarios de la Capital Federal es meramente transitorio y su continuidad se encuentra supeditada a que tengan lugar los convenios de transferencia de competencias antes aludidos. En efecto, si bien el carácter nacional de los tribunales de la Capital Federal pudo tener sustento en el particular status que esta tenía con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, lo cierto es que, producida esta modificación fundamental, las competencias que actualmente ejerce la justicia nacional ordinaria, que vale reiterar, no son federales, deben ser transferidas a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. De esta forma, al igual que lo que ocurre en las jurisdicciones provinciales, estos asuntos deben ser resueltos por la justicia local. 9°) Que transcurridos ya más de veinte años de la reforma constitucional de 1994, resulta imperioso exhortar a las autoridades competentes para que adopten las medidas necesarias a los efectos de garantizarle a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el pleno ejercicio de las competencias ordinarias en materia jurisdiccional”.

En consonancia con el nuevo paradigma que viene adoptando la Corte Suprema de Justicia de la Nación, además del fallo “Corrales” —precedentemente citado—, corresponde destacar los siguientes decisorios.

En efecto, en el precedente “Nisman” (9) la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido: “...5°) Que si bien en principio las resoluciones en materia de competencia no constituyen sentencias definitivas recurribles por la vía del artículo 14 de la ley 48, corresponde hacer excepción a dicha regla en los casos en los que media denegación del fuero federal. Ello se verifica en el presente por cuanto, conforme lo sostenido por esta Corte Suprema en la causa “Corrales, Guillermo G. y otro s/ hábeas corpus”, (Fallos: 338:1517, voto de los jueces Lorenzetti y Maqueda) “...a los efectos de dirimir cuestiones de competencia, no corresponde equiparar a los tribunales nacionales ordinarios con los federales” (de acuerdo a los considerandos 5° y 10). En efecto, en dicha oportunidad y frente a un conflicto de competencia en materia penal entre jueces federales y nacionales, el Tribunal señaló que “...en atención a que la Constitución federal le reconoce a la Ciudad de Buenos Aires su autonomía no puede sino concluirse que el carácter nacional de los

Tribunales ordinarios de la Capital Federal es meramente transitorio...”

A su vez, dentro de este proceso jurisprudencial, resulta pertinente destacar el fallo “José Mármol 824” en el cual el Máximo Tribunal continuó con el criterio asentado en los fallos “Corrales” y “Nisman” al sostener en su considerando 4° que “...el supuesto en examen debe ser interpretado a la luz de la doctrina sentada por esta Corte en la causa “Nisman” (Fallos: 339:1342 y sus citas) en punto a que —por los motivos allí expresados— no corresponde equiparar a los tribunales nacionales ordinarios con los tribunales federales que tuviesen asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (considerando 5°). Ello con apoyo en lo decidido en Fallos: 338:1517 —voto de los jueces Lorenzetti y Maqueda— en el que se puso énfasis en el carácter meramente transitorio de los tribunales ordinarios con asiento en la Capital Federal y en el reconocimiento constitucional de la Autonomía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 129 de la CN y ley 24.588), así como en la competencia ordinaria que ejercen sus tribunales” (10).

Por último, en lo concerniente al fallo “Bazán”, cuya resolución es del 4 de abril de 2019 y representó un punto de inflexión en el criterio del Máximo Tribunal, la CSJN abordó la cuestión sobre la autonomía al afirmar en el considerando 4° que: “...en cumplimiento de la norma constitucional referida se sancionó en el año 1996 la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con el objetivo declarado en su Preámbulo de “afirmar su autonomía” y ‘organizar sus instituciones’. A ello, agregó que la Corte tiene la facultad de inmiscuirse en asuntos que afectan al federalismo para evitar acrecentar el poder del gobierno central en evidente perjuicio de las facultades locales otorgadas en la última reforma constitucional y aseveró que: “El sistema federal constitucional argentino se funda en el principio de “lealtad federal” o “buena fe federal”, conforme al cual en el juego armónico y dual de competencias debe evitarse que los estados “abusen en el ejercicio de esas competencias, tanto si son propias como si son compartidas o concurrentes” (Fallos: 340:1695, considerando 6°); en esa inteligencia, los órdenes de gobierno deben encontrarse solo para ayudarse, nunca para destruirse (arg. Fallos: 307:360).”

En ese sentido, el Máximo Tribunal da cuenta de la potestad de intervención y hace una crítica a los poderes ejecutivos nacional y local y afirma que se evidencia un claro supuesto de “inmovilismo” en la transferencia emanada de orden constitucional. Además, la CSJN manifestó que este inmovilismo debe: “...ser considerado como un desajuste institucional grave de uno de los mecanismos estructurales de funcionamiento del federalismo, sin que la demora en la

concreción del mandato constitucional aparezca de manera alguna razonablemente justificada. Esta omisión no solamente constituye un incumplimiento literal de la Constitución Nacional con el consiguiente debilitamiento de la fuerza normativa de su texto. Impacta, además, en la distribución de los recursos públicos en la medida en que —como consecuencia de dicha omisión— las veintitrés provincias argentinas se hacen cargo de financiar los gastos que demanda el servicio de administración de justicia del restante distrito” (11).

Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia de la CABA, en el precedente “Giordano”, recibió el estándar asentado por la CSJN, por medio del cual resaltó que el Máximo Tribunal utilizó criterios de corte pragmáticos que ponen en práctica la voluntad de los y las constituyentes en relación con la Justicia en el territorio de la CABA. En tal inteligencia, el Dr. Francisco Lozano afirmó en relación con la manda constitucional en tal precedente que “...7. En ausencia de criterios legislativos específicos, la CSJN ha aplicado estándares de corte pragmático que ponen en acto los propósitos con que el Constituyente concibió la Justicia. Así, en Fallos: 293:115 dijo que “la determinación del tribunal competente no debe sujetarse en demasía a consideraciones de derecho de fondo que atañen al concurso de leyes penales o bien a la configuración del tipo delictivo, pues en tanto quede salvaguardada la garantía del art. 18 de la CN —como ocurre con la solución que se adopta— las normas que rigen el caso ‘admiten un margen de distinción para los supuestos en que su aplicación rigurosa contrariara el propósito de la mejor, más expedita y uniforme administración de justicia’ (Fallos: 261:20, consid. 3°)”. Agregó que “la determinación de una de las jurisdicciones en que se ha desarrollado una parte del hecho debe efectuarse atendiendo también a las exigencias planteadas por la economía procesal y a la necesidad de favorecer, junto con el buen servicio de la justicia, la defensa de los imputados”. Así resolvió, por ejemplo, que correspondía asignar la competencia al juez cuya jurisdicción “satisfacía más adecuadamente la investigación y el proceso, por encontrarse allí los mayores elementos probatorios; y dicho lugar suele coincidir, por lo general, con el domicilio del imputado”. Aplicando estas razones a nuestro supuesto, resulta adecuado asignar competencia al Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 22, pues es quien ha descripto una actuación por parte de los órganos de la Ciudad que permiten tener reunidos, *prima facie*, elementos suficientes para llevar adelante una acción contra el Sr. Giordano por la comisión de las conductas indicadas en el primer punto de este voto, entre las que se encuentran dos delitos cuyo juzgamiento ha sido transferido a la CABA (lesiones leves agravadas por el víncu-

lo y violación de domicilio). A su turno, por lo dicho más arriba, la justicia de la Ciudad (al igual que en su caso podría hacerlo la nacional) podrá pronunciarse acerca de cualquiera de los tipos penales enunciados en la imputación, puesto que, una vez suscitada su competencia, los jueces penales no federales en el ámbito de la CABA no tienen limitaciones para la calificación de delitos que aún no fueron transferidos (en el caso de los jueces de la CABA) o que, en el pasado, fueron parte de su quehacer (en el caso de los jueces nacionales)” (12).

En tal oportunidad, los jueces Santiago Otamendi, Marcela De Langhe e Inés M. Weinberg referenciaron los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de Nación que fueron contestes en reconocerle a esta justicia local el estatus jurídico constitucional para albergar las competencias que transitoriamente ejerce la justicia nacional ordinaria en el ejido de esta Ciudad al aseverar que: “...Corresponde en primer término establecer las bases constitucionales sobre las que se erige la actual distribución de competencias en la materia. Con fundamento en los fallos “Corrales” y “Nisman” (Fallos: 338:1517 y 339:1342, respectivamente), la Corte determinó en “Bazán” que resulta imperioso cumplir con “el claro mandato constituyente de conformar una Ciudad de Buenos Aires con autonomía jurisdiccional plena” (consid. 17°). Allí reconoció al Poder Judicial de la Ciudad como el “ámbito que constitucionalmente le corresponde” a las competencias que transitoriamente ejerce la justicia nacional ordinaria en el territorio de la Ciudad (consid. 8°)...”

Asimismo, en este *leading case*, el TSJ reafirmó el carácter “transitorio” que revisten los tribunales ordinarios, con cita al fallo “Nisman” al entender que “...la Corte ya ha advertido en el fallo ‘Nisman’ que ‘el carácter nacional de los Tribunales ordinarios de la Capital Federal es meramente transitorio’ (consid. 5°).”

A ello agregó que la naturaleza de la competencia de los tribunales ordinarios no federales es la misma que la de los juzgados de esta ciudad por mandato constitucional, al concluir que “...En este marco, y de acuerdo con la reciente jurisprudencia, los jueces que integran el Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires son quienes constitucionalmente deben ejercer las competencias en cuestión, mientras que la justicia nacional ordinaria solo de manera transitoria ejercerá, en tanto órgano remanente, aquellas que aún no han sido transferidas.

Estos “órganos jurisdiccionales con competencia no federal con asiento en esa ciudad” de distinta naturaleza (unos nacionales, otros locales) tienen potencialmente la misma competencia, pero coyunturalmente esta se halla dividida en función de los

convenios vigentes de transferencias. No obstante, en caso de que se deba resolver un conflicto como el del *sub lite* y que sea necesario atribuir el conocimiento de la causa a un solo magistrado, este deberá decidir sobre la totalidad de los delitos imputados de competencia ordinaria, con independencia de la delimitación trazada por los convenios. Razones de mejor y más eficiente administración de justicia exigen evitar que, una vez determinada la competencia por este Tribunal, se susciten nuevos conflictos de este tipo a medida que avance el proceso.

Esta regla rige, entonces, tanto para los jueces locales respecto de los delitos aún no transferidos, como para los jueces nacionales con relación a los ya transferidos.”

En este punto, es relevante el voto del Dr. Lozano en el precedente “Giordano” que resalta que la Corte ha declarado un incumplimiento literal de la CN con graves consecuencias en la distribución de recursos, alteración en la interacción de los Estados para el equilibrio federal, desconocimiento del autogobierno, vulneración de derechos políticos e ineficiencia de la administración de justicia. Puntualmente, a ello refirió cuando manifestó: “La CSJN observa, asimismo, que el ‘incumplimiento literal de la CN con el consiguiente debilitamiento de la fuerza normativa de su texto’ (consid. 12), tiene graves consecuencias: a) impacta en la distribución de recursos (consid. 12); b) resulta ‘difícilmente compatible’ con las directivas de equidad, solidaridad e igualdad de oportunidades que, en la visión de la CSJN, ‘gobiernan la interacción de los Estados para lograr un proceso de desarrollo equilibrado de escala federal’ (consid. 12); c) desconoce ‘las facultades de autogobierno de un Estado local’ (consid. 13); d) vulnera los derechos políticos de los ciudadanos de la CABA (consid. 13); y e) atenta contra una ‘eficiente administración de justicia’ (consid. 15).”

En sentido similar, el máximo Tribunal local sostuvo en el precedente “Chabán”, según los votos de los Dres. Francisco Lozano y Marcela De Langhe, que “... En tal escenario, y dado el avance que ha tenido la causa ante el Juzgado en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 3, corresponde radicar la causa ante dicho estrado, que, por lo demás, resultará también competente en el caso de que la causa vire hacia figuras pendientes de transferencia (cf. mi voto *in re* “Giordano”, Expte. N° 16368/19, resolución del 25 de octubre de 2019)...” y que “...Al igual que el juez Luis F. Lozano y la jueza Alicia E. C. Ruiz, entiendo que, haciendo primar un criterio que privilegie un servicio de justicia eficiente, que atienda a la necesidad de evitar retrasos injustificados en la tramitación del proceso, corresponde que continúe interviniendo la justicia de la Ciudad...” (13).

En consonancia con los precedentes citados, el TSJ de la CABA se expidió en el fallo “Quisbeth García”, siendo así, el Dr. Luis Francisco Lozano sostuvo: “Sin perjuicio de las posturas sentadas por los magistrados intervinientes, lo cierto es que la causa ha avanzado ante el juzgado local hasta la instancia de la audiencia prevista en el art. 210 CPP, etapa en que dan cuenta de considerar un posible acuerdo de suspensión de juicio a prueba. A mérito de ello, y a fin de no entorpecer el avance de la causa ni retrotraerla a instancias ya precluidas, cabe radicar la causa ante el Juzgado en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 19 que, por lo demás, será competente aún si la causa virase hacia figuras pendientes de transferencia (cfr. mi voto *in re* “Giordano”, Exppte. N° 16.368/19, resolución del 25 de octubre de 2019).”

Por su parte, los Dres. Los jueces Santiago Otamendi, Inés M. Weinberg y Marcela De Langhe postularon que: “La calificación legal que en definitiva pueda recibir el hecho investigado no obsta a lo afirmado precedentemente. En efecto, de acuerdo con la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (“Bazán”, Fallos: 342:509; “Nisman”, Fallos: 339:1342 y “Corrales”, Fallos: 338:1517) los jueces que integran el Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires son quienes constitucionalmente deben ejercer las competencias penales ordinarias (no federales), mientras que la justicia nacional solo de manera transitoria ejercerá, en tanto órgano remanente, aquellas que aún no han sido transferidas” (14).

En consecuencia, de conformidad con el recorrido jurisprudencial reseñado, no puedo sino concluir que en función al principio de autonomía que emana del artículo 6 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, corresponde que la justicia local asuma la competencia en el marco de las presentes actuaciones, habida cuenta que el hecho primario que originara la intervención de los tribunales locales, resulta ser uno de los delitos oportunamente transferidos a la órbita jurisdiccional de la Ciudad (competencia primaria), aún si ese hecho hubiera virado posteriormente hacia figuras pendientes de transferencia (competencia secundaria).

A todo evento y, aún en caso de que las partes no compartieran la decisión aquí propugnada, será el Tribunal Superior de Justicia el órgano encargado de dilucidar la cuestión de orden público, como resulta ser la competencia hasta aquí analizada.

#### I.c.- Principio de mejor administración de justicia

En tal inteligencia, y siguiendo estos lineamientos, me pronuncié en un caso análogo al presente que en su inicio había tramitado como lesiones culposas, pero

que fue recalificado al producirse el deceso del sujeto pasivo y en el que me postulé en favor de mantener la jurisdicción local en miras a garantizar una eficiente administración de justicia y evitar un retraso injustificado en la tramitación y decisión del caso (15).

A mayor abundamiento, en tal decisión, entendí que la continuación del trámite de las presentes actuaciones ante el fuero local permite velar por el principio de economía procesal, garantizar una eficiente administración de justicia y el derecho a ser juzgado en un plazo razonable. Todo lo cual resulta exigible desde el ejercicio del debido control de convencionalidad y constitucionalidad al momento de decidir (art. 1 Cód. Civ. y Com. de la Nación, art. 75 inc. 22 CN y art. 8.1 del Pacto de San José de Costa Rica).

En cuanto a la razonabilidad del plazo y a la necesidad de evitar un dispendio jurisdiccional innecesario, debo traer a colación los estándares internacionales en derechos humanos asentados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que se ha expedido en reiteradas oportunidades sobre esta garantía al establecer que “...la razonabilidad del plazo debe apreciarse en relación con la duración total del proceso, desde el primer acto procesal hasta que se dicte sentencia definitiva, incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse. De acuerdo con el artículo 8.1 de la Convención y como parte del derecho a la justicia, los procesos deben realizarse dentro de un plazo razonable, por lo que, en atención a la necesidad de garantizar los derechos de las personas perjudicadas, una demora prolongada puede llegar a constituir, por sí misma, una violación de las garantías judiciales” (16).

Relacionado con el ámbito de los derechos humanos y bajo un entendimiento analógico —a partir de una interpretación jurídica dinámica y no estática del derecho positivo—, es que por aplicación del artículo 2 del Cód. Civil, considero que debe de interpretarse la ley teniendo en cuenta “sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”. Así, a partir de la suscripción y ratificación por parte del Estado Nacional del Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe —Acuerdo de Escazú— (en vigencia desde el 22 de Abril de 2021 y receptado mediante la sanción de la Ley N° 27.566), el debido acceso a la información, a la participación y a la justicia han quedado allí recientemente consolidados, en apoyatura al ordenamiento jurídico aplicable.

En ese orden de ideas, no es posible desconocer las obligaciones internacionales asumidas por nuestra Nación en lo que respecta a afianzar la diligencia de los procesos judiciales con ajuste a una perspectiva de derechos humanos, que permita resolver con celeridad toda inquietud planteada por un ciudadano. Bajo ese entendimiento, en observancia al principio de economía procesal, debe asegurarse el acceso efectivo a la justicia mediante la facilitación de su trámite, en miras de promover un uso eficiente de los recursos, así como garantizar la seguridad jurídica para la sociedad. Esta cuestión tiene una faceta dual, ya que el acceso efectivo a la jurisdicción dotada de garantías y respeto a principios supraconstitucionales debe asegurarse tanto para el acusado como para quienes han sido víctimas, ya sean directas o indirectas del hecho.

En este sentido, cabe recordar también los lineamientos emanados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente Bazán, donde se reconoció la necesidad de que los habitantes de esta Ciudad —en razón de su autonomía— puedan someter sus conflictos a conocimiento de las autoridades judiciales locales, en razón de su competencia. Así señaló que “A diferencia de lo que ocurre en el resto del país, los habitantes de la ciudad de Buenos Aires no son juzgados ni sometidos a una justicia propia que —en la medida de su competencia— resuelva las controversias de acuerdo a los procedimientos que su legislación ya prevé y se encuentre sujeta al control político de su legislatura”.

En ese contexto, cabe recordar “Se ha advertido que la sustracción al conocimiento del poder judicial porteño de estas cuestiones configura así un supuesto que “roza el derecho de igualdad de todos los justiciables ante la jurisdicción judicial” (17).

Esta circunstancia debe tenerse en especial consideración en este caso dado que el imputado se encuentra privado de su libertad bajo prisión preventiva, por lo que cualquier retardo se torna especialmente grave.

Por otra parte, en esa dirección es oportuno traer a colación la Ley de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos —Ley N° 27.372— a través de la cual se garantiza en el artículo 3 el derecho de las personas víctimas a una participación judicial integral, respetuosa de sus garantías fundamentales. Mientras que el artículo 4 de dicha norma prevé que tal inclusión sea bajo los principios sobre los que se fundamenta mi postura: a) una rápida intervención; b) un enfoque diferencial y c) evitando una revictimización.

En consonancia, en el ámbito local, la Ley de Protección de Personas Víctimas o Testigos de Delitos —Ley N° 6115—, recepta idénticos principios y establece en su artículo 2: “Establecer y coordinar las acciones y medidas necesarias para promover, hacer respetar, proteger, garantizar y permitir el ejercicio efectivo de los derechos de las personas que hubieran sido víctimas o testigos de delito, así como implementar los mecanismos para que todas las autoridades, en el ámbito de sus respectivas competencias, cumplan con sus obligaciones de prevenir, investigar, sancionar delitos y lograr la reparación de los derechos conculcados, garantizando la seguridad de los sujetos protegidos”.

Bajo ese análisis, y siempre en miras a garantizar los fundamentos de economía procesal reseñados, la competencia local debe basarse también en el principio de prelación temporal “...Surgido de la costumbre de los molinos romanos que aplicaban la regla “qui primus venerit, primus molet” (quien llega primero, muele primero), se transformó luego, con el correr de los siglos, en un regla general, la regla Prius in tempore, potior in iure...” (18), a través del cual se le da prevalencia a quien realizó un acto con eficacia jurídica de manera primigenia.

I.d.- Aplicación de tales principios al presente caso.

En el presente caso, es evidente que la jurisdicción local ha sido quien ha intervenido de forma primigenia, tal como surge del sumario policial (N° 1018/2022 de la Comisaría Comuna Vecinal 14C), en el cual en fecha 2 de enero de 2022 alrededor de las 12:00 horas, el Inspector Pablo Adrián González (LP 1764) se comunicó telefónicamente con la Dra. Natalia Pla, Auxiliar Fiscal a cargo de la Fiscalía de Cámara PCyF Unidad Norte, oportunidad en la que, la funcionaria, siendo anticiada de los pormenores del caso y con anuencia de S.Sa. ordenó entre otras medidas, tomar conocimiento del hecho e iniciar actuaciones sumariales por la figura de lesiones culposas previstas en el art. 94 CP. Además, tal como surge del expediente electrónico, la causa fue puesta en conocimiento de la Dra. Larocca, Jueza a cargo del Juzgado PCyF N° 12, el 4 de enero de 2022 a través del pedido de audiencia de prisión preventiva formulado por la representante del MPF.

Por ende, de la compulsión de las actuaciones se desprende claramente que han sido distintas funcionarias de este fuero las que han intervenido primeramente en este expediente, ejerciendo distintos actos jurídicos centrales en relación con la investigación de los hechos.

En efecto, del sumario policial surge que la Sra. Fiscal dispuso posteriormente al conocimiento de los hechos que, personal policial concurriese a los distintos nosocomios intervinientes para conocer de forma inmediata el estado de salud de los damnificados y mantenerse al tanto de su evolución; solicitó la presencia de peritos viales en el lugar; el secuestro de los elementos involucrados; realizar comisión por cámaras y testigos, como también croquis y vistas fotográficas del lugar; realizar la transcripción de las llamadas al Departamento de Emergencias Policiales 911; la recepción de una amplia declaración testimonial de los damnificados en la medida que su estado de salud lo permitiese, del personal policial y de los acompañantes del vehículo imputado y que se encontraban en el lugar del hecho; el secuestro del vehículo automotor en el que fuera hallado el imputado O. G. y la oportuna detención del nombrado y de quienes lo acompañaban, respecto de quienes dispuso la formación de sumario por infracción a los arts. 277 (encubrimiento) y 108 (omisión de auxilio) del CP.

Asimismo, es necesario resaltar que los sucesos que dieron origen a la presente causa fueron los de lesiones, cuya competencia primaria es de esta jurisdicción en atención a la Ley N° 26.702 que en el inciso “a)” dispuso la transferencia del delito de “Lesiones (artículos 89 al 94, Cód. Penal)”. En base a esta tipificación de la conducta llevada a cabo por el Sr. O. G. es que se dio inicio a las presentes actuaciones, tal como surge del sumario policial 1018/2022, tal como se mencionara anteriormente.

Surge de la intervención temprana y primigenia, que en virtud del accionar del imputado, se habrían producido lesiones hacia L. B. C., M. R. de R., J. H. R., C. U. D. y a M. C. B. —todos ellos ciclistas—, mientras que esta última falleció posteriormente en el Hospital Fernández. En tal dirección, la Auxiliar Fiscal caratuló como lesiones en relación con las primeras personas nombradas mientras que, en lo relativo a la Sra. M. C. B., encuadró el accionar delictivo bajo la figura de homicidio por dolo eventual receptado en el artículo 79 del CP. Además, consideró que a los restantes imputados, Sres. F. E. E., L. E. V. y P. D. V., les correspondía la calificación de encubrimiento, de conformidad con el artículo 277 del CP.

En ese sentido, es oportuno resaltar que la causa tuvo su inicio en virtud de una única conducta —unidad de acción— susceptible de ser subsumida en la figura de lesiones, cuyas víctimas serían cinco, mientras que a la postre se produjo el deceso de una de ellas.

De esta manera, surge manifiesto que el caso tuvo su génesis en orden a uno de los delitos cuya competencia se encuentra transferida a la Justicia Local, mientras que el desenlace mortal de una de las damnificadas,

podría configurar, *prima facie*, el delito de homicidio doloso o bien, la figura de homicidio imprudente en los términos de los artículos 79 y 84 bis del CP, respectivamente, más allá de la calificación que en definitiva podría adoptarse conforme el curso investigativo.

Por otra parte, sumado a ello, se desprende de la lectura del sumario la posible existencia del delito de abandono de personas que podría achacarse a los imputados en virtud de su conducta posterior al suceso, siendo también ese delito propio de la jurisdicción de la CABA.

Entonces, es claro que la competencia primaria de las calificaciones jurídicas otorgadas a las conductas que habría cometido el Sr. O. y los demás posibles imputados resultan ser propias de la jurisdicción local.

En este punto, resulta pertinente recordar el precepto sobre unidad de acción antes referido que, impide la escisión de los efectos jurídicos de una única conducta, máxime cuando se aborda la cuestión desde una óptica pragmática en la que debe primar, como este caso, la jurisdicción que intervino en primer lugar por la totalidad de los posibles sucesos y sus consecuencias jurídicas.

En tal dirección, el Profesor Rusconi explica que “... el concepto de acción delimita en forma elocuente el ámbito dentro del cual se moviliza legítimamente el derecho penal. Como unidad conceptual nos marca el requisito mínimo de legitimación: no se juzgan situaciones, estados, condiciones, sucesos naturales, o cualquier característica que no represente un comportamiento de un ser humano” (19).

Tal es así que la escisión estricta a jurisdicciones cuya materia es similar implicaría un desdoblamiento de múltiples causas penales en claro detrimento de las garantías judiciales, tanto de las personas acusadas, como de quienes hayan sido víctimas directas e indirectas del delito. En este sentido, se debe procurar que las decisiones que se adopten no pierdan de vista los derechos de la presunta víctima, por lo que considero que someterla a diferentes jurisdicciones implicaría no solo una revictimización, sino también una sobreexposición innecesaria. En igual sentido, es pertinente establecer una única jurisdicción a la hora de proteger las garantías fundamentales de la persona perseguida penalmente.

Es tal la relevancia de esta tesis en pos de evitar la escisión de causas penales, que fue adoptada por el Dr. Maier en la propuesta de su Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica en el cual en los artículos 11 a 13 estableció que deberá ser un único tribunal el que entienda en causas de delitos de acción pública —como

los que aquí se imputan— y primará la conexión en casos, como el presente, donde el resultado se produjo simultáneamente por la acción del sujeto activo (20).

Esta solución es pertinente por razones de economía procesal y con el objeto de garantizar una mejor administración de justicia, tal ha sido el estándar dispuesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al dirimir un conflicto de competencia, en base a los fundamentos del señor Procurador Fiscal, quien había sostenido que, en virtud de la inescindible unidad contextual que presentaban los hechos, resultaba conveniente, desde el punto de vista de una mejor administración de justicia, que la investigación quedará a cargo de un tribunal determinado (21).

Es que frente a estos supuestos, donde los presuntos delitos presentan una interconexión fáctica definida, por suceder dentro de un mismo espacio-temporal, es pertinente que un solo tribunal intervenga a los fines de evitar las posibles consecuencias negativas que se produzcan ante el desdoblamiento de procesos penales. De lo contrario, se podría ver afectada la eficaz administración de justicia, así como las garantías procesales de quienes sean perseguidos penalmente, tal como ya fuera reseñado.

Además, del análisis holístico de las actuaciones acompañadas se evidencia una pertinente y elevada actividad por parte del Ministerio Público Fiscal local en lo relativo a los avances en la pesquisa para esclarecer los hechos. En ese sentido, se destaca la confección de un croquis sobre la dinámica del suceso, la recepción de testimonios de transeúntes que presenciaron lo que pasó y la actitud posterior del imputado, el informe pericial toxicológico número 4/22 que evidenció la presencia de estupefacientes en sangre, el peritaje N° 3/22 realizado por el Insp. Oscar Morales de Ingeniería Vial de cuyas conclusiones puede inferirse la conducción temeraria, la requisitoria de los antecedentes criminales de los imputados, las transcripciones de los llamados al 911, la toma de fotografías del lugar del hecho y la determinación de las velocidades máximas de la Avenida Figueroa Alcorta, los inventarios de las bicicletas embestidas, la confección de informes médicos y socio ambientales de las personas acusadas, entre otros.

Como si no fuera suficiente, también ha sido vasta la intervención judicial a través de la cual la Dra. Larocca, Jueza a cargo del Juzgado PCyF N° 12, tomó conocimiento de la totalidad de las actuaciones, presidió la audiencia de prisión preventiva y dispuso tal medida luego de conocer los pormenores de la causa.

En conclusión, se evidencia una elevada participación de funcionarios locales que no se vieron impedi-

dos de tales acciones, inclusive cuando ya la calificación provisoria había sido encuadrada en la de homicidio. Por ende, cualquier cambio de jurisdicción implicaría un retardo innecesario en el que un distinto representante del MPF o un juez de instrucción deberán tomar un conocimiento acabado de un expediente de elevada complejidad, el cual ya ha sido realizado por las autoridades locales competentes.

De este modo, toda vez que el caso que nos ocupa se inició ante el fuero local, en orden al delito de lesiones culposas —figura transferida a la justicia de esta ciudad conforme Ley 26.702 y su anexo y aceptación por la ley local N° 5935—, donde se registraron cinco víctimas, mientras que recién a posteriori, se verificó el fallecimiento de una de ellas, es que debe ser el fuero local quien entienda en este expediente. Además, no debo dejar de advertir que también se vislumbró de forma inicial la figura de abandono de personas, que ha sido transferida a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la cual no debe ser descartada, al menos, en esta etapa del proceso.

En este punto, es vital abordar ciertos aspectos de imputación objetiva que permitirán reforzar las argumentaciones vertidas desde una exégesis dogmática. Tal como explica el Profesor De Jesús la imputación objetiva constituye un elemento normativo del tipo y se encuentra implícita en las figuras típicas receptadas en el código de fondo y su análisis se ejerce tanto sobre la conducta como el resultado (22).

Sintéticamente, el Dr. Nardiello ha expuesto que “la constatación entre tal relación de acción y resultado (cuando se requiera) será el requisito previo para indagar si de tal relación de acontecimiento puede generarse una responsabilidad penal. El siguiente paso será comprobar que un proceder es imputable a su autor como productor de un resultado” (23).

Por ende, en el presente caso, se cuenta con un resultado lesivo determinado así como una conducta prohibida cometida por el Sr. O. G. y, presumiblemente, un nexo causal entre uno y otro, todo lo que sería penalmente reprochable al nombrado.

En ese sentido, no puedo dejar de soslayar que la declaración de incompetencia dictada por la Dra. Larocca, así como el pedido de la Auxiliar Fiscal, luce prematura al haberse dispuesto sin contar con la autopsia realizada por el Cuerpo Médico Forense que pueda determinar científicamente el nexo causal entre el accionar delictivo y el resultado muerte.

En tal inteligencia, entiendo que la resolución fue apresurada, al tomar la decisión sin contar con una prueba fundamental y que estaba pendiente de pro-

ducción. Esta circunstancia podrá brindar un elemento central para dar por concluido el análisis de la imputación objetiva y poder determinar, con el grado de certeza requerido para esta etapa, todos los extremos atribuibles al Sr. O. G.

Por lo expuesto, considero que la declaración de incompetencia en razón de la materia efectuada por la Magistrada de grado a pedido de la Auxiliar Fiscal no luce acertada.

En consecuencia, en función a los argumentos vertidos y, habida cuenta la opinión expuesta por la *a quo* en relación con la declaración de incompetencia del fuero local, considero que por una cuestión de oportunidad, mérito y conveniencia, corresponderá disponer el apartamiento de la titular del Juzgado del fuero N° 12, solicitándose a la Secretaría General de Cámara que, a través de los procedimientos pertinentes, se desinscule un nuevo Juzgado para intervenir en el presentes caso y a los fines de que su titular oficie de manera urgente a su par del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 23 de la Capital Federal, requiriéndole que se inhíba en el conocimiento de la causa y remita la totalidad del expediente para que continúe su trámite en el fuero de origen, es decir, el local.

Tercera cuestión.

Sobre el fondo de la resolución recurrida.

Agravios

Ahora bien, habiéndome pronunciado acerca de la admisibilidad formal del recurso de apelación incoado, así como sobre la competencia del fuero local para intervenir en autos, corresponde mencionar en este punto que el remedio procesal bajo examen se dirige contra la resolución que ordenó la prisión preventiva solicitada por el Ministerio Público Fiscal.

Puntualmente, la defensa entendió que el decisorio resultaba arbitrario al afirmar que la jueza de grado omitió tratar las cuestiones relativas a la morigeración de la prisión preventiva, al no analizar otras opciones distintas a la prisión al referir que “los argumentos esgrimidos por VS no son bastos como para también negarle una morigeración de prisión, sobre todo con el argumento de entorpecimiento de la investigación.”

A su vez, la Dra. Rigueiro manifestó que se encontraba acreditado el arraigo de su defendido por lo que no habría peligro de fuga y que la prisión preventiva implicaba una condena anticipada impuesta en un momento inoportuno y desajustada con los fines del proceso.

a) Acerca de los presupuestos en materia de prisión preventiva.

Previo a resolver, corresponde recordar que el ordenamiento ritual local le confiere al magistrado la facultad de limitar la libertad ambulatoria del imputado excepcionalmente cuando: a) se lo haya intimado del hecho que se le atribuye; b) se hubiera probado, provisoriamente, la materialidad del hecho y la responsabilidad que por él le cabe al imputado, en calidad de autor o partícipe y c) si existiere peligro de fuga o de entorpecimiento del proceso —de conformidad con los artículos 180 y 184 del CPPCABA—.

Así pues, la normativa vigente —artículo 181 del CPPCABA— solo admite restringir la libertad ambulatoria por peligro de fuga (“...”) cuando la objetiva valoración de las circunstancias del caso, los antecedentes y circunstancias personales del/la imputado/a permitan sospechar fundadamente que intentará substraerse a las obligaciones procesales”. Estas circunstancias deberán ser evaluadas conjuntamente para poder determinar la existencia o no del peligro de fuga. Específicamente remite a la consideración del arraigo, la pena en expectativa y la procedencia de la condena condicional, y el comportamiento del imputado durante este proceso u otro.

Por su parte, en cuanto al entorpecimiento de la investigación, el código de rito —artículo 182— establece que: “Se entenderá que existe riesgo de entorpecimiento del proceso cuando la objetiva valoración de las circunstancias del caso, las características personales del/la imputado/a y el estado de la pesquisa, permitan sospechar fundadamente que la libertad del encausado pondrá en peligro la recolección de elementos probatorios, individualización y/o aprehensión de otros/as imputados/as o el normal desenvolvimiento del proceso”.

En este entendimiento, debe primar el derecho a gozar de la libertad hasta que se dicte sentencia definitiva, acotando dicho derecho únicamente en casos que justifiquen tal medida al solo efecto de no facilitar la impunidad del imputado. Es decir, solo se podrá proceder del modo que solicita la acusadora pública cuando se presenten los casos previstos en los artículos 181 y 182 del CPPCABA, y ninguna otra medida restrictiva permita asegurar la comparecencia del imputado al proceso penal o el no entorpecimiento de la investigación de su parte.

Es conocida la dicotomía que se da en nuestro campo de estudio respecto de la eficacia y las garantías. Eminentemente opuestos, uno de los extremos conceptuales brega por asegurar la aplicación de la ley penal, mientras que el otro lo hace en aras de que

primen los derechos de los ciudadanos. Es claro para cualquier operador jurídico el enfrentamiento dialéctico que se da entre uno y otro, que constantemente intentan invadir la zona de acción de su contraparte para reducirlo, y que a su vez, necesitan de la existencia del otro para significar su propia entidad.

Ahora bien, en el campo de ese enfrentamiento conceptual, las medidas de coerción implican la dispensa de un derecho en pos de determinados aseguramientos, bien del proceso en sí, o de elementos probatorios.

En sentido análogo, traigo a colación por la claridad de la prosa, a saber: “En la esfera del proceso penal, como es sabido se representa un cuadro de tensión permanente entre la actuación del poder penal del Estado, tendiente a averiguar la verdad para asegurar la aplicación de la ley y su deber de garantizar el respeto a la dignidad del imputado y la plena vigencia de sus derechos fundamentales” (24).

Es por tal motivo, que se trata de vías estrechas —las medidas de coerción—, que deben estar específicamente determinadas y con estrictos requisitos: la necesidad de una ley que permite su realización, la competencia del órgano que la dicta, como así también, un marco de necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la medida (25).

#### b) Acerca de la materialidad de los hechos.

Ahora bien, aplicando los lineamientos hasta aquí mencionados, adelanto que habré de inclinarme por confirmar el pronunciamiento adoptado por la Magistrada de grado, por considerar de oportuna aplicación la medida de coerción solicitada por la Fiscal.

En cuanto al hecho imputado, de lo referido en la audiencia por la representante del MPF, surge que se le atribuyó al Sr. O. G. el hecho presuntamente ocurrido el día 2 de enero del 2022, alrededor de las 08:30 horas, momento en el que el imputado se encontraría circulando por la Avenida Figueroa Alcorta con dirección norte de CABA a bordo de un automóvil marca Ford, modelo Focus, color rojo con dominio colocado ..., de manera temeraria ya que lo hacía a mayor velocidad que la permitida —70 (Km/H), según el peritaje confeccionado por el Insp. Oscar Morales de Ingeniería Vial cuando la velocidad máxima reglamentaria en esa dirección es de 60 (Km/H)— y bajo el efecto de sustancias estupefacientes —cannabis sativa—. Luego, al llegar al 5300 de esa avenida y en esas circunstancias le habría sido indiferente para así cruzarse de carril, atravesar la vereda, romper las defensas que protegen la bicisenda y, sin frenar en ningún momento, haber embestido a L. B. C., M. R. de R., J. H. R., C.

U. D. —todo ellos ciclistas— produciéndoles lesiones graves. Además, al embestirla, habría provocado posteriormente la muerte de M. C. B. en el Hospital Fernández.

Respecto de su verosimilitud, entiendo que se ha alcanzado el grado de probabilidad propio de la etapa procesal en que nos encontramos, puesto que de los elementos probatorios aportados a la causa, se puede presumir, al menos en principio, que habría existido el suceso fáctico en los términos imputados por la Fiscalía actuante.

Dicha acusación se edifica sobre la prueba incorporada, consistente en las grabaciones aportadas por ocasionales transeúntes al momento del suceso, el video reproducido en la audiencia de prisión preventiva en el cual se observa el automóvil en cuestión circulando por la Avenida Figueroa Alcorta y el instante del hecho de forma lejana. Además, se contó con los testimonios de los Sres. H. S. y J. F., quienes habrían presenciado el hecho y dieron aviso al 911, así como con las declaraciones testimoniales de P. A. y C. G. —acompañantes del vehículo conducido por el imputado— quienes brindaron detalles previos al hecho, así como del momento posterior.

En estos términos, del cuadro probatorio apuntado, se puede concluir que corresponde tener por acreditado, con el grado de provisoriedad requerido en esta etapa procesal, tanto el aspecto objetivo como subjetivo de la materialidad de los hechos, al exponer las testigos mencionadas en último término, los detalles del consumo de sustancias durante la noche previa por parte del Sr. O. G. y de la actitud posterior asumida por el acusado al preguntarle a la testigo P. si la persona en el lugar se encontraba muerta, a lo que esta le respondió que sí.

A mayor abundamiento, la verosimilitud del hecho se complementa con el informe pericial toxicológico número 4/22 practicado sobre el imputado que da cuenta de la presencia de estupefacientes en sangre y del peritaje número 3/22 realizado por el Inspector Oscar Morales, especialista en Ingeniería Vial, que concluyó sobre la conducción temeraria por parte del Sr. O. G., que se trasladaba con exceso de velocidad por la Avenida Figueroa Alcorta.

En orden a la calificación jurídica, la fiscalía encuadra la conducta como constitutiva del delito de homicidio con dolo eventual en concurso ideal con el delito de lesiones graves, receptados en los artículos 79 y 94 bis del CP, respectivamente.

Este encuadre normativo no fue atacado por parte de la defensa, a pesar de mostrar cierta discrepancia y

entender que debería ser calificado todo bajo el artículo 84 bis del CP, por lo que se estará al marco provisorio estipulado tanto por la Fiscal como por la jueza de grado.

Todos estos elementos me permiten corroborar *prima facie* la materialidad del hecho por el cual se intimó al imputado, con el grado de certeza propio de esta etapa procesal, tal como manifesté anteriormente.

### c) Acerca de los riesgos procesales.

En este punto, adelanto que la fundamentación subsiguiente da cuenta de mi postura en torno a la existencia en el caso de los riesgos procesales de peligro de fuga y de entorpecimiento del proceso.

En este sentido, la Jueza de grado consideró principalmente la circunstancia prevista en el artículo 181 inciso 2 del CPPCABA que establece como criterio para determinar la existencia de peligro de fuga: "...La magnitud de la pena que podría llegarse a imponer en el caso. Se tendrá en cuenta especialmente la escala penal correspondiente al delito o concurso de delitos atribuidos que tuviese una pena máxima superior a los ocho (8) años de privación de libertad y se estimase fundadamente que en caso de condena no procedería la condena condicional", a la vez que ponderó la huida del lugar del hecho por parte del imputado.

En efecto, la *a quo* refirió que esta última circunstancia le permitió considerarla como un indicio de que, de recuperar la libertad, el Sr. O. G. no cumpliría los compromisos procesales. Además, puntualizó sobre la magnitud de la pena en expectativa atendiendo a los antecedentes que registra el nombrado, lo cual la convenció de que en caso de que el imputado recuperase su libertad, intentaría eludir la acción de la justicia.

Sin perjuicio de que la jueza no consideró de incidencia alguna la cuestión de que el imputado primeiramente brindara un domicilio ... al ..., localidad de Avellaneda, Provincia de Buenos Aires, en el cual no vive desde hace más de tres meses, tal como expuso la Sra. Mariela Molina, lo cierto es que el arraigo del acusado no ha sido efectivamente probado. En este punto, coincido con la fiscal y la querrela, en que brindar un primer domicilio ficticio y luego proveer uno ubicado en la calle ..., Localidad de Avellaneda, Provincia de Buenos Aires, es un indicio que debe tenerse en cuenta dentro del marco que permite, al menos, echar un manto de duda sobre el arraigo.

Al margen de ello, fue la magnitud de la pena en expectativa lo que convenció a la Jueza de disponer la

prisión preventiva del Sr. O. G., sobre la cual se debe destacar que, provisoriamente, la calificación más gravosa fue encuadrada en el artículo 79 del CP. Este artículo establece que: "Se aplicará reclusión o prisión de ocho a veinticinco años, al que matare a otro siempre que en este código no se estableciere otra pena."

En tal inteligencia, sería prematuro descartar tal calificación que imposibilitará la imposición de una pena en suspenso y que, además, el mínimo supera los ocho años y que una posible pena futura, de ser encontrado culpable, deberá meritarse una serie de conductas agravantes que ya fueron expuestas, tales como la multiplicidad de víctimas o el accionar posterior al hecho por parte del Sr. O. G.

Sin embargo, la Dra. Larocca analizó complementariamente la clasificación propuesta por la defensa como infracción al artículo 84 bis del Código de fondo y arribó a idéntica conclusión.

En esa dirección, el citado artículo establece que: "Será reprimido con prisión de dos (2) a cinco (5) años e inhabilitación especial, en su caso, por cinco (5) a diez (10) años el que por la conducción imprudente, negligente o antirreglamentaria de un vehículo con motor causare a otro la muerte. La pena será de prisión de tres (3) a seis (6) años, si se diera alguna de las circunstancias previstas en el párrafo anterior y el conductor se diere a la fuga o no intentase socorrer a la víctima siempre y cuando no incurriera en la conducta prevista en el artículo 106, o estuviese bajo los efectos de estupefacientes o con un nivel de alcoholemia igual o superior a quinientos (500) miligramos por litro de sangre en el caso de conductores de transporte público o un (1) gramo por litro de sangre en los demás casos, o estuviese conduciendo en exceso de velocidad de más de treinta (30) kilómetros por encima de la máxima permitida en el lugar del hecho, o si condujese estando inhabilitado para hacerlo por autoridad competente, o violare la señalización del semáforo o las señales de tránsito que indican el sentido de circulación vehicular o cuando se dieran las circunstancias previstas en el artículo 193 bis, o con culpa temeraria, o cuando fueren más de una las víctimas fatales".

Entonces, es relevante destacar que, por lo hasta aquí acreditado del caso, la pena sería sobre la versión agravada dada la fuga del conductor, quien se habría transportado bajo los efectos de estupefacientes y por culpa temeraria. Tal como expuso la Dra. Larocca y como mencioné previamente, esto alejaría del mínimo la pena a imponer e igualmente, de imponerse el mínimo, sería de efectivo cumplimiento dado las condenas que posee el acusado. Inclusive al realizar esta exégesis totalmente favorable al imputado se puede

concluir en una pauta objetiva que representa un inicio serio de peligro de fuga.

En el caso, la Jueza valoró que atento a los numerosos antecedentes del nombrado, en caso de recaer condena en este expediente, la pena sería de efectivo cumplimiento, puesto que no se presentan las exigencias legales para que sea dejada en suspenso conforme los artículos 26 y 27 del CP.

En efecto, el encausado registra antecedentes que tornarían en improcedente la suspensión de la ejecución de la pena, conforme fue certificado y expuesto en la audiencia de prisión preventiva. De allí surge que, en octubre del año 2010, el imputado fue condenado a la pena de seis años y nueve meses de prisión y que, con fecha 18/09/2019, el Tribunal Oral Criminal N° 6 de Lomas de Zamora lo condenó a la pena de un año de prisión, que unificó con una condena dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal N° 4 de La Matanza, imponiéndole la pena única de dos años y seis meses de prisión de efectivo cumplimiento y declarándolo reincidente.

Por ende, en el presente caso y con relación al imputado, no solo no podría adoptarse la modalidad de ejecución de la pena que prevé el artículo 27 del CP, sino que además se debería mantener la declaración de reincidencia del nombrado.

Por tal motivo, y sin perjuicio de que hipotéticamente pueda recaer respecto del nombrado la calificación legal más beneficiosa sobre el resultado más gravoso y que la escala penal de ese tipo no alcance los ocho años de pena privativa de la libertad, en este caso concreto la pena en expectativa que pudiera corresponderle por los hechos que le fueran enrostrados, efectivamente se presenta como un elemento contundente para sostener que el nombrado no comparecerá voluntariamente al proceso.

En función de lo hasta aquí desarrollado, entiendo que la defensa no ha logrado demostrar el error de la judicante, pues no puede presumirse que efectivamente en este caso el Sr. O. G. no intentará evadir el proceso, máxime cuando la pena en expectativa sería de efectivo cumplimiento, siendo que el dictado de la medida en cuestión es la que mejor se adecua a las circunstancias del caso y es la que mejor asegurará el acatamiento del imputado.

Por lo demás, resulta relevante en este aspecto observar la conducta posterior del imputado quien, carente de empatía alguna con las múltiples víctimas que habría embestido, tuvo la templanza para tomar sus pertenencias y retirarse del lugar.

En este sentido, la *a quo* consideró de manera integral las constancias de la causa, valorando la conducta del Sr. O. G. y la pena en expectativa, para concluir que en el caso se presenta el peligro de fuga suficiente para dictar la medida cuestionada por la defensa, de conformidad con el artículo 181 del CPPCABA.

Lo expuesto no supone considerar a la medida de coerción en trato como una pena anticipada, sino que, lejos de ello, se trata de demostrar la presencia de uno de los requisitos que el legislador previó como presunción de peligro de fuga, cuya constitucionalidad no fue aquí criticada.

Aunado a lo hasta aquí desarrollado y, adentrándose ahora en el riesgo de entorpecimiento del proceso previsto en el artículo 182 del CPPCABA, cabe señalar que entiendo que el estado embrionario del caso demuestra que restan abundantes pruebas por recabar y producir. Si bien se practicaron distintos peritajes e informes y, tal como anteriormente se remarcara, el avance de la pesquisa en el fuero local aparece como apto como para la atribución de competencia de la justicia de la Ciudad, lo cierto es que la investigación se encuentra en su génesis y debe avanzar para evitarse que el imputado pueda frustrar el normal desarrollo de la justicia eludiéndola, tal como ya hiciera al escapar del lugar de los hechos sin brindar asistencia alguna a las víctimas.

Además, no se ha recolectado aún la declaración de todos los testigos presenciales del hecho ni de las distintas personas damnificadas que sufrieron lesiones, por lo que, atento a la gravedad de los sucesos, debería evitarse que el acusado pueda interferir o alterar el testimonio de alguno de ellos.

Finalmente, y tal como ya fue acreditado, es posible presumir que el imputado no cumplirá con los compromisos procesales, dado que al tener la oportunidad de ayudar o escaparse del lugar de los hechos, el Sr. O. G. —con conocimiento de lo que había producido—, decidió huir en el vehículo marca Jeep que habría pasado a buscarlo por el lugar.

Por lo expuesto, entiendo que se encuentran corroboradas en autos las circunstancias previstas por los artículos 181, incisos 1, 2 y 3 y 182 del CPPCABA, es decir, tengo por configurado —al igual que la *a quo*—, los dos riesgos procesales que tornan posible la implementación de medidas de coerción, tales como las que se encuentran bajo análisis.

Por lo demás, coincido con el Sr. Fiscal de Cámara, Dr. Esteban Righi, en cuanto a la estricta necesidad de la medida. Asimismo, en cuanto al requisito de proporcionalidad, podemos afirmar que la decisión no

aparece desproporcionada *per se*, y por lo tanto, tampoco considero pertinente la aplicación de medidas alternativas, tal como insistió la defensa.

En honor a la brevedad y para evitar la repetición innecesaria de argumentaciones, considero que los argumentos expuestos a la multiplicidad de condenas, la pena en expectativa, el accionar posterior a la comisión del hecho, la provisión de un domicilio falso en el que no vive hace más de tres meses me hacen descartar de plano cualquier medida morigeradora de la prisión.

En el artículo citado al comienzo, el Dr. Bruzzone ejemplifica medidas de coerción desproporcionadas remitiéndose al caso en que se dicta una prisión preventiva para un delito con pena de multa (26). Pues bien, si se tiene en cuenta que aquí se investiga un delito con pena de prisión y se aduna la circunstancia de que nuestro proceso penal local, de corte acusatorio, cuenta con un dinamismo que redundan en una deseable celeridad de los procedimientos, podemos concluir que no se trata de una medida que se encuentre fuera de proporción.

d) Acerca de la arbitrariedad de la decisión.

Finalmente, en lo que atañe a este planteo y tal como he expresado en reiteradas oportunidades, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido, de manera uniforme, que la denuncia por arbitrariedad, por su carácter excepcional y restringido, exige un apartamiento inequívoco de las normas que gobiernan el caso o una decisiva carencia de fundamentos (Fallos: 276:132, 295:140, 278, 538, 323:2879, entre otros).

En virtud del estándar expresado precedentemente y de conformidad con la reseña de los argumentos desarrollados por la Sra. Magistrada de grado a lo largo de su decisión, no puedo sino señalar que no se advierte que nos encontremos ante ninguna de las situaciones destacadas por el tribunal cimero. Por el contrario, considero que la decisión adoptada por la *a quo* es el resultado de un procedimiento argumentativo acabado y basado en la normativa aplicable al caso.

Por lo tanto, entiendo que la denuncia por arbitrariedad por la parte recurrente no es más que un desacuerdo con la solución a la que arribó la Jueza de grado, sobre la cual ha expuesto afirmaciones genéricas que no se encuentran sustentadas en normativa aplicable en claro intento de mejorar la situación procesal de su asistido, sin conseguirlo.

De acuerdo con el plexo argumental desarrollado, y dicho todo cuanto he considerado necesario, corresponde y así propongo al acuerdo: I.- Rechazar el recur-

so de apelación interpuesto por la defensa particular del imputado J. C. O. G. II.- Revocar la decisión adoptada por la Sra. Magistrada de grado en el apartado II) de la resolución dictada el día 5 de enero pasado y, en consecuencia, declarar la competencia del fuero Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas para la intervención en las presentes actuaciones. III.- Confirmar el apartado I) de la decisión adoptada por la titular del Juzgado del fuero N° 12 el 5 de enero pasado, en cuanto resolvió "Hacer lugar a lo solicitado por el Ministerio Público Fiscal, en consecuencia, Disponer la Prisión preventiva del imputado J. C. O. G. (DNI N° ...), en este caso registrado bajo el N° 221/2022-0, hasta la celebración del juicio oral y público o hasta el cese de los motivos que justifican la imposición del encierro cautelar..." IV.- Apartar a la Dra. Patricia Ana Larocca del conocimiento de las presentes actuaciones de conformidad con los lineamientos expuestos en los considerandos y, en consecuencia, solicitar a la Secretaría General de Cámara se proceda a desinsacular un nuevo juzgado para la intervención en autos, a los fines de que su titular oficie de manera urgente a su par del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 23 de la Capital Federal (conf. Actuación N° 25.632/2022 del presente incidente), requiriéndole que se inhíba en el conocimiento de la causa y remita la totalidad del expediente para que continúe su trámite en el fuero local. V.- Tener presente las reservas efectuadas por la impugnante.

Tal es mi voto.

Los doctores *Vázquez* y *Sáez Capel* dijeron:

Por coincidir en términos generales con los argumentos expuestos por nuestro distinguido colega preopinante, el doctor *Franza*, y sin perjuicio de la calificación que, en definitiva, recaiga en las presentes, adherimos en lo sustancial a la solución que propone en su voto.

El doctor *Vázquez* dijo:

En primer término, he de poner de manifiesto que coincido con los argumentos esbozados por el doctor *Franza* en su voto, en lo atinente a que, en asuntos de competencia, la voluntad de las partes no puede predominar por sobre una cuestión de orden público.

En esa línea, resulta inconveniente la metodología de requerir anticipadamente el consentimiento de las partes para una decisión todavía no adoptada, como así también la de materializar la declinación de competencia sin esperar que esta Alzada se expida, provocando el riesgo del eventual dictado de resoluciones contrapuestas con aquello que pudiera resolver el

juez del fuero transicional a quien se le remitiera el proceso.

A su vez, y en la misma línea, también comparto lo afirmado por mi colega preopinante en lo relativo a la autonomía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires —dispuesta por el artículo 129 de la CN, así como por los artículos 6 y 7 de la Constitución de la Ciudad—; a las consideraciones realizadas, tanto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como por el Tribunal Superior de Justicia de esta Ciudad, en la abundante jurisprudencia reseñada por el distinguido vocal preopinante; y a que, en definitiva, corresponde que sea este fuero en lo Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas por ante el cual continúe tramitando el proceso.

Sin embargo, difiero parcialmente en lo atinente a los motivos que cimentaron esa decisión, en la medida en que, a mi entender, no es la circunstancia de que el suceso primario que originó la intervención de los tribunales locales resulte ser uno de los delitos que ya fueron transferidos a la órbita jurisdiccional de la Ciudad lo que justifica que sea este fuero el que siga interviniendo en la presente investigación, sino el hecho de que los únicos jueces naturales y constitucionales para entender en los delitos ordinarios que se produzcan en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires son los magistrados elegidos por el pueblo de esta Ciudad a través de sus instituciones, ergo el Consejo de la Magistratura y la Legislatura local, y ello de ningún modo se ve modificado por la demora de la transferencia plena del tratamiento de todos los delitos ordinarios a la justicia de la Ciudad.

En ese sentido, me he pronunciado en numerosas oportunidades, y en la Sala que originariamente integro, respecto de que no existen cuestiones de competencia —ni en razón de la materia, ni del territorio— entre el fuero local y los tribunales no federales de la Ciudad sino, en todo caso, razones institucionales que demoran la transferencia plena del tratamiento de todos los delitos ordinarios a la justicia de la Ciudad, cuya secuela será la disolución definitiva del fuero criminal y correccional (en honor a la brevedad, me remito a lo manifestado en Sala III, Causa N° 23.078/2019-0 “Incidente de apelación en autos: Hinojosa, Gustavo s/ art. 89 y 149 bis CP”, rta. 13/08/2019; Sala I, Causa N° 24508/2019-0 “Jiménez, Ezequiel E. s/ 292 1° parr. - Falsificación de documento público y privado” rta. el 29/08/2019, entre muchas otras).

En esta tesitura, cabe reiterar que la competencia material de la Ciudad de Buenos Aires para juzgar delitos, es propia por mandato constitucional —conforme los arts. 129 de la CN y 6 de la Constitución de la Ciudad—, por lo que no luce acertado renunciarla au-

tomáticamente en favor de una justicia que, irrevocablemente, está destinada a desaparecer. Y, en efecto, tal ha sido la postura, tanto de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como del Tribunal Superior de Justicia, en la vasta jurisprudencia reseñada en el voto del doctor *Franza*.

En consecuencia, y en virtud de lo expuesto, no encuentro escollos constitucionales, institucionales o administrativos, que me impidan afirmar que el trámite de las actuaciones —independientemente de que el hecho que aquí se investiga constituya, o no, un homicidio; de cuál fue el fuero que previno, o bien, de qué calificación fue la primigenia— debe continuar en el fuero local. Por lo demás, este criterio no solo es conteste con el principio de autonomía jurisdiccional que como autoridades constituidas tenemos el deber de preservar —por imperio del art. 6 de la Constitución local—, sino también, y en virtud del sistema acusatorio que rige en la Ciudad de Buenos Aires, con las garantías del justiciable.

En consecuencia, el Tribunal por unanimidad resuelve: I. Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la defensa particular del imputado J. C. O. II. Revocar la decisión adoptada por la Sra. Magistrada de grado en el apartado II) de la resolución dictada el día 5 de enero pasado y, en consecuencia, Declarar la competencia del fuero Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas para la intervención en las presentes actuaciones. III. Confirmar el apartado I) de la decisión adoptada por la titular del Juzgado del fuero N° 12 el 5 de enero pasado, en cuanto resolvió “Hacer lugar a lo solicitado por el Ministerio Público Fiscal, en consecuencia, Disponer la Prisión preventiva del imputado J. C. O. G. (DNI N° ...), en este caso registrado bajo el N° 221/2022-0, hasta la celebración del juicio oral y público o hasta el cese de los motivos que justifican la imposición del encierro cautelar...”. IV. Apartar a la Dra. Patricia Ana Larocca del conocimiento de las presentes actuaciones de conformidad con los lineamientos expuestos en los considerandos y, en consecuencia, solicitar a la Secretaría General de Cámara que proceda a desinsacular un nuevo juzgado para la intervención en autos, a los fines de que su titular oficie de manera urgente a su par del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 23 de la Capital Federal (conf. Actuación N° 25632/2022 del presente incidente), requiriéndole que se inhíba en el conocimiento de la causa y remita la totalidad del expediente para que continúe su trámite en el fuero local. V. Tener presente las reservas efectuadas por la impugnante. Regístrese, notifíquese por medios electrónicos y remítase, de igual modo, a la Secretaría General de esta Alzada, a fin de que desinsacule el Juzgado que deberá intervenir en las presentes. — *Jorge A. Franza*. — *Marcelo Vázquez*. — *José Sáez Capel*.

(1) Bobbio, Norberto, “Estado, Gobierno y Sociedad. Por una Teoría General de la Política”. Red Federal de Formación Docente. Ministerio de Cultura y Educación de la Nación Presidencia de la Nación”, 1998, ps. 127/128.

(2) Sabsay, Daniel Alberto, “Principios fundamentales para la interpretación, aplicación y cumplimiento de la Constitución Porteña”, artículo en: Basterra, Marcela I. “Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Edición Comentada”, Editorial Jusbaire, 2017, ps. 40/41, con cita a Loñ, Félix R. “Comentario liminar”, en López Alfonsín, Marcelo A. “Constitución de la CABA comentada”, Buenos Aires, Ed. Estudio, 1997, p. 32.

(3) Salvatelli, Ana, De Giovanni, Julio, quien extensamente trata el tema de los convenios de transferencia de competencia en “La ciudad autónoma necesita...” op. cit., p. 34 y en “Algunas reflexiones...”, op. cit. p. 108; y tema analizado en la Introducción, en la sección titulada “Perspectivas actuales de la autonomía porteña”, con remisión a ello.

(4) Maier, J. B., “Derecho Procesal Penal”, T. II, Parte General, Sujetos Procesales, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2003, primera edición, p. 526-527.

(5) Basterra, Marcela I., “Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Edición Comentada”, Editorial Jusbaire, 2017, ps. 1129/1130.

(6) Vázquez, Marcelo Pablo, “La competencia originaria de la CSJN, la Ciudad de Buenos Aires y una cuestión capital”, LA LEY CABA-2011 (octubre), 481, TR. LA LEY AR/DOC/3705/2011.

(7) Vázquez, Marcelo Pablo: “Introducción: El Poder Judicial como medida de la Autonomía”, artículo en: Basterra, Marcela I. “Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Edición Comentada”, Editorial Jusbaire, 2017, ps. 40/41, con cita a Loñ, Félix R. “Comentario liminar”, en López Alfonsín, Marcelo A. “Constitución de la CABA comentada”, Buenos Aires, Ed. Estudio, 1997, p. 1121.

(8) CSJN, Competencia CCC 7614/2015/CNC1-CA1 “Corrales, Guillermo G. y otros/ hábeas corpus”, rto. 09/12/2015

(9) CSJN, CCC 3559/2015/16/5/1/RH8 “N.N. y otros s/ averiguación de delito - Damnificado: Nisman, Alberto y otros”, rto. el 20/09/2016.

(10) CSJN, Competencia CFP 9688/2015/1/CA1-CS1 José Mármol 824 (ocupantes de la finca) si incidente de incompetencia, rto. el 12/06/2018.

(11) Competencia CSJ 4652/2015/CS1 “Bazán, Fernando s/ amenazas”, rto. el 04/04/2019.

(12) cf. TSJ en “Giordano”, Expte. n° 16368/19, resolución del 25/10/2019.

(13) TSJ, N° 16836/2019-0, “Incidente de competencia en autos “Chabán, Oscar A. s/ infr. art. 149 bis, CP - coacción s/ conflicto de competencia I”, rta. el 09/09/2020).

(14) Expte. N° TSJ 17539/2019-0 “Incidente de incompetencia en autos Quisbeth García, Ariel s/ 89 - Lesiones leves s/ Conflicto de competencia I”, rto. 07/10/2020.

(15) CAPCyF, Sala II, Causa N° 5011/2020-1, caratula “Incidente de apelación en autos “Navarro, Carlos y otros sobre 94 - lesiones culposas”, voto Dr. Jorge Atilio Franza

(16) CorteIDH, Caso “Perrone y Preckel c. Argentina”, Sentencia de 8 de octubre de 2019, Serie C N° 385; entre otros.

(17) CSJN, Competencia CSJ 4652/2015/CS1, Bazán, Fernando s/ amenazas, del voto mayoritario, rto. el 04/04/2019, con cita a: Bidart Campos, Germán, “Tratado Elementos de Derecho Constitucional”, Ediar, T. III, p. 356.

(18) López Mesa, Marcelo “Acerca de los principios rectores de nuestro derecho civil”, publicado en [https://www.asesoria.gba.gov.ar/biblioteca/files/2017-11/4891-14-44-44-04.ACERCA\\_DE\\_LOS\\_PRINCIPIOS\\_RECTORES\\_DE\\_NUESTRO\\_DERECHO\\_CIVIL.pdf](https://www.asesoria.gba.gov.ar/biblioteca/files/2017-11/4891-14-44-44-04.ACERCA_DE_LOS_PRINCIPIOS_RECTORES_DE_NUESTRO_DERECHO_CIVIL.pdf)

(19) Rusconi, M. (2007) “Derecho Penal: Parte General”, 1ª Ed., Buenos Aires: Ad Hoc, ISBN: 950-894-589-3, p. 171.

(20) Maier, Julio B. (1989) “Derecho Procesal Penal Argentino - Fundamentos. El Derecho procesal penal y su inserción en el orden jurídico”, Buenos Aires: Hammurabi SRL.

(21) CSJN, Fallos: 295:114; 305:1105; 308:487 y Competencias N° 513, L. XXXVII *in re* “Di Rico, Vicente A. s/ defraudación”, y N° 836 L. XLII *in re* “Valpreda, Omar s/ infracción tenencia de arma uso civil”, competencias 309 —L.XLV— *in re* “Pérez, Karina s/ inf. art. 89 del CP”; 271 —L.XLV— *in re* “Sandra s/ inf. art. 149 CP” y 316 —L.XLV— *in re* “Bidone, Julio s/ lesiones y amenazas”; 816 —L. XLVI— “Rodríguez Castillo, Freyde E. y otros s/ infr. art. 149 bis, amenazas, CP” y 43 —L. L.— “P., B. M. s/ resistencia a la autoridad.

(22) De Jesús, Damasio E, (2006) “Imputación Objetiva”, Buenos Aires: Euros Editores SRL, ISBN: 9974578787, ps. 44 a 47.

(23) Nardiello, Ángel Gabriel. (2012) “Estructura del hecho punible”, 1ª edición, Buenos Aires: Hamurabi, ISBN: 978-950-741-586-9, ps. 69 y 70.

(24) López González, Mirta L., “Una mirada más acerca de los peligros procesales”, en “Cuestiones Penales, Homenaje al profesor doctor Esteban Righi”, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2012, p. 503.

(25) Gustavo A. Bruzzone, “La *nulla coactio sine lege* como pauta de trabajo en materia de medidas de coerción en el proceso penal”, en “Estudios sobre Justicia Penal, Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier”, Buenos Aires, Del Puerto, 2005, p. 253.

(26) Bruzzone, G. “La *nulla coactio sine lege* como pauta de trabajo en materia de medidas de coerción en el proceso penal”, en “Estudios sobre Justicia Penal, Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier”, Buenos Aires, Del Puerto, 2005, p. 250.

# La preponderancia de la garantía de juez natural y el principio de igualdad ante la ley

Rosario Alessandretti (\*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.— III. La jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.— IV. La garantía de juez natural.— V. Conclusión.

## I. Introducción

La Sala de FERIA de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas, integrada por los Dres. Jorge Atilio Franza, Marcelo Pablo Vázquez y José Sáez Capel, resolvió, entre otras cosas, declarar la competencia de dicho fuero (1) para intervenir en el caso "O. G., J. C." que se inició por un automovilista que atropelló a un grupo de personas que se encontraban en una ciclovía en el barrio de Palermo, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Del sumario policial se desprende que se anició a la Fiscalía de Cámara, Unidad Fiscal Norte, del Fuero Penal Contravencional y de Faltas y que esta ordenó iniciar actuaciones sumariales por la figura de lesiones culposas prevista en el art. 94 del Cód. Penal. Además, la causa fue puesta en conocimiento del Juzgado Penal, Contravencional y de Faltas Nro. 12 a través del pedido de audiencia de prisión preventiva formulado por la representante del Ministerio Público Fiscal.

Como resultado del accionar del automovilista se produjeron lesiones y una de las personas falleció. Por ello la conducta fue encuadrada por

---

(\*) Abogada (UBA, 2016). Magíster en Derecho Penal (Universidad de San Andrés, 2021). Profesora de Derecho Penal y Procesal Penal (UBA). Socia del estudio "Iribarren, Castex & Pauls".

(1) El presente comentario versará exclusivamente sobre este punto.

la fiscalía como homicidio con dolo eventual en concurso ideal con lesiones graves. En virtud de la calificación legal escogida se postuló la incompetencia del fuero de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en favor del fuero nacional.

La magistrada hizo lugar a la solicitud de incompetencia, habida cuenta de que la figura de homicidio no había sido transferida a la órbita del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

El fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas, que revocó la aludida declinatoria de competencia, tiene diversas aristas.

El voto que presidió el fallo, al que adhirieron los jueces Marcelo Pablo Vázquez y José Sáez Capel, desarrolla tres puntos: la naturaleza de orden público de la cuestión de competencia, la autonomía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el principio de mejor administración de justicia. Luego se analiza la aplicación de tales principios al caso concreto.

En este comentario se efectuará, en primer lugar, un breve análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) y del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (TSJ CABA) acerca de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires. Los argumentos allí delineados, que se basan en lo que manda la Constitución Nacional (CN) y la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, re-

sultan sustanciales para el estudio del tema. En este punto se coincide con la estructura del voto del Dr. Jorge Atilio Franza.

Pero, a criterio de la suscripta, el magistrado soslayó la preponderancia de la garantía del juez natural. Por ello, en segundo lugar, se desarrollará la garantía de juez natural y, finalmente, se esbozará una conclusión acerca de los principales motivos por los cuales en este caso corresponde que entienda el Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires.

## II. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

En una serie de pronunciamientos de indudable autoridad, el alto tribunal, en su condición de último garante y custodio supremo de la vigencia de la Constitución Nacional, brindó precisiones e intentó reencauzar el proceso de consolidación autónoma de la Ciudad de Buenos Aires —proceso que debía ser, en principio, perfeccionado por los poderes Ejecutivo y Legislativo del gobierno federal y de la Ciudad de Buenos Aires—.

En el fallo “Corrales” (2) del año 2015, luego de enmarcar el análisis de las competencias que ejercen los tribunales nacionales de la Capital en el proceso de reconocimiento y desarrollo de la autonomía local, la Corte afirmó que “las competencias que actualmente ejerce la justicia nacional ordinaria, que vale reiterar, no son federales, deben ser transferidas a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. De esta forma, al igual que lo que ocurre en las jurisdicciones provinciales, estos asuntos deben ser resueltos por la justicia local” y exhortó “a las autoridades competentes para que adopten las medidas necesarias a los efectos de garantizarle a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el pleno ejercicio de las competencias ordinarias en materia jurisdiccional”.

Luego, en el caso “Nisman” (3), del año 2016, reiteró que no cabía equiparar la índole de las competencias ejercidas por los tribunales federales y los nacionales, y recordó que “en atención a que la Constitución federal le reconoce

a la Ciudad de Buenos Aires su autonomía no puede sino concluirse que el carácter nacional de los tribunales ordinarios de la Capital Federal es meramente transitorio...”, conceptos que fueron reiterados en el año 2018 en “José Mármol 824” (4) y, en lo sustancial, en “Panaciuk” (5) en el año 2020.

Finalmente, en “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Provincia de Córdoba” (6) del 4 de abril de 2019, la Corte retomó el desarrollo argumental de “Nisman”, reiteró que “las limitaciones jurisdiccionales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires son producto de una situación de hecho —la inexistencia de un Poder Judicial local que pudiera juzgar todas las causas regidas por los códigos nacionales del art. 75, inc. 12 de la CN—, que no debe perdurar en el tiempo. Por implicación, esta Corte reconoció en “Nisman” que la Ciudad de Buenos Aires tiene una aptitud semejante a la de las provincias argentinas para ejercer plenamente la jurisdicción y, con ello, para realizar la autonomía que le fuera concedida por el artículo 129 de la Constitución”. Concluyó que era necesario reexaminar el modo de conciliar la plena autonomía jurisdiccional porteña con la prerrogativa de las provincias como aforadas a la competencia originaria del Tribunal, y luego de analizar el atribulado devenir histórico de la cuestión capital desde sus orígenes hasta la consagración de Buenos Aires como ciudad constitucional federada en la reforma constitucional de 1994, decidió desligarse de 25 años de instituciones porteñas inconclusas y reconocer a la Ciudad el derecho a no ser sometida ante tribunales ajenos a la plena jurisdicción que le garantiza la Constitución Nacional. Así, afirmó que tiene sentido despejar desigualdades o asimetrías de la ciudad respecto de las provincias, Estados con quien interactúa con el objeto de lograr “hacer un solo país para un solo pueblo” (7). Se trata de un presupuesto esencial para la “armonía y respeto recíproco” entre los estados (8), hoy extensivo a un nuevo participante del federalismo argenti-

(2) CSJN, Fallos 338:1517.

(3) CSJN, Fallos 339:1342.

(4) CSJN, Fallos 341:611.

(5) CSJN, Fallos 343:432.

(6) CSJN, Fallos 342:533.

(7) CSJN, Fallos 178:9.

(8) CSJN, Fallos 310:2478.

no cuyas instituciones incompletas no perderán en el tiempo. En consecuencia, modificó la doctrina que había expuesto en “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c. Provincia de Tierra del Fuego” (9) y reconoció que la Ciudad tiene el mismo derecho que las provincias a la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El día en que se emitió la sentencia reseñada en la causa “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Provincia de Córdoba” la Corte Suprema de Justicia resolvió el caso “Bazán” (10) donde realizó otras trascendentes consideraciones referidas a los alcances de la autonomía jurisdiccional de la Ciudad de Buenos Aires. Allí analizó el grado de avance de la consolidación de las potestades reconocidas a la Ciudad en el art. 129 de la Constitución de la Ciudad, recordó que, ante el “escaso —casi nulo— acatamiento del texto constitucional en punto al reconocimiento jurisdiccional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires” en el año 2015 había exhortado a las autoridades constituidas en la ya citada causa “Corrales”, pero que luego de cuatro años, los gobiernos nacional y local habían avanzado mínimamente en el proceso de transferencia de la justicia nacional ordinaria al ámbito que constitucionalmente le corresponde —el de la Ciudad de Buenos Aires—. Recordó que la morosidad de los poderes constituidos en cumplir los mandatos de hacer contenidos en las reglas constitucionales estructurantes del federalismo genera graves desajustes institucionales, descartó que tales demoras pudieran justificarse en la dificultad de lograr acuerdos políticos y concluyó que el “inmovilismo” que caracterizaba la transferencia de las competencias jurisdiccionales a la Ciudad “constituye un incumplimiento literal de la Constitución Nacional con el consiguiente debilitamiento de la fuerza normativa de su texto”. Afirmó que, asimismo, esta demora configura el desconocimiento de las facultades de autogobierno de un Estado local y redundante en que, a diferencia de lo que ocurre en el resto del país, en el territorio porteño los habitantes no son juzgados ni someten sus pleitos a una justicia propia sujeta al control político de su Legislatura. Concluyó que “el principio de

'lealtad federal' como rector del federalismo argentino es desconocido de manera palmaria en lo que respecta a la transferencia de la Justicia Nacional Ordinaria al Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sin que ningún argumento referido a su condición de 'capital de la República' alcance a explicarlo. En un marco básico de buena fe federal que busca evitar el abuso de las competencias de un Estado en detrimento de los otros, no se explica el cuasi nulo avance de la señalada transferencia”. Luego afirmó que “este Tribunal debe continuar adecuando su actuación a aquella que le impone el texto de la Constitución Nacional, más allá de que el Estado Federal y el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires perpetúen la situación descripta”, y definió que el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires sería el órgano que debía resolver de allí en más los conflictos de competencia que se susciten entre dos órganos jurisdiccionales con competencia no federal con asiento en la Ciudad.

### III. La jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

El precedente “Levinas” (11), del TSJCABA, resulta paradigmático respecto a la autonomía jurisdiccional de la Ciudad de Buenos Aires. La mayoría del Tribunal tuvo que decidir si la sentencia dictada por la Sala A de la Cámara Nacional en lo Civil podía ser recurrida ante dicha instancia a través de un recurso de inconstitucionalidad o ante la Corte Suprema mediante un Recurso Extraordinario Federal.

El juez que presidió el fallo, Santiago Otamendi, mencionó tres consideraciones que debían tenerse en cuenta para analizar la cuestión planteada por el señor Levinas: la primera, referida al *status* constitucional de la Ciudad de Buenos Aires y a la amplitud de sus facultades jurisdiccionales; la segunda, relativa a las consecuencias que la amplitud de dichas facultades trae y la tercera, referida a la forma en que la Constitución Nacional y la ley 48 organizan el

(9) CSJN, Fallos 330:5279.

(10) CSJN, Fallos 342:509.

(11) TSJ CABA, 30/09/2020, "Levinas, Gabriel Isaías s/ SAG - otros (queja por recurso de inconstitucionalidad denegado) en/ Ferrari, María Alicia y otro c. Levinas, Gabriel Isaías s/ rendición de cuentas".

control de la supremacía de la Constitución Nacional y de las leyes federales *lato sensu*.

Luego de citar precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema —los que fueron analizados en el acápite precedente— el magistrado concluyó que “el diseño institucional que la Constitución Nacional reformada, a través de su art. 129, establece para la Ciudad de Buenos Aires implica un Poder Judicial con competencia igual a la de las provincias, que conoce de causas que involucran la aplicación del derecho local (como ya ocurre en la actualidad) y del derecho común (como debe ocurrir) (cfr. arts. 5º, 75 inc. 12, 116, 121 a 123 y 129)”.

En el considerando cuatro, hizo alusión a “Strada” (12) y “Di Mascio” (13) para indicar que en esos precedentes “la Corte estableció que la intervención de los tribunales superiores de provincia es necesaria, sea por la vía de los recursos ordinarios o extraordinarios instituidos en las leyes locales, a fin de cumplir con el requisito de que el recurso extraordinario federal se interponga contra la sentencia del tribunal superior de la causa en los casos provenientes de la justicia provincial, y que ‘las legislaturas locales y la jurisprudencia de sus tribunales no pueden vedar el acceso a aquellos órganos, en tales supuestos’ (cfr. considerando 14 de “Di Mascio”), esto es, cuando exista una cuestión federal (que comprende, conforme lo establecido en Fallos: 310:324, la arbitrariedad de sentencias)”.

Por lo tanto, no solo el Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires debe conocer de causas que traten de la aplicación del derecho local y del derecho común, sino que el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, como órgano máximo de aquel, debe necesariamente conocer de todos ellos, sea por la vía ordinaria o extraordinaria, cuando exista una cuestión federal, puesto que tanto la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires al establecerlos (cfr. art. 113, incs. 3, 4 y 5) como las leyes 7 y 402 al reglamentarlos, lo han hecho de conformidad con la doctrina reseñada.

(12) CSJN, Fallos: 308:490.

(13) CSJN, Fallos: 311:2478.

Finalmente, el juez hizo referencia al citado precedente “Bazán” y concluyó que ese criterio de actuación debía regir la conducta del Tribunal en el caso: “En su recurso de inconstitucionalidad (más allá de lo que se decida oportunamente), el señor Levinas alega que la sentencia de la sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que recurre, dictada en una causa que involucra la aplicación del derecho común o, en otros términos, ejerciendo una competencia que constitucionalmente corresponde a la Ciudad de Buenos Aires y a su Poder Judicial, es arbitraria e implica una violación a su derecho de defensa en juicio tutelado por las Constituciones Nacional y de la Ciudad de Buenos Aires”.

“En su queja, solicita a este Tribunal que cumpla respecto de esa decisión (y, por carácter transitivo, de todo el universo de sentencias dictadas en las mismas circunstancias) con la misión que tanto la Constitución Nacional y la ley 48 como la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y las leyes 7 y 402 ya hoy le encomiendan, entre otras, como órgano máximo del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires. Una misión tan esencial (por necesaria) de la que, conforme lo sostenido por la Corte *in re* ‘Di Mascio’, ni las leyes locales podrían privarlo”.

En su voto, el magistrado Luis Francisco Lozano, mencionó que la cuestión aun no resuelta consistía en decidir si, a partir de los conceptos fijados en “Bazán”, el tribunal superior del que indefectiblemente se debe requerir pronunciamiento para cumplir la exigencia contenida en el precedente “Di Mascio” y “Strada”, a fin de asegurar la ulterior posibilidad de acudir al recurso del art. 14 de la ley 48, es el Tribunal Superior de Justicia de la CABA. “Dicho en otras palabras, si el Tribunal Superior de Justicia es el superior tribunal de la causa o solamente un órgano en el que la Corte Suprema decidió delegar la potestad de dirimir contiendas de competencias suscitadas a propósito de causas locales”.

En opinión del juez, a la luz de la doctrina emanada de “Bazán” resulta más natural que el criterio adoptado sea que, efectivamente, el Tribunal Superior de Justicia es el superior tribunal de la causa (considerando ocho).

El Dr. Lozano, también se refirió al derecho a la defensa en juicio de los habitantes de la Ciudad de Buenos Aires y cómo en este influye que el Tribunal Superior de Justicia de dicha ciudad revise las cuestiones en su condición de tribunal superior previo a la intervención de la Corte Suprema, “pues al igual que en todas las provincias, un órgano más examinará sus agravios, y, además, uniforme en los criterios, ya que ese órgano final es el mismo para toda la jurisdicción” (14).

La magistrada, Inés Weinberg, comenzó su exposición refiriendo al marco normativo autonómico de la jurisdicción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (arts. 75 inc. 12, 122, 129 de la CN y 106 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires) y cómo de este se deriva que por ser la Ciudad de Buenos Aires una jurisdicción local le corresponde a sus tribunales —según las normas de procedimientos que, a su vez, dicta su órgano Legislativo— intervenir en la aplicación de los Códigos de fondo que dicta el Estado Federal. Sostuvo de manera categórica las reconocidas facultades jurisdiccionales de la Ciudad de Buenos Aires.

Es interesante mencionar una cuestión política que surge de su voto cuando alertó sobre los graves desajustes institucionales en los que se patentiza el mantenimiento de una profunda crisis de legitimidad que afecta a los jueces que resuelven las contiendas de los habitantes de la Ciudad, “algo que claramente no ocurre en otras jurisdicciones del país. En las provincias, sus habitantes intervienen de manera indirecta en la designación de sus jueces locales. Es decir, son ellos los que mediante el voto deciden quienes serán sus representantes (legisladores y gobernadores) para que estos a su vez, oportunamente y a través de los mecanismos locales correspondientes designen a los jueces que integrarán los tribunales que resolverán sus contiendas judiciales”.

“En cambio la realidad de los habitantes de la CABA es bien distinta. La injerencia o, mejor aún, el grado de participación que tienen en la definición de sus autoridades jurisdiccionales se encuentra diluido bajo la intervención de las autoridades nacionales cuya base electoral está

distribuida entre todos los habitantes del país. Pues son las autoridades nacionales (Consejo de la Magistratura Nacional, Poder Ejecutivo Nacional y Senado de la Nación) quienes todavía eligen a los jueces que ejercen jurisdicción sobre conflictos locales. Es decir, en el sistema actual, se les da poder de elegir a aquellos que no van a estar sometidos a su jurisdicción”.

Finalmente, la Dra. Weinberg se expidió de cara al futuro, acerca de cómo proceder en casos análogos, de la siguiente forma: “el Tribunal Superior de Justicia de la CABA conocerá en todas las causas en las que las partes interpongan los recursos que habilitan su jurisdicción (ley 402, arts. 26 y 32) siempre que las contiendas litigiosas se susciten dentro de los límites territoriales de la Ciudad y en materia ordinaria —ya sea que intervengan jueces nacionales o locales—. La postura aquí propiciada no implica una interferencia indebida en intereses del Estado nacional en la Ciudad de Buenos Aires —en tanto es la Capital de la Nación— (art. 129, CN). Por el contrario, resulta compatible y consecuencia natural de la aplicación del principio de lealtad federal que rige entre los distintos niveles estadales por imperio de la Constitución, conforme se lo postula ya desde su Preámbulo”.

A su turno, la jueza Marcela De Langhe mencionó que la cuestión a estudio exigía analizar las características y alcance de la autonomía jurisdiccional reconocida por la Constitución Nacional a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

La reseña de las normas imperantes en la materia (15) así como los trascendentes pronunciamientos de la Corte Suprema vinculados a la autonomía jurisdiccional de la Ciudad de Buenos Aires, permiten concluir, sostuvo la

(15) Artículos 106, 107, 113 y 129 de la Constitución de la Ciudad; Ley 7 Orgánica del Poder Judicial; Ley 31 Orgánica del Consejo de la Magistratura; la Ley 54, del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados e integrantes del Ministerio Público de la Ciudad; la Ley 402, de Procedimiento ante el Tribunal Superior de la Ciudad; la Ley 1903 orgánica del Ministerio Público; la Ley 10 del Código Contravencional —luego reemplazada por la Ley 1472—; la Ley 12 del Código de Procedimiento Contravencional; la Ley 189 del Código Contencioso Administrativo y Tributario; Ley 2145 de Amparo; la Ley 2303 del Código Procesal Penal de la Ciudad y la Ley 2451, del Código Procesal Penal Juvenil de la Ciudad.

(14) Considerando 8.

magistrada, que las competencias jurisdiccionales que actualmente ejercen los tribunales nacionales ordinarios corresponden constitucionalmente a la Ciudad de Buenos Aires; que la incompleta transferencia de estas competencias a la Ciudad afecta la facultad de autogobierno de los integrantes de la comunidad local y provoca un grave desequilibrio en el sistema federal diseñado por la Constitución Nacional, y que las autoridades constituidas —entre las que se encuentra el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires en cuanto máximo órgano jurisdiccional local— tienen el mandato inexcusable de realizar todos los esfuerzos a su alcance para impulsar y promover —tal cual lo ha hecho la Corte Suprema en los precedentes citados— la consolidación de la autonomía jurisdiccional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

“En efecto, los pronunciamientos citados imponen no solo un estándar de interpretación en relación con las cláusulas constitucionales que definen el estatus jurídico de la Ciudad de Buenos Aires, sino que también señalan una inexcusable línea de acción emanada de la obligación de cumplimiento de las disposiciones de nuestra Carta Magna, línea de acción que debe ser activamente emulada por todas las autoridades comprometidas con la defensa de la letra y el espíritu de la Ley Fundamental. No es razonable esperar que el avance del proceso de concreción de la autonomía porteña pueda o deba ser impulsado exclusivamente por la Corte Suprema de la Nación, ante la mirada pasiva del resto de los actores institucionales involucrados”.

La Dra. De Langhe resaltó que solo una ensañada reticencia a reconocer a la Ciudad las facultades jurisdiccionales que la Constitución Nacional le ha otorgado puede sustentar la posición contraria a la procedencia del recurso en análisis.

También remarcó que la procedencia del recurso de inconstitucionalidad local contra las sentencias definitivas emitidas por las Cámaras Nacionales no se desprende automáticamente de “Bazán”, sino que es la respuesta proactiva a la vehemente exhortación formulada por el Alto Tribunal hace ya más de un año en aquel pronunciamiento: “entiéndase bien: esta solución no se desprende necesariamente de lo ya

establecido por la Corte Suprema en sus anteriores precedentes sino que encierra una decisión institucional de este Tribunal como poder de gobierno y cabeza del Poder Judicial local de tomar medidas activas para hacer avanzar la autonomía jurisdiccional plena de la Ciudad, a partir de una leal interpretación de la Constitución Nacional, de la amplia y reiterada exégesis constitucional efectuada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la exhortación contenida en los pronunciamientos reseñados. Corresponderá a aquel tribunal, en tanto intérprete supremo de la Carta Magna, evaluar la decisión que aquí se adopta y respaldarla o dejarla sin efecto”.

Finalmente, exhortó a los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la Ciudad de Buenos Aires que, de quedar firme el pronunciamiento, agoten todos los medios a su alcance a fin de obtener de la Nación la reasignación íntegra, perdurable y permanente de los recursos correspondientes a la competencia jurisdiccional asumida por la Ciudad.

La magistrada Alicia E. C. Ruiz, fue la única que votó en disidencia. Mencionó que no podía colegirse de “Bazán”, que la Corte Suprema haya decidido de manera implícita que también corresponde al Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires entender en los recursos de inconstitucionalidad planteados contra las sentencias emitidas por tribunales nacionales en cuestiones diferentes a los conflictos de competencia.

La Dra. Ruiz se remitió a lo expresado en “Petruccelli” (16) donde sostuvo que: “esta actuación de la CSJN se da en el marco de una causa en la que ni la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ni el Estado Nacional han sido parte, cuando son sus poderes ejecutivos y legislativos los responsables de, en un procedimiento complejo, cumplir con la transferencia. Llama la atención que se concluya que la mejor vía para garantizar el respeto a la autonomía de la Ciudad sea excluir a la propia Ciudad del debate, incluso en franca oposición a lo establecido en la Cláusula transitoria decimotercera de la Constitución de

(16) TSJ CABA, 7/10/2019, “Petruccelli, Exequiel Mariano c. Asociart ART SA s/ accidente - acción civil s/ conflicto de competencia I”.

la Ciudad, que ubica en cabeza de su Gobierno la facultad de llegar a acuerdos con el Gobierno Federal para lograr una transferencia racional de la función judicial”.

Concluyó su exposición indicando que la vía jurisprudencia no es la correcta para realizar modificaciones procesales “con entidad suficiente como para alterar la estructura institucional de todo un sistema de justicia altamente complejo, cuando, como en el caso, no se ha planteado una cuestión constitucional suficiente”.

No obstante, sostuvo que lo resuelto en el citado fallo no importaba “renunciar al mandato de defensa de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires impuesto por el art. 6 de la Constitución”.

Este primer “revolucionario” fallo ha tenido eco en el fuero penal pues, el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, hizo lugar, también, al recurso de queja interpuesto en el caso “Chocobar”.

En esa ocasión, se trató de un recurso de queja interpuesto contra la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad articulado contra la sentencia de la Cámara de Casación que, en lo pertinente, declaró inadmisibles —por falta de definitividad— el recurso de Casación contra la decisión del Tribunal Oral de Menores Nro. 2 que, a su turno, rechazó la excepción de falta de jurisdicción interpuesta por el recurrente, fundada en su derecho a un juicio por jurados en los términos del art. 24 de la CN.

El Fiscal General de la Ciudad de Buenos Aires, Juan Bautista Mahiques, al contestar la vista conferida con motivo de la queja por recurso de inconstitucionalidad denegado interpuesto por la defensa de Luis Oscar Chocobar (17), hizo mención de los precedentes “Corrales”, “Nisman” y “Bazán”.

Sostuvo que, en virtud del mandato emanado de la Constitución de la Ciudad, los magistrados del Poder Judicial porteño están llamados a arbitrar los medios para poner fin “a este estado de cosas inconstitucional” y enfatizó que “los

tribunales nacionales y los porteños son eminentemente locales, y que su pertenencia a organizaciones diversas obedece a una situación coyuntural transitoria, cuya prolongación desconoce las normas constitucionales en juego”.

El Fiscal General consideró que el reclamo de Chocobar resultaba consistente con la doctrina de la Corte en el precedente “Di Mascio”. Indicó que la pertinencia de esa doctrina “en el caso bajo análisis se deriva de las premisas anteriores: si los tribunales superiores de las jurisdicciones locales están obligados a tratar los casos constitucionales como condición de admisibilidad del recurso extraordinario federal ante la Corte Suprema (“Di Mascio”); y si el Tribunal Superior es la última instancia de una única jurisdicción local en el ámbito territorial de la Ciudad de Buenos Aires, compuesta también por jueces que se desempeñan transitoriamente en la justicia nacional ordinaria (“Bazán”); luego el Tribunal Superior está obligado a tratar casos constitucionales planteados en el ámbito de la justicia nacional ordinaria”.

Y resaltó que “la introducción de la máxima instancia del Poder Judicial local como tribunal intermedio entre la Corte Suprema y los tribunales nacionales ordinarios fortalece la autonomía porteña sin perjudicar los derechos del recurrente, que dispone ahora de una instancia adicional para presentar el caso constitucional que lo agravia. En virtud del nuevo diseño, los vecinos de la Ciudad reducen la desventaja que los separa de los vecinos de las demás provincias”.

Por su parte, los jueces Santiago Otamendi, Inés Weinberg y Marcela De Langhe, consideraron que el recurso de inconstitucionalidad fue mal denegado en virtud de los argumentos expuestos en “Levinas”. El magistrado, Francisco Lozano, se expidió en el mismo sentido que sus colegas preopinantes y se basó, también, en los argumentos esgrimidos en el mencionado precedente.

#### IV. La garantía de juez natural

Como se verá, este es el punto neurálgico de la cuestión y debería haber sido el motivo principal por el cual los magistrados del fallo que se comenta resolvieron revocar la declinación de competencia a favor del de la Justicia Nacional

---

(17) Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Fiscalía General, 23/09/2020, "Dictamen Chocobar, Luis Oscar s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado", Dictamen 3/2020.

en lo Criminal y Correccional que había sido dispuesta por la magistrada de primera instancia.

La Constitución Nacional prohíbe que alguien sea juzgado por comisiones especiales o sea sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa (art. 18, CN).

Enseñaba el maestro, Julio Maier, que “nuestra Constitución ha intentado asegurar, como garantía para el justiciable, la imposibilidad de manipular el tribunal competente para el enjuiciamiento, de tres maneras específicas: al declarar la inadmisibilidad de las comisiones especiales (18, CN); al impedir que juzguen tribunales creados con posterioridad al hecho objeto del proceso (CN, 18); y al indicar que, en todo caso, es competente para juzgar el tribunal —federal o provincial— con asiento en la provincia en la que se cometió ese hecho” (18).

Son tres, entonces, los factores a tener en cuenta a la hora de analizar la garantía en cuestión. Por un lado, el carácter accidental del tribunal, las “comisiones especiales”; por el otro, los límites de la competencia en función temporal; finalmente, la cuestión territorial del hecho.

En el caso bajo estudio el meollo de la cuestión radicaría en el segundo factor, esto es, el carácter temporal de la competencia. Pues se descarta que el Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires pueda ser considerado como una comisión especial, dado que se trata de una institución judicial de carácter permanente, de una justicia ordinaria, en la que no pueden reconocerse ninguno de los elementos que definen a las comisiones especiales, a los tribunales extraordinarios instituidos para casos concretos y cuya vida institucional termina justamente con el cumplimiento de su cometido (19).

(18) MAIER, J. B. J., "Derecho Procesal Penal: Fundamentos", Ed. Ad- Hoc, Buenos Aires, 2016, 1ª ed., p.722.

(19) Así definía a las comisiones especiales el Dr. Mario A. Oderigo en su voto en Fallos 234:482. El caso, en sí, discurre sobre la posibilidad de variar el tribunal competente, al momento del hecho los órganos de justicia policial creados en la órbita del Poder Ejecutivo (la Policía Federal), según la regla excepcional de autorización que poseía la Constitución de 1949, y, después de su derogación, los tribunales ordinarios de la capital de la Repú-

A través de un ejemplo, Maier, despeja cualquier duda al respecto. “Si un territorio nacional se convierte, por ley del Congreso de la Nación, en una nueva provincia, los hechos hipotéticamente punibles juzgados por los tribunales federales, en atención a la competencia territorial del Estado federal hasta el momento de la vigencia de la ley de provincialización del territorio, deben continuar siendo juzgados por esos tribunales; la nueva organización judicial provincial, según el principio estudiado, carece de jurisdicción respecto de ellos y solo adquiere ese poder en relación a las imputaciones fundadas en hechos sucedidos con posterioridad a la vigencia de la ley que crea la nueva provincia o, en su caso, a la ley que crea los tribunales provinciales y establece su competencia” (20).

A partir de la reforma constitucional de 1994, la autonomía jurisdiccional de la Ciudad de Buenos Aires es indiscutible. En efecto, el art. 129 de la CN establece que “la ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de Gobierno autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción, y su jefe de gobierno será elegido directamente por el pueblo de la ciudad”. Sobre el punto, enseñó Maier que ya ese artículo ha reconocido tal carácter, conforme lo cual dicha autonomía de gobierno, de legislación y de jurisdicción ha sido concebida por los interesados directos, Nación y Ciudad, como un proceso gradual y consensuado de transferencias de competencias (21).

Asimismo, el principio de autonomía se reafirma en los arts. 6º y 7º de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 1996. “El artículo 6 tiene su razón de ser en el retaceo de la autonomía que sufrió la CABA, (...) Así, se les confiere a las autoridades de la Ciudad la obligación de utilizar todos los remedios jurisdiccionales y políticos que faciliten el reconocimiento de su estatus jurídico constitucional y la impugnación de las normas que pretendan descono-

blica, existentes al momento del hecho, pero carentes de competencia, en aquel momento, para juzgar el caso.

(20) MAIER, J. B. J., "Derecho Procesal Penal: Fundamentos", Ed. Ad- Hoc, Buenos Aires, 2016, 1ª ed., p.729.

(21) MAIER, J. B. J., "Derecho Procesal Penal: Sujetos Procesales", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2003, 1ª ed., pp.526-527.

cerlo” (22). “El artículo 7 pone de manifiesto la continuidad jurídica de la CABA respecto de sus anteriores denominaciones y regímenes legales. Consideramos importante que se exprese que la Ciudad es sujeto de los derechos y obligaciones de sus antecesores (...)” (23).

El art. 106 de la Constitución de la CABA indica que “corresponde al Poder Judicial de la Ciudad el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por esta Constitución, por los convenios que celebre la Ciudad, por los códigos de fondo y por las leyes y normas nacionales y locales, así como también organizar la mediación voluntaria conforme la ley que la reglamente. Ejerce esta competencia, sin perjuicio del juicio por jurados que la ley establezca”.

Por su parte, el art. 8° de la ley 7, Ley Orgánica del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, menciona: “los Tribunales, Jueces y Juezas son competentes en el territorio de la Ciudad de Buenos Aires según los límites que declara el Artículo 8° de la Constitución de la Ciudad, y en las materias que les atribuyen la Constitución Nacional, la Constitución de la Ciudad y la presente ley”.

En este contexto, siguiendo el ejemplo de Maier, es evidente que, a partir de 1994, los hechos que tengan lugar en la Ciudad de Buenos Aires deben ser investigados y juzgados por el Poder Judicial de dicha ciudad. Solo así se verá debidamente resguardada la garantía de juez natural.

## V. Conclusión

Tal como se dijo en la introducción, se coincide con la solución adoptada por la Sala de FERIA de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas, pero, sin embargo, se considera que se soslayó la garantía de juez natural, y otros argumentos de carácter

---

(22) SABSAY, D., “Principios fundamentales para la interpretación, aplicación y cumplimiento de la Constitución Porteña”, en “Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, Ed. Jusbaire, Buenos Aires, 2016, 1ª ed., p.40.

(23) SABSAY, D., “Principios fundamentales para la interpretación, aplicación y cumplimiento de la Constitución Porteña”, en “Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, Ed. Jusbaire, Buenos Aires, 2016, 1ª ed., p.41.

constitucional, como motivos principales para arribar a la resolución del caso.

El juez Jorge Atilio Franza, quien presidió el acuerdo, desarrolló en extenso la cuestión relativa a la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires para concluir que, como el hecho primario que originó la intervención de los tribunales locales se trataba de un delito ya transferido a la órbita jurisdiccional de la Ciudad de Buenos Aires, correspondía que la justicia local asuma la competencia.

No obstante, luego recurrió a un argumento de carácter pragmático para darle aún más fuerza a su postura. Así, esgrimió el “principio de mejor administración de justicia” (24). Es decir, como previno en la investigación la Fiscalía de la Ciudad de Buenos Aires, en miras a garantizar una eficiente administración de justicia y evitar un retraso injustificado en la tramitación y decisión del caso, consideró que correspondía mantener la jurisdicción local.

Claro que, además, al tratarse de una única conducta —recordemos que el imputado impactó el vehículo contra diversas personas algunas de las cuales resultaron lesionadas y otra falleció— desde un punto de vista dogmático no correspondería escindir la maniobra. Como argumento adicional podría decirse que, de lo contrario, el juzgamiento por separado de un único hecho —debido a las distintas tipicidades— importaría violar la prohibición de la doble persecución penal (25).

Pero, más allá de los motivos señalados para declarar la competencia del fuero Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas, lo cierto es que son de carácter constitucional aquellos (motivos) que deberían sustentar la decisión adoptada.

Con acierto lo destacó el magistrado Marcelo Pablo Vázquez en su voto concurrente: “no

---

(24) Criterio utilizado por el TSJ CABA en numerosos precedentes: “Giordano”, 25/10/2019; “Pogonza”, 2/09/2020; “Petruccelli”, 7/10/2019; “Núñez López”, 5/08/2020; “Barraza”, 2/09/2020; “Suero Alcantara”, 16/09/2020; “Val”, 16/09/2020; “García Gómez”, 30/09/2020; “Reynoso”, 16/12/2020; “Oroño”, 29/12/2020.

(25) Cfr. CSJN, Fallos 327:2869.

es la circunstancia de que el suceso primario que originó la intervención de los tribunales locales resulte ser uno de los delitos que ya fueron transferidos a la órbita jurisdiccional de la Ciudad lo que justifica que sea este fuero el que siga interviniendo en la presente investigación, sino el hecho de que *los únicos jueces naturales y constitucionales* para entender en los delitos ordinarios que se produzcan en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires son los magistrados elegidos por el pueblo de esta Ciudad a través de sus instituciones” (la cursiva es propia).

Incluso me atrevo a decir que cualquiera haya sido la calificación legal escogida e independientemente del carácter pragmático del fuero que previno, son la garantía de juez natural y el principio de igualdad ante la ley las razones que deberían sostener la solución del fallo (26).

Pues, de lo contrario, nos enfrentaríamos al absurdo de admitir que para ciertos delitos se

(26) Una discusión similar se suscitó con el juicio por jurados. Al respecto sostuvo el Dr. Cevasco: "Frente a ello, la omisión en el establecimiento del juicio con jurados y más que ello, el dictado de sistemas procesales diametrales opuestos a la previsión constitucional deriva en una deformación del sistema contemplado en la Carta Magna, en detrimento de específicas garantías de los ciudadanos y del funcionamiento institucional", fallo disponible en: <http://nohuboderecho.blogspot.com/2009/02/juicio-por-jurados-e.html> (último acceso el 17/04/2022).

estaría privando a los ciudadanos de la Ciudad de Buenos Aires de una instancia de revisión que sí tienen sus vecinos porteños respecto de otros delitos y los habitantes de las provincias respecto de todos los delitos de naturaleza ordinaria. Es decir, a diferencia de lo que ocurre en el resto del país, los habitantes de la Ciudad de Buenos Aires no son juzgados por todos los delitos ordinarios ni someten sus pleitos a una justicia propia que —en la medida de su competencia— resuelva las controversias de acuerdo con los procedimientos que su legislación ya prevé, vulnerando así la garantía de juez natural, y se encuentre sujeta al control político de su legislatura. Se ha advertido que la sustracción al conocimiento del Poder Judicial porteño de estas cuestiones configura así un supuesto que “roza el derecho de igualdad de todos los justiciables ante la jurisdicción judicial” (27).

El inmovilismo que responde a cuestiones institucionales no puede avasallar la garantía de juez natural y el principio de igualdad ante la ley del justiciable y esos son los principales motivos por los cuales el caso “O. G., J. C.” debe tramitar en el fuero de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Pues la autonomía jurisdiccional de dicha Ciudad es un mandato constitucional desde 1994.

(27) BIDART CAMPOS, G., "Tratado Elementos de Derecho Constitucional", Ediar, Buenos Aires, p.356.



# PENAL JUVENIL

---



**DOCTRINA**



# ¿Es legal, posible y conveniente la aplicación del juicio por jurados en el derecho penal juvenil?

Mary Beloff (\*)

Mariano Kierszenbaum (\*\*)

Martiniano Terragni (\*\*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. La naturaleza jurídica del juicio por jurados.— III. La recepción del juicio por jurados en el derecho argentino y las particularidades de la justicia juvenil.— IV. Criminología crítica y derecho penal juvenil: los estereotipos.— V. El juicio por jurados en la legislación provincial argentina.— VI. El proceso penal juvenil y el *corpus iuris* del derecho internacional.— VII. El principio de especialidad y el juicio por jurados.— VIII. El juicio abreviado como la contracara del juicio por jurados.— IX. Hechos y derecho: jurados y jueces profesionales.— X. La aplicación de la teoría del delito y las instrucciones al jurado.— XI. Justicia juvenil y participación comunitaria: la vía restaurativa.— XII. La justicia juvenil y el juicio entre pares.— XIII. La decisión de los jurados y el eje socioeducativo de la justicia juvenil.— XIV. El juicio por jurados y la inserción comunitaria.— XV. El juicio por jurados y la garantía de la doble instancia: ¿una ventaja? — XVI. A modo de conclusión (preliminar).

---

(\*) Mary Beloff estudió en el Colegio Nacional de Buenos Aires (UBA) e ingresó luego a la Facultad de Derecho de la misma Universidad, donde obtuvo los títulos de abogada con Diploma de Honor y de Doctora en Derecho Penal *summa cum laude*. Es, además, Magister in Legibus (LL.M.) por la Escuela de Leyes de la Universidad de Harvard (EE.UU.). Es Profesora titular de Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la UBA. Enseña, en diversas Universidades Nacionales y del extranjero, cursos sobre derecho penal, derecho procesal penal, derechos humanos, género, derechos del niño y justicia juvenil. Asesora en procesos de reformas de la justicia penal, la justicia juvenil y los sistemas de protección de derechos humanos en América Latina, ha sido convocada como experta por organismos internacionales y ha brindado conferencias sobre los temas de su especialidad en diversos países.

(\*\*) Mariano Kierszenbaum se desempeña actualmente como secretario letrado (int) de la Asesoría Tutelar en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 4 del Ministerio Público Tutelar de la Ciudad de Buenos Aires. Es profesor adjunto (int) de Elementos de derecho penal y procesal penal en la cátedra de la Prof. Dra. Mary Beloff. Ha escrito

---

diversos artículos y libros sobre derecho penal, derecho procesal penal y derechos del niño. Se ha desempeñado cómo empleado y funcionario del Ministerio Público Fiscal de la Nación en la Fiscalía General de Política Criminal, Derechos Humanos y Servicios Comunitarios, y en la Dirección General de Capacitación. Se ha desempeñado como funcionario en la Asesoría General Tutelar del Ministerio Público Tutelar de la Ciudad de Buenos Aires. Se ha desempeñado como Director Nacional para Adolescentes Infractores a la ley Penal en la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia; y como Director General de Responsabilidad Penal Juvenil en el Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de la Ciudad de Buenos Aires.

(\*\*\*) Martiniano Terragni es Magister en Derecho Penal (UBA). Profesor Adjunto Regular del Departamento de Práctica Profesional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Docente de grado y de posgrado en las Universidades Nacionales de Buenos Aires, del Centro, de Córdoba, de San Martín, del Sur y de Palermo. Es autor y coautor de libros, artículos de doctrina y comentarios a fallo sobre justicia juvenil y derechos humanos.

## I. Introducción

El proceso penal en la República Argentina, cuya tradición jurídica se enmarca dentro de los modelos inquisitoriales y mixtos del derecho continental, transita desde hace dos décadas un camino de constante y sostenido acercamiento hacia el sistema adversarial, característico del derecho anglosajón. Este acercamiento encuentra antecedentes significativos en la introducción de instituciones tales como la suspensión del juicio a prueba (1) (que tiene su origen en la *diversion, aunque en nuestro medio se la asocia con la probation*) o el juicio abreviado (2) (que tiene su origen en el *plea bargaining*).

Por su parte, también el derecho público provincial, que regula los alcances de la justicia penal juvenil, ha avanzado en los últimos veinticinco años en una senda de gradual y continuo acercamiento al derecho penal de adultos, por lo menos en su aspecto procesal (3).

Este doble acercamiento —primero del proceso penal general al modelo adversarial y, segundo, del derecho penal juvenil al modelo de adultos— presenta algunas particularidades que merecen ser consideradas con detenimiento. Por un lado —tal como lo han resuelto la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica en el precedente “Gault” (4) (1967) y el Pleno del Tribunal Constitucional de España en la sentencia 36/1991 (5)—, la justicia juvenil debe incorporar (cuando aún no lo ha hecho) al menos las mismas garantías requeridas por el derecho procesal penal de adultos para cumplir con los requerimientos de *un juicio justo. Esta incorporación ha tenido lugar, en América Latina en general y en la República Argentina en*

(1) Incorporada al Cód. Penal mediante la ley 24.316, publicada en el BO el 19/05/1994.

(2) Incorporado al Cód. Proc. Penal mediante la ley 24.825, publicada en el BO el 18/06/1997.

(3) Ver al respecto las conclusiones del Proyecto de Investigación UBACyT 2017/2020, dirigido por la Prof. Dra. Mary Beloff, “¿Más Derecho o más derechos?: la primacía de la reforma institucional y del orden público provincial en la garantía de los derechos de los adolescentes infractores de la ley penal?”.

(4) 387 US 1 (1967).

(5) ECLI: ES:TC:1991:36, del 14/02/1991.

particular, en el último cuarto de siglo, como consecuencia de la aplicación directa de normas constitucionales y convencionales y de formas legales tanto en el ámbito procesal penal como en el ámbito de los derechos de los niños y la justicia juvenil.

Sin embargo, ya sea que se la evalúe desde el punto de vista conceptual o desde la perspectiva empírica, la aparente ventaja que este acercamiento ha ofrecido a la justicia juvenil en tanto implicaría una aplicación más amplia de estas reglas de garantía se ve perturbada por el alto costo que ha traído aparejado, expresado en la pérdida de una respuesta penal diferenciada —principio de especialidad— (6).

Uno de los ejemplos más paradigmáticos de tal situación se verifica con el “juicio abreviado”, el que luego de haber sido incorporado en las legislaciones para adultos no tardó en ser utilizado en la justicia juvenil como una forma de resolución cuasi administrativa del proceso penal. En otra ocasión hemos anticipado las dificultades que planteaba la utilización de este mecanismo respecto de adolescentes (7), por lo que no nos referiremos en extenso al tema esta vez.

Sobre la base de esta plataforma de partida, otro instituto respecto del cual también se advirtiera sobre las reformas legislativas en diferentes jurisdicciones es el “juicio por jurados” y su eventual aplicación en la justicia juvenil.

Un análisis histórico podría poner en paralelo al juicio abreviado con el juicio por jurados como expresiones emblemáticas (y, en otro sentido, antinómicas) del sistema acusatorio adversarial que se pretende implementar a lo largo y a lo ancho del país como cumplimiento del programa criminal de la Constitución.

Con ese entendimiento, el paso siguiente a la generalizada (y casi acrítica) aplicación del jui-

(6) TERRAGNI, Martiniano, “El principio de especialidad en la justicia de menores a través de la jurisprudencia”, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2015.

(7) Cfr. BELOFF, Mary — FREEDMAN, Diego — KIERSZENBAUM, Mariano — TERRAGNI, Martiniano, “La justicia juvenil y el juicio abreviado”, en BELOFF, Mary (dir.), Nuevos problemas de la justicia juvenil, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2017, ps. 139-185.

cio abreviado en la justicia penal de adolescentes sería la utilización de jurados en la decisión de casos criminales seguidos contra personas menores de edad penalmente responsables —16 a 18 años de edad no cumplidos— (8). Ello explicaría parcialmente los movimientos a los que aludíeramos más arriba.

Sin embargo, las dificultades en su aplicación respecto de los adolescentes parecen aún más evidentes que respecto del juicio abreviado. En ese sentido, podríamos preguntarnos:

- ¿cómo se garantizaría la regla de la especialidad si el juzgador ni siquiera es jurista?;

- ¿podría el adolescente optar por ser juzgado por jurados?; y

- ¿regirían las mismas reglas de mayoría para la votación?, entre muchas otras.

Previo a adentrarnos en la búsqueda de respuestas a estas preguntas específicas, es conveniente delimitar primero la naturaleza jurídica del juicio por jurados, que en ocasiones ha sido planteada como una regla de garantía, como así también los antecedentes de su recepción por parte del derecho argentino.

## II. La naturaleza jurídica del juicio por jurados

Las “reglas de garantía” son mecanismos para asegurar derechos, mientras que los “derechos” son facultades que permiten exigir de otro un determinado comportamiento (sea activo, sea omisivo). A estos dos conceptos la Constitución Nacional agrega, en su parte dogmática, el de “declaraciones”. Estas últimas constituyen la toma de postura respecto de una cuestión política fundamental (9), como, por ejemplo, la organización federal del Estado. Las declaraciones no tienen base en el derecho natural ni se

(8) Ley 22.278, art. 2º, según la modificación introducida por la ley 22.803 (BO 09/05/1983).

(9) Ver, por todos, EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, "Manual de la Constitución Argentina", Buenos Aires, 1991, p. 63; y BIDART CAMPOS, Germán, "Tratado elemental de derecho constitucional argentino", Ed. Ediar, Buenos Aires, 2003, nueva edición ampliada y actualizada a 2002-2003, t. II-A, p. 12.

piensan para garantizar derechos. Son, simplemente, decisiones que se adoptan por un variado arco de razones, así como podrían haberse adoptado otras.

El problema que plantea el juicio por jurados en nuestro medio es que puede ser analizado tanto desde la perspectiva de las “garantías” o de los “derechos”, como de una “declaración”, en tanto la fórmula constitucional —a diferencia de su equivalente norteamericana— encomienda al Congreso, sin plazo perentorio, su implementación.

Al observarse al juicio por jurados como un “derecho” o una “garantía”, cabe preguntarse respecto del derecho de quién o para el aseguramiento de qué derecho (y de quién) se establece. Si se piensa en los derechos de los ciudadanos en general, el juicio por jurados podría constituir un derecho activo de participación en las decisiones de la administración de justicia (10). Claro que, desde esta perspectiva, es difícil pensarlo desde el punto de vista del imputado.

Podría, en todo caso, observarse como un derecho activo de los ciudadanos en general que, a la vez, funciona como garantía para el imputado (11); pero todavía quedaría la pregunta respecto de qué derecho garantiza.

También sería posible considerar que se trata de una garantía orgánica derivada de la imparcialidad del juzgador; sin embargo, admitir que la imparcialidad del juzgador se asegura solamente mediante el juicio por jurados implicaría afirmar, al mismo tiempo, que todo proceso que

(10) En este sentido, la ley 10.746 de Juicio por Jurados de Entre Ríos dice: "Art. 1º: Participación ciudadana en la administración de justicia penal. La presente ley tiene por objeto garantizar la participación ciudadana en la administración de la justicia penal de la provincia de Entre Ríos, satisfaciendo la manda de los arts. 5, 118, 121, 122, 123 y 126 de la CN, y el cumplimiento de lo dispuesto por art. 122 inc. 23 de la Const. provincial, en el marco del Derecho Convencional vigente que obliga a la República Argentina".

(11) En los fundamentos de la ley 14.543, mediante la cual se aprobó el juicio por jurados en la provincia de Buenos Aires, se afirma: "El establecimiento del juicio por jurados es entendido en el presente proyecto como un derecho del imputado, que como tal resulta enteramente renunciabile".

no se realice mediante este mecanismo quebranta la garantía.

Por otra parte, el sentido de la garantía, como se dijo, está asociado necesariamente con el derecho que se busca asegurar. Sobre ello, como indicamos, no es posible concluir, ni por razones teóricas ni a partir de la evidencia empírica, que un jurado será imparcial y que un juez o tribunal profesional no lo será.

Lo cierto es que dentro de los sistemas de justicia existen diversos modelos históricos para el juzgamiento, dentro de los cuales uno de ellos es el del juicio por jurados. Desde este punto de vista, parecería que los constituyentes originarios decidieron adoptar este sistema por razones históricas y de importación de modelos constitucionales, más allá de que este sea efectivamente una regla de garantía (o no).

Ocurre que, en todo caso, a partir de su establecimiento nacen derechos y garantías: que exista el juicio por jurados genera a la vez el derecho (y la obligación) de los ciudadanos de participar en la administración de justicia. Entonces surge la pregunta respecto de si su realización integra de manera general, respecto del imputado, aquella reglamentación que conforma la garantía genérica del debido proceso (respondida negativamente por la Corte Suprema de los Estados Unidos). De responderse afirmativamente este punto, surge el interrogante respecto de si una persona menor de edad es titular de esa prerrogativa.

Respecto de los adultos, la cuestión —en todas sus variantes— ha sido profusamente estudiada en nuestro medio por la literatura especializada, motivo por el cual remitimos a ella (12).

---

(12) Entre los procesalistas, como exigencia constitucional, por todos, CLARÍA OLMEDO, Jorge A., "Derecho procesal penal", Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1984, t. I, p. 70; y quien más ha desarrollado contemporáneamente el tema como derecho/garantía: Edmundo Hendler. De él pueden consultarse, entre muchos, "El juicio por jurados como garantía de la Constitución", en "Dossier en homenaje al sesquicentenario de la Constitución Nacional (1853-2003)", Lecciones y Ensayos, vol. 80, ps. 23-39; "El juicio por jurados, ¿derecho u obligación?", ED, Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, vol. 187, ps. 1135-1138; "El juicio por jurados: Significados, genealogías, incógnitas", Ed. Del

Solo nos interesa en esta ocasión analizar una consecuencia de la consideración del juicio por jurados como derecho o garantía, referida a si es posible que una persona menor de edad (esto es, con responsabilidad penal disminuida) pueda renunciar a ser juzgada mediante este sistema.

La respuesta a esta pregunta (como sucede con tantas otras en la justicia juvenil) se relaciona directamente —punto que señalamos en una ocasión anterior respecto del juicio abreviado (13)— con las tensiones que observamos entre un modelo que desde la filosofía moral podría llamarse liberacionista de la infancia, el cual considera a los niños como agentes competentes, y, por lo tanto, equiparados en derechos a los adultos, lo que justificaría el acercamiento a la justicia penal general mediante la pérdida

---

Puerto, Buenos Aires, 2006; y "El significado garantizador del juicio por jurados", en BAIGÚN, David (et al.), Estudios sobre justicia penal: homenaje al profesor Julio B. J. Maier, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2005, ps. 329-334. Una posición contraria se encuentra en BIDART CAMPOS, Germán J., "Tratado elemental de derecho constitucional argentino. La reforma constitucional de 1994", Ed. Ediar, Buenos Aires, 1994, ps. 638-639. Allí afirma el destacado maestro del derecho constitucional argentino que "la fórmula que usa el art. 102 (...) contiene un 'deber' para el legislador, pero un deber que no es de cumplimiento inmediato (porque se dice que los juicios penales terminarán por jurados, 'luego que se establezca esta institución', lo que revela que el constituyente ha librado claramente al criterio del congreso la oportunidad en que a este le parezca menester cumplir con su deber de implantar el jurado). La norma comentada podría entenderse como si dijera aproximadamente lo siguiente 'no hay derecho al juicio por jurados mientras esa institución no sea establecida por ley'; que "deparada al legislador esa holgura de tiempo, cabe decir —con la jurisprudencia de la Corte— que nadie tiene derecho a que se dicte una legislación determinada"; y que "la inexistencia del jurado no viola ninguna garantía impuesta por la constitución al proceso penal. En suma, la omisión legislativa de incluir el jurado dentro del proceso penal no puede ser alegada ni como falta de acatamiento a un deber inexorablemente impuesto por la constitución al Congreso (sin posibilidad de plazo dilatorio), ni como agravio al derecho del enjuiciado en orden a las garantías que cubren el proceso penal". En sentido equivalente, "A nuestro entender, las normas constitucionales relativas al juicio por jurados son típicamente programáticas", en SAGÜÉS, Néstor P., "El juicio penal oral y el juicio por jurados en la Constitución Nacional", ED, Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 1981, t. 92, ps. 905-914, en p. 909.

(13) BELOFF, Mary — FREEDMAN, Diego — KIERSZENBAUM, Mariano — TERRAGNI, Martiniano, "La justicia juvenil y el juicio abreviado", ob. cit.

de la especialidad; y otro modelo estructurado sobre la teoría del paternalismo justificado, el cual parte del reconocimiento de una competencia limitada de los adolescentes, que es la que justifica una respuesta penal diferenciada.

En consecuencia, en función de qué modelo teórico se asuma, las consecuencias político-criminales y de diseño institucional van a ser diferentes; y también lo será la manera en la que van a resolverse las tensiones entre los derechos que están en juego.

En particular, la posibilidad de solicitar o renunciar al juicio por jurados se nutre, por un lado, de la base de la filosofía moral del liberacionismo y merece algunas consideraciones con relación a la naturaleza jurídica del instituto: la pregunta solo tiene sentido si se asume previamente que el juicio por jurados es un derecho (o una garantía) del imputado.

La dificultad surge debido a que no está del todo claro que la determinación de la responsabilidad penal mediante un juicio por jurados sea un derecho o garantía y, menos aún, que sea actualmente exigible por una persona con responsabilidad penal disminuida como consecuencia de su menor de edad (a lo que podrían agregarse las complejidades derivadas de la intervención de los representantes legales y de la asistencia técnica especializada).

### III. La recepción del juicio por jurados en el derecho argentino y las particularidades de la justicia juvenil

Como indicamos, el juicio por jurados es una institución característica de los modelos acusatorios adversariales (anglosajones) de administración de justicia.

En la República Argentina, la institución fue incorporada a la Constitución Nacional de 1853 (14), pero el derecho interno no lo reguló a

(14) "El Congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todos sus ramos, y el establecimiento del juicio por jurados" (art. 24). "Corresponde al Congreso: (...) dictar (...) leyes generales para toda la Nación (...) y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados" (art. 75, inc. 12). "Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución" (art. 118).

nivel nacional y en las provincias las experiencias de su incorporación son relativamente recientes (15). Este divorcio entre el derecho común y la Constitución Nacional se explica en la medida que el modelo constitucional fue importado de la tradición de los Estados Unidos de Norteamérica (de hecho, el preámbulo de la Constitución Nacional es una traducción prácticamente literal del de la de los Estados Unidos de Norteamérica) (16), mientras que los modelos procesales (infraconstitucionales) fueron importados del modelo legislativo español y del derecho continental en general, centralmente inquisitivos, que regían en nuestro territorio desde la época de la colonización (17).

Lo curioso en cuanto a la recepción de las instituciones es que en materia penal juvenil el modelo que se incorporó a nuestro derecho in-

(15) Las provincias que lo han legislado son Córdoba (con el modelo escabinado), Buenos Aires, Neuquén, Río Negro (entrará en vigencia a partir del 01/01/2018), Chaco y Chubut.

(16) Como señala Sarmiento, "El preámbulo de la Constitución argentina en particular encierra una doctrina que debemos señalar. Haciendo a un lado indicaciones novedosas, renunciando la Comisión de Constitución a toda vana pretensión de originalidad, adoptó la letra del preámbulo de la Constitución federal de los Estados Unidos" (SARMIENTO, Domingo F., "Comentarios de la Constitución de la Confederación Argentina [1853]", Ed. América Unida, Buenos Aires, 1929, p. 54). Luego, en la p. 55, Sarmiento transcribe ambos preámbulos, señalando su indudable equivalencia.

(17) Este divorcio entre la legislación de derecho común y las normas constitucionales, así como también las dificultades que ello acarrea en la aplicación del derecho, aparece muy bien caracterizado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Casal" del 20/09/2005 (Fallos 328:3399). Explica la Corte: "La Constitución Nacional estableció como objetivo legal un proceso penal acusatorio y con participación popular. La legislación nacional no se adecuó a este objetivo, pero la perspectiva histórica muestra una progresión hacia la meta señalada, posibilitada por el subjuntivo empleado en el originario art. 102 y actual 118 constitucional. La jurisprudencia constitucional fue acompañando este progreso histórico, sin apresurarlo. Es decir que en ningún momento declaró la inconstitucionalidad de las leyes que establecieron procedimientos que no se compaginaban con la meta constitucional, lo que pone de manifiesto la voluntad judicial de dejar al legislador la valoración de la oportunidad y de las circunstancias para cumplir con los pasos progresivos" (consid. 7º del voto de los Dres. Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti).

terno fue el de la corte juvenil creada en los Estados Unidos de Norteamérica (precisamente en Illinois, en el año 1899) y que fuera reconocido como un camino a seguir por el legislador al momento de la aprobación de la ley 10.903, conocida como "Ley Agote" (18).

Con esos modelos constitucionales y legislativos como antecedentes, alguien podría preguntarse por qué entonces en materia penal juvenil no se incorporó el juicio por jurados, si la institución fue importada de los Estados Unidos de Norteamérica (19). La respuesta es sencilla: el juicio por jurados regía para el modelo de adultos, pero no para la justicia juvenil dado que el modelo del tribunal de menores se creó con la idea de sacar a los menores de edad del sistema penal general. En otras palabras, desde finales del siglo pasado, los modelos de justicia que se regularon en los Estados Unidos de Norteamérica fueron distintos para adolescentes y para adultos. Por esa razón, la justicia juvenil no fue pensada para funcionar con jurados, característicos de la resolución de casos penales de adultos en el mundo norteamericano.

En algún momento también el país del norte transitó un camino de acercamiento de los modelos (de adolescentes hacia el de adultos) cuyo hito fundamental fue el mencionado fallo "Gault" (1967), a partir del cual se reconocieron expresamente las reglas de garantía para el proceso penal juvenil. Desde entonces la Corte Suprema de

---

(18) La ley 10.903 tiene como objetivo "preparar la sanción de la legislación penal de menores, y la institución de los Tribunales de Menores, a semejanza de lo que ocurre en naciones mucho más adelantadas que las nuestras, y si ella no ha sido incorporada a esta ley, ha sido por temor de dar un salto demasiado brusco, prefiriéndose en consecuencia, llegar a la reforma, por los medios de transición que comporta lo sancionado por la Cámara" (palabras del senador Roca, "Diario de Sesiones del Congreso Nacional", Cámara de Senadores, reunión 45, del 27/09/1919, p. 907).

(19) Por muchos: "Es menester multiplicar y esparcir en la República institutos reformadores e implantar para los impúberes que hayan delinquido, procedimientos, correcciones y jueces peculiares. Los Estados Unidos ofrecen un ejemplo eficaz aprovechado en Europa, y que nosotros debemos incorporar a nuestras instituciones: los tribunales para menores", en ORIONE, Francisco, "Tribunales especiales para menores. Necesidad y forma posible en que deberían ser organizados", Revista Argentina de Ciencias Políticas, La Plata, 1914, t. 8, p. 268.

los Estados Unidos de Norteamérica continuó el camino de reconocimiento de diversas garantías para el proceso con menores, pero nunca consideró que el instituto del juicio por jurados fuera una de ellas. En otras palabras, jamás afirmó que la exigencia de un juicio justo para un adolescente imputado de un delito requiriera la decisión del caso mediante un jurado popular.

Esta decisión fue adoptada en el caso "McKeiver vs. Pensilvania" (20). El tribunal consideró que quedaba librado a los Estados establecer el juicio por jurados si así lo consideraban, pero precisó que ello no formaba parte de la garantía del debido proceso consagrada constitucionalmente. Las razones que esgrimió la Corte fueron tanto empíricas como normativas. Entre ellas, pueden mencionarse los costos y las dificultades del establecimiento del jurado, el hecho de que no necesariamente mejoraría el método de determinación de la verdad respecto del juicio a cargo de un juez especializado, la imposibilidad de satisfacer una respuesta especializada mediante este mecanismo, las formalidades y la publicidad requeridas por este modelo de procedimiento adversarial, y la necesidad de desalentar el *plea bargaining* en los procesos de menores, mecanismo que deviene esencial en los procesos que prevén jurados.

Sobre este punto, es importante señalar que la Corte Suprema de los Estados Unidos dejó en claro que nunca consideró que la justicia juvenil debía ser igual a la de adultos y tampoco descartó nunca el ideal rehabilitador (o educador), sino que simplemente consideró que si el trato que se les brindaba (empíricamente) a los niños y adolescentes resultaba igual al de los adultos, debía entonces otorgárseles garantías equivalentes.

Esta evolución jurisprudencial debería llamarnos la atención, en tanto el país del cual hemos tomado el modelo constitucional (21) (y que al propio tiempo inspira el desarrollo local de la institución del juicio por jurados) y la idea originaria del tribunal de menores como respu-

---

(20) "McKeiver v. Pennsylvania", 403 US 528 (1971).

(21) Sarmiento consideraba fundamental tener en consideración los precedentes de la Corte Suprema de los Estados Unidos en materia de interpretación constitucional. Decía Sarmiento al respecto: "si nuestro país se constituye

ta diferenciada no ha incorporado como exigencia constitucional ese instituto a la justicia juvenil.

Debe, no obstante, tenerse presente que decisiones judiciales más recientes de tribunales estatales han puesto en crisis algunas de las razones sostenidas por la Corte Suprema para rechazar el juicio por jurados respecto de menores (22), al punto de que la Corte Suprema de Kansas lo ha admitido como garantía constitucional (23). Estos cambios relativamente recientes han conducido a que algunos Estados habiliten que adolescentes sean juzgados por jurados, con diferentes alcances (24) (por ejemplo, cuando la condena eventual puede ser muy grave debido a la seriedad del hecho). De todos modos, no debe confundirse esta tendencia con dos parecidas: ni, por un lado, con la renuncia a la jurisdicción de menores (*waiver*) permitida históricamente, dado que, en este caso, el menor es transferido a la jurisdicción de adultos; ni, por el otro, con las *teens courts* previstas por algunas legislaciones para que pares menores de edad adjudiquen casos de infracciones leves como contravenciones o faltas imputadas también a adolescentes (25).

#### IV. Criminología crítica y derecho penal juvenil: los estereotipos

La relación entre derecho y criminología es fluida y estas disciplinas se nutren la una de la

---

bajo el sistema federal, y si adopta en su carta constitucional hasta la letra de aquella otra Constitución, ya discutida, ya fijada, ya probada, resulta necesariamente que toda la labor de aquella sociedad, que toda su ciencia y experiencia viene, a la par de la Constitución, a servir de apoyo a la nuestra" (SARMIENTO, Domingo F., ob. cit., p. 29).

(22) "People v. Smith", 110 Cal. App. 4th 1072 (2003).

(23) "L. M.", 186 P. 3d Kan. 164, 166 (2008); "Un argumento a favor del juicio por jurados después de esta sentencia", en RIXEY, Carl, "The Ultimate Disillusionment: The Need for Jury Trials in Juvenile Adjudications", *Catholic University Law Review*, vol. 58, 3, spring 2009, disponible en <http://scholarship.law.edu/lawreview/vol58/iss3/9>.

(24) En Kansas, por ejemplo, la Corte Suprema del Estado lo consideró obligatorio por aplicación de las enmiendas 6ª y 14ª. Ver "L. M.", cit.

(25) Las llamadas *youth courts* no son, estrictamente, tribunales ni jurados; son instancias de *diversion*, de derivación de los casos hacia ámbitos comunitarios, en general bajo formatos restaurativos.

otra. Durante el esplendor del positivismo criminológico proliferaron en el derecho sustantivo las medidas de seguridad, vigentes hasta el día de hoy; y los aportes de la criminología crítica nos han enseñado que el sistema penal es selectivo y que, para arribar a soluciones justas, se deben considerar estos factores a la hora de juzgar a una persona. Categorías como la culpabilidad por vulnerabilidad de Zaffaroni (26) tienen una enorme capacidad de rendimiento, invirtiendo el carácter negativo y criminalizante de los factores de vulnerabilidad frente al sistema penal que presentan muchos adolescentes, para ofrecer límites a la posibilidad de sanción: a mayor vulnerabilidad frente al sistema penal, menor sanción. Estos aportes deberían permitir al juez valorar los hechos a la luz de las circunstancias de la persona que los comete, y no solo considerar estos factores al momento de la determinación de la pena, sino también en la valoración total del hecho. Sin embargo, un enfoque no profesional podría estar teñido de estereotipos negativos que influyan también en la valoración de los hechos, de forma tal que el juicio de culpabilidad, al contrario de lo que proponen los avances de la criminología crítica, se vea en mayor medida influido por las consideraciones y los lugares comunes que los medios de comunicación transmiten respecto de los jóvenes infractores. Con ello queremos afirmar que el camino de desarrollo y sofisticación de la intervención penal juvenil demanda unos conocimientos que solo se adquieren a través del estudio y la práctica, y que, en muchas ocasiones, demandan soluciones que pueden ser percibidas como contrarias a la valoración de lo

---

(26) "La culpabilidad penal del estado de derecho no puede ser la simple culpabilidad por el acto, sino que debe surgir de la síntesis de esta (como límite máximo del reproche) y otro concepto de culpabilidad que incorpore el dato real de la selectividad. Solo de este modo resulta ético y racional el reparto del poder jurídico para contener el poder punitivo (para recoger náufragos). Para elaborar este principio que contrastará con la culpabilidad por el acto y que en definitiva se sintetizará en la culpabilidad penal, deben tomarse en cuenta los datos reales de la selectividad" (ZAFFARONI, Eugenio R. — SLOKAR, Alejandro — ALAGIA, Alejandro, "Manual de derecho penal. Parte general", Ed. Ediar, Buenos Aires, 2007, 2ª ed., 1ª reimp., p. 515; para un desarrollo más amplio de la categoría, puede verse: id., "Derecho penal. Parte

que es “justo” desde el punto de vista de la comunidad. Ideas retributivas, por ejemplo, que suelen ser comunes en la generalidad de la sociedad (no solo para determinar el castigo y su medida, sino también para determinar la culpabilidad por el hecho), son ajenas al sistema penal juvenil.

## V. El juicio por jurados en la legislación provincial argentina

Los motivos por los cuales en la República Argentina el juicio por jurados no ha sido receptado en general —ni tampoco por la justicia juvenil— son variados y merecen diferente consideración. Luego de reseñar la situación en las distintas provincias que lo han legislado, nos adentraremos en cada uno de ellos.

En la Argentina, el juicio por jurados ha sido legislado en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en las provincias de Buenos Aires, Catamarca, Córdoba, Chubut, Mendoza, Entre Ríos, Neuquén, Chaco, Río Negro y San Juan.

Estas leyes no hacen referencia a su aplicación en el sistema penal juvenil y, en particular, las leyes de la Ciudad de Buenos Aires y Córdoba lo prohíben expresamente (27).

### V.1. La Ciudad Autónoma de Buenos Aires

El juicio por jurados en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se encuentra regulado en la ley 6451 (28).

La legislación establece:

“Obligatoriedad del Juicio por Jurados para delitos con pena máxima en abstracto igual o

general”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2ª ed., 2002, § 43, p. 650 en adelante).

(27) La ley 6451 de Juicio por Jurados en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dispone en su art. 2º que “...Quedan exceptuados del juzgamiento por jurados las personas menores de dieciocho años de edad no cumplidos al momento de ocurrido el o los hechos”; por su parte, la ley 9944 de Promoción y Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes en la Provincia de Córdoba establece en su art. 103 expresamente que “El Tribunal, en ningún caso, se integrará con jurados”.

(28) Sanc. 30/09/2021; BO del 29/10/2021.

superior a veinte [20] o más años. Competencia. Se deben juzgar obligatoriamente por Juicio por Jurados todos los delitos que tengan una pena máxima en abstracto igual o superior a veinte [20] años de pena privativa de libertad, aún en su forma tentada, junto con los delitos conexos que con ellos concurren...” (29).

En lo que respecta a este trabajo, la misma norma veda la aplicación del jurado a los delitos atribuidos a personas menores de edad:

“Quedan exceptuados del juzgamiento por jurados las personas menores de dieciocho [18] años de edad no cumplidos al momento de ocurrido el o los hechos” (30).

### V.2. Buenos Aires

En la provincia de Buenos Aires, la Suprema Corte de Justicia resolvió (res. 818/2015 del 03/05/ 2015) la exclusión del juicio por jurados en el proceso penal juvenil, en función de que no se estableció esa competencia mediante la sanción de la ley 14.543 (que modificó el Cód. Proc. Penal Prov. Buenos Aires). En este sentido, entendió que “deben tenerse en cuenta las particularidades del fuero, dadas por la especial normativa nacional y supranacional que lo regula. Que de lo expuesto se desprende que el procedimiento de juicio por jurados no se encuentra contemplado en la legislación vigente para el ámbito de la responsabilidad penal juvenil, definición legislativa que no puede ser suplida por este tribunal por exceder su potestad reglamentaria”.

Sin embargo, reciente jurisprudencia entendió que un juicio con la intervención de jurados populares podía llevarse a cabo respecto de una persona adolescente (31). Para esta decisión los principales argumentos fueron:

“La simple lectura e interpretación del texto de la ley 14.543 que implementó el modelo de jurados populares en nuestra provincia, ningún distingo hace respecto de si se debe enjuiciar

(29) Ley 6451 de Juicio por Jurados, art. 2º.

(30) Ibidem.

(31) Trib. Cas. Penal Prov. Buenos Aires, sala V, 18/11/2021, “G. N. E. s/ recurso de queja (art. 433 CPP)”, causa 108.431, voto de los Dres. Mancini, Kohan y Budiño.

personas mayores o menores de edad.” Se demuestra que los aspectos esenciales del régimen especial de minoridad y que lo distingue del proceso de los adultos se centra —más allá de otros institutos que no son propios de la instancia de juicio— en la posibilidad que tiene el juez de imponer o no pena, luego de haberse comprobado la existencia de un delito y la responsabilidad penal del joven respecto del mismo” (...).

“ No resulta distinto de la construcción que se hace en el caso del juzgamiento de mayores, desde que se establece la corroboración del hecho delictuoso y el grado de responsabilidad del individuo respecto del mismo.

“ [tanto la defensa recurrente como la fiscal] señalaron el parangón que puede trazarse con la situación del juicio abreviado, que no está receptado dentro del ordenamiento especial del fuero de la responsabilidad juvenil y, sin embargo, es aplicado sin ambages por los operadores del sistema penal de minoridad” (32).

Empero, es una técnica legislativa muy usual en la provincia de Buenos Aires la que indica que cuando se produce una modificación procedimental relevante que busca ser aplicada también al proceso seguido contra las y los adolescentes, los legisladores modifican, al mismo tiempo, la ley que regula el procedimiento penal juvenil (33). Sin embargo, ninguna ley penal juvenil local (ni los respectivos capítulos de los códigos que regulan la materia penal juvenil) ha sido modificada para la incorporación del juicio por jurados.

(32) *Ibidem*.

(33) Véase al respecto las disposiciones de la ley 15.232 de Víctimas, en donde se regulan en un apartado especial "De los derechos de la víctima en el fuero de responsabilidad penal juvenil". Se disponen dos reformas a la ley de procedimiento penal especializado: "Art. 45.- Incorpórase como art. 6º bis a la ley 13.634 el siguiente texto: 'Art. 6º bis: La víctima tendrá derecho a ser oída y a participar de las audiencias que determinen lo siguiente: a. La prisión preventiva. b. La libertad o morigeración de la coerción personal del/la menor punible. c. Las salidas alternativas al proceso como juicio abreviado, directísimo o suspensión de juicio a prueba'; y "Art. 46.- Incorpórase como art. 58 bis a la ley 13.634 el siguiente texto: 'Art. 58 bis: El/la juez/a deberá escuchar a la víctima en la misma audiencia del juicio, previo al dictado de la sentencia o antes del dictado de la misma si no hubiese debate oral'".

En este sentido, deberíamos suponer que una modificación tan relevante en los procedimientos, a la luz del principio de especialidad, habría merecido, cuando menos, un ajuste en las normas especiales, pues no es un elemento secundario que pueda quedar abarcado por las remisiones generales.

### V.3. *Catamarca*

En la ley 5719 (BO del 03/12/2021) se regula el juicio por jurados. En cuanto a las condiciones para ser jurado, se establece que se debe ser mayor de edad (art. 12) (34); pero no hay ninguna referencia a su aplicación (o no) respecto de juzgamiento de personas adolescentes.

### V.4. *Córdoba*

Los antecedentes de esta legislación son ilustrativos en cuanto al abordaje de la temática y conviene repasarlos, pues el caso de Córdoba es acaso el primero que adelantó los escenarios de debate sobre la temática al permitir, en un primer momento, la declaración de responsabilidad penal respecto de una persona menor de edad dictada por un tribunal mixto, propio del sistema de los escabinos (jueces técnicos y legos), tal como fuera inicialmente regulado el juicio por jurados en dicha provincia.

De este modo se intentó deslindar la declaración de responsabilidad penal de la persona menor de edad tanto del aspecto tuitivo como de la decisión de aplicar o no una pena:

“[C]uando existe participación o conexión entre menores y mayores de 18 años, su intervención [la del juez de menores] se circunscribirá a la aplicación de las medidas tutelares que estime convenientes y a la imposición de pena —si correspondiere—, previa declaración de responsabilidad por parte del tribunal de juicio (...). Por otra parte, el art. 2º de la ley 9182 establece que las Cámaras con competencia en lo Criminal deberán integrarse obligatoriamente con jurados populares, cuando se encuentren abocadas al juzgamiento de —entre otros— de los delitos

(34) "Art. 12º.- Requisitos. Para ser jurado se requiere: a) ser argentino/ a, con cinco [5] años de ejercicio de la ciudadanía en el caso de los naturalizados, y mayor de edad;..."

de homicidio agravado (*criminis causae* - art. 80 inc. 7° del CP), que en concurso real con el de robo calificado por uso de arma impropia (art. 166 inc. 2° primer supuesto del CP) les reprocha la pieza acusatoria a los encartados en grado de coautores” (35).

Al entender a su turno en esta cuestión, el Superior Tribunal de Justicia de Córdoba rechazó las objeciones a la violación del principio de justicia especializada en el juzgamiento de personas menores de edad, al sostener que “los legos votan sobre las cuestiones relativas a la existencia del hecho delictuoso —con discriminación de las circunstancias jurídicamente relevantes—, la participación del imputado y sobre la culpabilidad o inocencia del acusado, mas no sobre la sanción aplicable. Con ello es claro que los menores de dieciocho años sometidos al proceso de mayores mantienen incólume los principios constitucionales que les asisten, en particular, el interés superior del niño y la especialidad del fuero, puesto que la intervención de los jurados populares solo se limita a la decisión sobre la determinación de los hechos y la participación de los imputados en los mismos, y se deja librado tanto las medidas tutelares, como en su caso la ponderación de la necesidad de pena y su monto a la competencia del Juez de Menores” (36).

Para agregar la máxima instancia de justicia provincial que “la especialidad del fuero no se centra en el establecimiento de los hechos y la participación responsable atribuida al niño o adolescente imputado, sino que lo relevante es el tratamiento tutelar que se le asigne al menor a lo largo del proceso y en la absolución o sanción que le correspondiere en caso de que se determinare la existencia de los extremos fácticos mencionados” (37).

(35) Cámara de Fuero Múltiple de la 9ª Circ. Córdoba, 21/11/2008, “M. V. A.; N. G. R. p.ss.aa de robo calificado por uso de arma impropia y homicidio calificado - *criminis causae*”, integrada por jurados populares, expte. 18/2007, Secretaría N° 1.

(36) STJ Córdoba, 06/10/2009, “M., V. A. y otro p.ss.aa. robo calificado por el uso de arma impropio, etc. - recurso de casación”, expte. M 3/2009, sent. 262.

(37) *Ibidem*.

Para esta postura, el alcance del principio de especialidad quedaba reducido a las facultades tuitivas que se adoptaran respecto de la persona menor de edad.

*A posteriori*, la normativa local de protección de derechos de la infancia clausuró tal posibilidad al marcar un límite en el sistema de enjuiciamiento penal que debería ser considerado en eventuales reformas sobre la cuestión:

“Juicio. Reglas aplicables. En el juzgamiento la Cámara de Niñez, Juventud y Violencia Familiar procederá con arreglo a lo dispuesto para el juicio común por la ley 8123 —Cód. Proc. Penal de la Provincia de Córdoba—, salvo las normas específicas establecidas en el presente Capítulo. El Tribunal, en ningún caso, se integrará con jurados” (38).

La forma en la que se desarrolló la cuestión en la provincia mediterránea actualiza el problema de si una respuesta penal diferenciada al delito de los menores de edad (como indicaremos más adelante, exigida por el derecho internacional de los derechos humanos de la infancia) incluye o no el momento de determinación de los hechos, ejercicio que, en principio, podría realizar cualquier persona, más allá de que, posteriormente, las consecuencias de esa determinación se ajusten a la menor edad.

La provincia de Córdoba sostuvo la posición contraria luego de transitar inicialmente ese camino, para prohibir de plano la decisión de casos de personas menores de edad penalmente responsables mediante jurados; pero subsiste el interrogante repetido en múltiples debates penales: ¿Cómo se traza —si fuera posible— una línea infranqueable entre la determinación de los hechos y las determinaciones legales referidas a ellos? En esta materia, uno podría agregar: ¿cómo debería instruirse a los jurados para aplicar principios rectores de la justicia juvenil a la hora de determinar los hechos?; ¿debería habilitarse el jurado en la justicia juvenil solo para la determinación de los hechos en lo que atañe al injusto, pero delegar la determinación de la

(38) Ley 9944 de Promoción y Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes en la provincia de Córdoba (sanc. 04/05/201; promul. 20/05/2011), art. 103.

culpabilidad (en este caso atenuada) en un juez técnico?, entre otras (sobre este aspecto volveremos en el punto VIII).

### V.5. Chaco

En la provincia de Chaco, la Ley de Jurados **(39)** no hace referencia a la posibilidad (o prohibición) de ser aplicada en el juicio a personas menores de edad; mientras que el Cód. Proc. Penal (que es la actual ley consolidada 965-N, antes ley 4538) **(40)** establece que “El juez de menores y el juez de ejecución penal tendrán la competencia asignada por las normas específicas” **(41)**. Respecto del procedimiento penal para imputados menores de edad, prescribe: “El procedimiento en la etapa de juicio se regirá por las normas de esta ley y las del Cód. Proc. Penal” **(42)**. Por su parte, la norma específica en materia de infancia [el Estatuto jurídico del menor de edad y la familia **(43)**], que no fue modificada ni derogada, establece:

“El Juez de Menores de Edad y Familia con competencia penal intervendrá para entender en las infracciones a la ley penal y de faltas cometidas por las personas menores de 18 años al momento del hecho y, sin perjuicio de mantener su competencia penal, remitirá copia de las actuaciones a la Subsecretaría de Niñez, Adolescencia y Familia o Delegación Regional, a los fines de que asuma la intervención correspondiente” **(44)**.

Como se aprecia, las sucesivas reformas legislativas en esta provincia no ofrecen una sistemática que incluya una perspectiva integral respecto de los diversos cuerpos normativos, razón por la cual cabe al intérprete dar sentido a este conjunto de leyes. De su lectura conjunta, es menester concluir en que en materia penal juvenil es el juez de menores el que mantiene competencia para el juzgamiento.

(39) Ley 7661, sanc. 02/09/2015; BO del 16/09/2015.

(40) Ley consolidada 965-N, fecha de verificación 24/07/2017.

(41) Ibidem, art. 46.

(42) Ibidem, art. 219.

(43) Ley 4369, sanc. 12/12/1996, BO del 24/01/1997, fe de erratas del 20/08/1997.

(44) Ley 4369, art. 173.

### V.6. Chubut

El Cód. Proc. Penal de Chubut contempla el juicio por jurados, pero la institución no ha sido aún reglamentada. Dicha norma no contiene referencias a su aplicación (o prohibición) para los procedimientos seguidos contra adolescentes penalmente responsables. En este sentido, el art. 409 (reglas para el juicio con adolescentes) establece:

“Cuando el acusado sea un adolescente menor de dieciocho años el debate tramitará conforme a las reglas generales y las especiales siguientes: 1) El debate será público o a puertas cerradas conforme a la voluntad del acusado menor de edad, que procurará el juez que presida la audiencia preliminar y hará constar en la decisión de apertura del debate; la regla rige incluso para los casos en los cuales el adolescente sea enjuiciado en conjunto con otros acusados mayores de aquella edad, siempre que el tribunal no decida la separación de los debates (art. 304)”.

Como se aprecia, el Código ofrece la posibilidad de que el adolescente elija que el procedimiento sea público o a puertas cerradas; ¿podría también elegir la aplicación (o no) del juicio por jurados? El art. 72 del mismo cuerpo legal, no obstante, al referirse a la competencia de los jueces, señala: “Tratándose de la aplicación de las normas del Libro V [arts. 402 a 413], se procurará que los jueces penales que entiendan cuenten con especialización en materia de niños y adolescentes [art. 171, C.Ch.]”. Este requisito de la especialidad podría resultar incompatible con la presencia de jurados, que al ser ciudadanos comunes no son especialistas en la materia. En definitiva, la interpretación sistemática de las distintas disposiciones parecería no admitir el juicio por jurados para la justicia juvenil; no obstante, quedaría abierta la cuestión para ser dirimida por la norma reglamentaria, por la jurisprudencia o bien por una reforma legislativa posterior.

### V.7. Entre Ríos

La provincia de Entre Ríos también establece en su ley 10.746 el juicio por jurados. Tampoco realiza ninguna referencia al proceso penal juvenil. Solo se refiere a las edades en cuanto a las

condiciones para ser jurados (ser mayor de 18 años, art. 13.a). Es interesante la legislación de esta provincia porque ha sido pionera en establecer un procedimiento para adolescentes no punibles. De manera que parece difícil considerar que este procedimiento por jurados podría aplicarse, sin más ni más, al proceso penal juvenil, pues ello supondría que, entonces, también debería (o podría) aplicarse a los casos de adolescentes no punibles, lo cual resultaría incompatible con los propios fines de ese proceso, que no tiene por objeto declarar la culpabilidad del imputado.

#### V.8. Neuquén

En la provincia de Neuquén, la Ley Orgánica de la Justicia Penal (45) establece respecto de los órganos jurisdiccionales que

“[l]a actividad jurisdiccional en materia penal es desempeñada por los magistrados del Tribunal Superior de Justicia, el tribunal de impugnación, los jueces penales organizados en colegios de jueces, los tribunales de jurados y los jueces de ejecución penal. Los delitos imputados a menores punibles quedan sujetos a la competencia de los jueces penales, conforme las disposiciones vigentes” (46).

#### V.9. Río Negro

En la provincia de Río Negro, la ley procesal (47) dispone que “[d]entro de los seis [6] meses de aprobado el código, la legislatura dictará las leyes orgánicas y de implementación necesarias para el adecuado funcionamiento del sistema adversarial. Como así también el Cód. Proc. Penal Juvenil”.

Este nuevo Cód. Proc. Penal no establece, todavía, una diferencia respecto de los imputados menores de edad, con lo cual, a partir del próximo mes de marzo, de continuar este escenario legislativo, podría darse un retroceso significativo en el principio de especialidad, respecto de la organiza-

(45) Ley 2891 (sanc. el 12/12/2013; BO del 03/01/2014).

(46) Ley 2891, art. 29.

(47) Ley 5020, sanc. 10/12/2014, promul. 22/12/2014 y publ. 01/01/2015; con entrada en vigencia el 01/08/2017, salvo el juicio por jurados, pospuesto para el 01/03/2019 conf. ley 5192, publ. 01/05/2017.

ción judicial, las normas aplicables y la aplicación para ciertos supuestos del juicio por jurados. Pero la legislación específica en materia de infancia no fue modificada ni derogada y prescribe:

“Toda niña, niño y adolescente tiene derecho a ser tratado con humanidad y respeto, conforme a las necesidades inherentes a su edad y a gozar de todos los derechos y garantías previstos en la Constitución Nacional, Provincial y en las normas contenidas en la presente Ley. En especial y entre otros, en caso de imputación de delito, tendrá los siguientes derechos y garantías: (...) b) A ser investigado por un fiscal independiente y juzgado por un órgano judicial con competencia específica, formación especializada en la materia, independiente e imparcial” (48).

Como se aprecia, la ley demanda jueces especializados, con lo cual pareciera rechazar la posibilidad de que el adolescente sea sometido a juicio por jurados (en la medida en que no se trataría de jueces especializados).

#### V.10. San Juan

La competencia del juez penal de la niñez y adolescencia está prevista en el Cód. Proc. Penal:

“Al juez penal de la Niñez y Adolescencia le corresponde, de modo exclusivo y excluyente, la investigación y juzgamiento de los hechos delictivos en los que aparezca involucrado un menor de edad al momento de su comisión, sea o no punible de acuerdo a la ley de fondo. El ejercicio de la competencia de investigación excluye la de juicio” (49).

En cuanto al juicio por jurados, solo se establece que para ser jurado se debe ser mayor de 18 años (50), pero no se aclara si se aplica o no al juzgamiento de personas adolescentes.

(48) Ley D 4109 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y los Adolescentes (sanc. 08/06/2006; BO del 17/08/2006), art. 68.

(49) Ley 754-O (sanc. 19/11/2014; BO del 16/03/2015), art. 47 bis.

(50) "Art. 462.- Requisitos para ser miembro del jurado popular: Para ser miembro de un jurado popular se

## VI. El proceso penal juvenil y el *corpus iuris* del derecho internacional

El amplio *corpus iuris* del derecho internacional de la niñez contiene directrices, reglas y principios que permiten conocer cómo debe ser la respuesta estatal al delito del adolescente penalmente responsable (51). Estos lineamientos constituyen una base sólida para construir sistemas de responsabilidad penal diferenciada.

Las garantías y derechos de los adolescentes en el ámbito de la justicia juvenil están extensamente desarrollados en este amplio *corpus iuris*; sin embargo, este no incorpora ninguna referencia al juicio por jurados (52).

De ahí que pueda inferirse que si el juicio por jurados fuera una garantía del adolescente en el marco del proceso penal especializado (en otras palabras, fuera un derecho humano del niño), debería existir alguna referencia en el *corpus iuris*. Al no existir tal referencia, no es posible afirmar que forme parte de la garantía genérica del debido proceso legal requerido para determinar la responsabilidad penal de los adolescentes.

En la próxima sección se analiza la regla de reglas de la justicia juvenil, dentro del mencionado *corpus juris*: la especialidad.

## VII. El principio de especialidad y el juicio por jurados

El nuevo debate planteado en los últimos años, a partir de la regulación local de la justi-

deben reunir las siguientes condiciones: (...) Tener entre dieciocho [18] y setenta [70] años de edad...".

(51) Tal expresión será utilizada con los alcances dados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: "Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo corpus juris internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el art. 19 de la Convención Americana" (Corte IDH, 19/11/1999, "Villagrán Morales y otros vs. Guatemala (caso de los 'Niños de la Calle')", serie C, nro. 63, párr. 194, entre otros).

(52) OG 24, párr. 96: "en el caso de los niños, quienes siempre deben ser juzgados en sistemas especializados de justicia juvenil...".

cia penal por jurados, perfila una discusión más profunda: el acercamiento de la justicia juvenil al sistema penal general, pero no bajo argumentos de mayor severidad, sino a partir de una equiparación jurídica entre los niños y los adultos en el proceso penal.

La Corte IDH y el Comité de Derechos del Niño han clausurado esa posibilidad. Así, la primera ha sostenido que "es evidente que las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto (...) es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participen en un procedimiento" (53).

Y que "si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquellos supone, por las condiciones especiales en que se encuentran los menores, la adopción de medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías" (54).

El Comité de Derechos del Niño, a su vez, ha determinado (OG 24 2) que "[l]os niños se diferencian de los adultos por su desarrollo tanto físico como psicológico. En virtud de esas diferencias, se les reconoce una menor culpabilidad y se les aplica un sistema distinto con un enfoque diferenciado e individualizado. Se ha demostrado que el contacto con el sistema de justicia penal perjudica a los niños, al limitar sus posibilidades de convertirse en adultos responsables.

Esa diferencia fenomenológica se expresa, tal como lo reconoce el Comité en el párrafo transcritto, mediante el llamado "principio de especialidad" (expresión de la protección especial que la comunidad internacional acordó otorgar a la infancia) que, en la organización judicial, constituye una regla de garantía para el imputado menor de edad penalmente responsable requerido por el *corpus juris* de protección de

(53) Corte IDH, opinión consultiva 17, "Condición jurídica y derechos humanos del niño", 28/08/2002, párr. 96.

(54) Corte IDH, opinión consultiva 17, cit., párr. 97.

derechos humanos de los niños. Por ello, el Estado debe buscar el modo de organización judicial que mejor responda a esa regla.

El primer instrumento internacional (55) que planteó los derechos que de manera específica se reconocen a los niños imputados o sancionados por la comisión de delitos fue el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos al contener la prohibición de la condena a muerte a las personas menores de dieciocho años de edad (56). Asimismo, dispuso que “los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento” (57).

El mandato relativo a la instauración de una justicia penal especializada surgió en el ámbito regional del texto de la Convención Americana de Derechos Humanos al estatuir que “cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento” (58).

La Convención sobre los Derechos del Niño es otro instrumento internacional de derechos humanos que goza de jerarquía constitucional en nuestro país, conforme lo establece el art. 75, inc. 22 de la CN, que recoge también el llamado principio de especialidad de la justicia penal juvenil. En esa línea dispuso que “a todo niño respecto del cual se alegue que ha infringido las leyes penales deberá garantizársele que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley” (59).

---

(55) Sobre este proceso histórico, BELOFF, Mary, "Derecho de los niños. Su protección especial en el sistema interamericano", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2019, 2ª ed., cap. I.

(56) PIDCyP, art. 6.5.

(57) PIDCyP, art. 10.2.b. Además, exige a los Estados parte que al enjuiciar a los imputados menores de edad tengan en cuenta su edad y estimulen su rehabilitación social (art. 10.3).

(58) CADH, art. 5.5.

(59) CDN, art. 40.2.b.

Al complementar lo señalado, el mismo instrumento internacional avanzó con otras cuestiones:

“[L]os Estados Parte tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes” (60).

Estas normas han sido interpretadas sistemáticamente por la Corte IDH, la cual ha sostenido reiteradamente que “los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de conductas previstas como delictuosas por la ley penal, deberán quedar sujetos, para los fines del conocimiento respectivo y la adopción de las medidas pertinentes, solo a órganos jurisdiccionales específicos distintos de los correspondientes a los mayores de edad” (61); “una consecuencia evidente de la pertinencia de atender en forma diferenciada y específica las cuestiones referentes a los niños, y particularmente, las relacionadas con la conducta ilícita, es el establecimiento de órganos jurisdiccionales especializados para el conocimiento de conductas penalmente típicas atribuidas a aquellos y un procedimiento especial por el cual se conozcan estas infracciones a la ley penal” (62); y que “la Corte estima que la privación de libertad en el ámbito de la justicia penal juvenil solo podrá excepcionalmente justificarse en los casos previstos en la ley, la cual deberá establecer con claridad sus causas y condiciones, así como de la competencia e instancias estatales especializadas en la materia, tanto a nivel policial como judicial y de las instituciones encargadas de hacer cumplir las medidas privativas de libertad, con el objetivo de articular una ‘justicia separada’ para adolescentes, que sea claramente diferenciada del sistema de justicia penal de los adultos, tanto a nivel normativo como institucional” (63).

---

(60) CDN, art. 40.3.

(61) Corte IDH, opinión consultiva 17, cit., párr. 109.

(62) Corte IDH, 02/09/2004, "Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay", serie C, nro. 112, párr. 210.

(63) Corte IDH, 27/08/2014, "Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela", excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, serie C nro. 281, párr. 163.

Por su parte, el Comité de Derechos del Niño ha señalado en la observación general 24:

“105. A fin de garantizar la plena aplicación de los principios y derechos descritos en los párrafos anteriores, es necesario establecer una organización eficaz para la administración de la justicia juvenil”. También:

“106. Un sistema integral de justicia juvenil requiere el establecimiento de unidades especializadas en la policía, la judicatura, el sistema judicial y la fiscalía, y la disponibilidad de defensores especializados u otros representantes encargados de prestar al niño asistencia letrada u otro tipo de asistencia adecuada”.

La reseña normativa y jurisprudencial enunciada es ilustrativa en cuanto a la inexorabilidad de que exista una respuesta estatal diferenciada (en lo material, en lo procesal y en lo organizacional) al delito de las personas menores de edad penalmente responsables.

El juicio por jurados presenta un fuerte déficit en este aspecto, pues al tratarse de ciudadanos legos, la decisión respecto de la culpabilidad del adolescente no es tomada por profesionales con un entrenamiento especializado en la materia. Surge así un obstáculo insalvable que conduce a la necesidad de, si se quiere mantener la idea de decidir los casos de adolescentes penalmente responsables mediante un juicio por jurados, renunciar a una cuota importante de la especialidad orgánica.

Por otro lado, si, a la vez, se tiene en cuenta que existe un prolífico desarrollo normativo respecto del principio de especialidad en el derecho internacional de los derechos humanos de niños y niñas, pero ninguna referencia al juicio por jurados, la decisión de optar por este último en lugar de por tribunales especializados no cuenta con apoyo normativo cierto.

### **VIII. El juicio abreviado como la contracara del juicio por jurados**

Un punto sumamente relevante, que surge también de la comparativa de nuestros procedimientos con los del sistema acusatorio de los Estados Unidos, es el de la imposibilidad de escindir el juicio por jurados del juicio abreviado.

Ello —como ya lo mencionamos— fue resaltado por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso “McKeiver vs. Pensilvania”. Es decir: si se quiere implementar el juicio por jurados, se debe necesariamente maximizar la posibilidad de arribar a mecanismos abreviados.

Si a la vez se tiene en cuenta que las legislaciones tienden a ampliar las fronteras en las cuales el juicio abreviado puede aplicarse (tanto en cuanto a los montos de las penas, o en cuanto a las voluntades requeridas —si las de todos los imputados o solo la de quien quiera acceder al juicio abreviado—), el panorama conduce a suponer que el juicio por jurados puede erigirse como un supuesto de juzgamiento que, en realidad, aporte un grano de arena más para la eliminación por completo del juicio, y su completa sustitución por mecanismos de acuerdo. En efecto, si ya el juicio abreviado se impone ante la dificultad (o falta de conveniencia operativa) de realizar audiencias de juicio, el juicio por jurados viene a complicar aún más la situación, conduciendo, prácticamente (debido a sus dificultades operativas) a la imposibilidad del juicio. Resulta en este punto quizás un contrasentido que en un sistema que está tendiendo, por razones operativas, a la eliminación de los juicios mediante tribunal, supliéndolos por jueces unipersonales, se busque, al propio tiempo, materializar sistemas de enjuiciamiento muchísimo más complejos.

Lo que queremos advertir es que sumado a los argumentos sustanciales por los cuales puede ser desaconsejable el juicio por jurados respecto de adolescentes, se suma uno práctico: el juicio por jurados implica necesariamente (por razones operativas, no jurídicas) maximizar los mecanismos de acuerdos abreviados.

### **IX. Hechos y derecho: jurados y jueces profesionales**

La función de los jurados, podría decirse, radica en la determinación de los hechos, y no en la interpretación del derecho. En este sentido, el veredicto del jurado en el cual decide sobre la culpabilidad del imputado es solo un pronunciamiento respecto de que los hechos han ocurrido de la forma en la cual, según las instrucciones recibidas, correspondería esa declaración de culpabilidad. En definitiva, el jurado

no discutiría, por ejemplo, respecto de cuál es la definición de dolo eventual, sino solo respecto de si, según su apreciación, se dan en el caso los elementos que, de verificarse, se subsumirían en esa figura.

Si esta premisa fuera cierta, el modo en el que se construiría el veredicto en el juicio por jurados dejaría íntegramente en cabeza del juez profesional las consideraciones sobre el derecho, e íntegramente en manos del jurado la determinación de los hechos.

Por lo tanto, cualquier crítica al juicio por jurados basada en la especialidad normativa quedaría saldada siempre que el juez profesional que dirija el debate sea un juez especializado. Sin embargo, esta afirmación tiene al menos dos problemas.

El primero es su excesiva confianza en la posibilidad de separar de manera tajante y nítida hechos y derecho. Se ha discutido mucho al respecto en cuanto a la aplicación del así llamado principio de congruencia y el principio *iura novit curia* (¿puede el juez modificar la calificación jurídica siempre que no altere la base fáctica?), y las soluciones no son tan sencillas como lo parece.

El segundo radica en que tampoco es claro que la especialidad normativa deba limitarse a la interpretación del derecho desapegada del hecho, sino que, antes bien, podríamos decir que el propio derecho demanda un modo de interpretar y valorar los hechos. En este sentido, por ejemplo, desde el punto de vista de la justicia juvenil la valoración de la prueba en interés del niño puede demandar que ante posibilidades contrapuestas de entender cómo sucedió un hecho, deba estarse a la que mejor asegure el interés del niño. Este trabajo hermenéutico de reconstrucción de la base fáctica no está desapegado —o al menos no debería estarlo— de contenido normativo: en materia penal juvenil no puede ser válido cualquier modo de afirmación de la verdad, sino aquel que guarde relación con los derechos del niño.

#### **X. La aplicación de la teoría del delito y las instrucciones al jurado**

Un aspecto que debería al menos ser tenido en consideración para realizar ajustes es el de

la interpretación de las normas con enfoque en derechos del niño y cómo ello puede materializarse en las instrucciones al jurado.

El derecho penal sustantivo se aplica, con una aceptación universal en el derecho continental, mediante el método de la teoría del delito. Analizamos los comportamientos de manera general a la luz de las categorías de la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad y la punibilidad, e interpretamos los términos particulares de los tipos penales según el desarrollo de la así llamada parte especial.

En materia penal juvenil, se ha planteado —y aún quedan pendientes desarrollos que pueden tener mucha capacidad de rendimiento— realizar ajustes en el contenido de análisis de la teoría del delito que reflejen las particularidades de los adolescentes. En este sentido, tanto la imputación objetiva como los supuestos de error de prohibición, por poner algunos ejemplos, podrían encontrar variaciones cuando los imputados son adolescentes: aquello que respecto de un adulto constituiría un error de prohibición evitable, podría ser considerado inevitable respecto de un adolescente.

Estos desarrollos, que como derivación normativa del principio de especialidad merecerían ser tenidos en cuenta, se verían dificultados (si no impedidos) con el desarrollo del juicio por jurados.

#### **XI. Justicia juvenil y participación comunitaria: la vía restaurativa**

El hecho de que la justicia penal juvenil demande especialización en todas sus órbitas (incluida la valoración de los hechos) no quiere decir que la comunidad, la sociedad en general, no pueda o no deba jugar ningún papel. Existe un ámbito que ofrece una gran posibilidad para la participación ciudadana, y ese ámbito es el de la justicia restaurativa. Resulta al menos curioso que en una sociedad en la cual los programas de justicia restaurativa están mayormente en cabeza de agentes estatales, con gran formación especializada, algunos sectores aboguen con más energía por la instauración del juicio por jurados en materia penal juvenil que por el involucramiento comunitario en materia de justicia restaurativa: ¿no es acaso mejor —y más com-

patible con el *corpus juris* del derecho internacional de los derechos del niño— involucrar a la sociedad en salidas restaurativas que en condenar adolescentes?

Creemos que esta conexión entre jueces profesionales, comunidad y justicia restaurativa debería arrojarlos como resultado la siguiente premisa: solo está habilitada para condenar a un adolescente una persona con versada formación y experiencia en materia penal juvenil, y debe estar habilitada (y obligada) a asistir e incluir al adolescente infractor (o presunto infractor) toda la comunidad.

## XII. La justicia juvenil y el juicio entre pares

Dos son al menos los elementos esenciales que fundan el juicio por jurados. Por un lado, que el poder de juzgar proviene y es ejercido por el pueblo, y, por el otro, que el imputado es juzgado por sus pares.

Las legislaciones que han regulado el juicio por jurados han excluido la participación de adolescentes, a modo de ejemplo:

- El art. 338 bis, 2.b) del Cód. Proc. Penal Prov. Buenos Aires establece como requisito para ser jurado “tener entre 21 y 75 años de edad”;

- El Cód. Proc. Penal Córdoba reza en su art. 558:

“1) Para ser jurado se requiere mayoría de edad;...”

- El Cód. Proc. Penal Neuquén establece en su art. 43: “Requisitos. Para ser jurado se requiere: (...) 2) Tener veintiún [21] años de edad”

- El Cód. Proc. Penal Río Negro exige “[s]er mayor de dieciocho [18] años de edad” (art. 34.2). La ley 7661 de Chaco exige “tener entre 25 y 65 años de edad” (art. 11.a).

- La ley 5719 Catamarca dice: “Requisitos. Para ser jurado se requiere: a) ser argentino/a, con cinco [5] años de ejercicio de la ciudadanía en el caso de los naturalizados, y mayor de edad;...” (art. 12).

- El Cód. Proc. Penal San Juan dice: “Requisitos para ser miembro del jurado popular: Para

ser miembro de un jurado popular se deben reunir las siguientes condiciones: (...) Tener entre dieciocho [18] y setenta [70] años de edad...” (art. 462).

- La ley 6451 de la Ciudad de Buenos Aires dice: “Para ser integrante del Jurado se requiere: a) Ser argentino/a, con dos [2] años de ejercicio de la ciudadanía en el caso de los naturalizados y tener entre dieciocho [18] y setenta y cinco [75] años de edad...” (art. 9º).

- Por su parte, la ley 10.746 de Juicio por Jurados de Entre Ríos dice en su art. 13: “Para ser integrante del jurado se requiere: (...) b) Ser mayor de dieciocho [18] años y hasta setenta y cinco [75] años de edad”.

La imposibilidad de ser juzgado por pares dificulta la visión del juicio por jurados como un derecho o garantía del adolescente; parece, antes bien, que subsiste en todo caso la idea de juicio por jurados como derecho de participación de la población en la administración de justicia. En ese sentido, debería ponderarse si la habilitación política otorgada por la legislación nacional (64) infraconstitucional tiene la fuerza normativa suficiente como para prevalecer sobre las múltiples reglas constitucionales y convencionales que afirman la diferencia entre niños y adultos a partir de los dieciocho años.

La respuesta debe ser negativa por motivos obvios de prevalencia normativa; pero, además, por razones de derecho doméstico: como indicamos, varias legislaciones exigen una edad aún mayor que la que habilita el sufragio para integrar jurados populares y, por otra parte, la habilitación para el sufragio no habilita, ya en el mismo Código Electoral Nacional, a ser, por ejemplo, autoridad de mesa (65). De modo que

(64) De acuerdo con el art. 1º del Código Electoral Nacional “...son electores los argentinos nativos y por opción, desde los dieciséis [16] años de edad, y los argentinos naturalizados, desde los dieciocho [18] años de edad, que no tengan ninguna de las inhabilitaciones previstas en esta ley”; texto conf. ley 26.774.

(65) "Art. 73.- Requisitos. Los presidentes y suplentes deberán reunir las calidades siguientes: 1. Ser elector hábil. 2. Tener entre dieciocho [18] y setenta [70] años de edad. 3. Residir en la sección electoral donde deba desempeñarse. 4. Saber leer y escribir. A los efectos de verificar la concurrencia de estos requisitos, las Juntas

el derecho de participación de los adolescentes no es de ningún modo equiparable al de las personas adultas.

### **XIII. La decisión de los jurados y el eje socioeducativo de la justicia juvenil**

El llamado “eje socioeducativo”, “principio educativo” o “ideal de la educación” caracteriza el derecho penal juvenil en todas sus fases: tanto el desarrollo del proceso como las medidas y las sanciones que se adopten deben servir a la educación del adolescente para la vida en sociedad. La finalidad pedagógica de todas las intervenciones demanda un esfuerzo particular en cuanto a la delimitación de los objetivos que con cada una de ellas se han de alcanzar, así como también respecto del modo en el que se llevan a cabo y el escenario en el que tienen lugar.

En particular, el juicio constituye una instancia que podría acarrear consecuencias positivas desde el punto de vista pedagógico cuando se utiliza adecuadamente, pero que podría conllevar consecuencias nocivas cuando no se tiene en cuenta la particular condición existencial del adolescente por su condición etaria. La instancia de juicio como momento de reproche y de generación de la responsabilización subjetiva junto con la conciencia del daño comunitario que fue ocasionado de manera culpable, pueden contribuir a la finalidad socio-educativa de manera fundamental. De un lado, puede, ya de por sí, generar reflexión y cimentar el camino hacia la autonomía, y, por otro, facilitar el trabajo posterior de los equipos técnicos que sortean con mayores herramientas las posibles defensas de negación que puede oponer el adolescente para no asumir las consecuencias de sus acciones. Sin embargo, la exposición a un escenario demasiado severo o a un reproche desmedido puede ocasionar daños en cuanto a su subjetividad que deben ser tenidos en cuenta y ponderados a fin de no frustrar el propósito educativo. Por esas razones, el mecanismo del jurado, no conformado por especialistas, y con un elevado número de personas que formulan el reproche (en general, doce),

---

Electoral es está facultada para solicitar de las autoridades pertinentes los datos y antecedentes que estimen necesarios”.

no aparece como la respuesta más adecuada para el adolescente desde el punto de vista del eje socioeducativo.

### **XIV. El juicio por jurados y la inserción comunitaria**

A esta altura del trabajo podrá advertirse que resulta equívoca la confrontación entre los principios rectores del proceso penal juvenil, el juicio por jurados y los aspectos prácticos relacionados con su implementación.

La inserción comunitaria de un adolescente no se logra por la vía del proceso penal, con independencia del formato mediante el cual se decida el caso. El proceso penal llega a su vida cuando múltiples instancias materiales y simbólicas anteriores fracasaron en diverso grado (la familia, la escuela, el centro de salud, la comunidad, etc.).

Lo que queremos afirmar respecto de los argumentos que le dan centralidad al aspecto de la participación comunitaria en el juicio por jurados (y, de ahí, en un salto lógico inmediato, a afirmar su mayor calidad democrática), es que utilizarlo como un mecanismo eficaz para lograr la inserción comunitaria de un adolescente soslaya que la de privación de derechos básicos de ese niño ha sido tan evidente durante sus años de vida fuera del sistema penal, que mal podría una “puesta en escena” de pocas horas subsanar deficiencias estructurales de las políticas públicas de infancia.

Asimismo, la participación de otros ciudadanos en un acto penal no logrará restaurar todo aquello que el adolescente no ha recibido y, por lo contrario, puede reactivar su percepción conflictiva y antagonista respecto de la comunidad debido al fenómeno de la sobreexposición (problema que, vale señalar, también podría plantearse respecto de un juicio con jueces técnicos, pero en una dimensión mucho menor en razón de la significativa reducción del número de participantes).

Por otra parte, la necesidad de ser juzgado por miembros de la comunidad no necesariamente conduciría al establecimiento de juicios por jurados, pues los jueces también son parte de una comunidad y con más razón en comunidades pequeñas.

## **XV. El juicio por jurados y la garantía de la doble instancia: ¿una ventaja?**

Un aspecto que debe ser considerado en el juicio por jurados es el de la imposibilidad de recurrir la sentencia absolutoria. La institución del juicio por jurados supone, de manera general —y así lo suelen regular las legislaciones que lo incluyen (66)—, que la sentencia solo puede ser recurrida por el imputado cuando se lo condena o se le impone una medida de seguridad, pero no podría recurrirse, por parte del fiscal o de la víctima, la sentencia absolutoria. Más allá de que esta es una regla que podría ser distinta en cada una de las legislaciones, es cierto que, comparativamente, podría decirse que quien afronte un juicio por jurados, en función de esta regla, tendrá, en caso de ser absuelto, una ventaja respecto de quien sea condenado por un tribunal profesional, pues en el primer caso no existiría posibilidad de recurso contra la absolución, y en el segundo, sí.

Esta ventaja comparativa desde un sentido eminentemente coyuntural podría inclinar la balanza hacia la conveniencia, según la legislación provincial de que se trate, de optar por ser juzgado mediante jurados, y, en ese caso, negar la posibilidad al adolescente de elegir ese modo de juzgamiento podría implicar ponerlo en situación de desventaja en comparación a la persona adulta.

Sin embargo, en otra mirada, esta “ventaja” debe matizarse. Por un lado, porque si se considera que el problema es comparativo y que el adolescente no podría estar en peor situación que el adulto, un planteo defensorista podría ser el siguiente: si el juicio por jurados es un modo de juzgamiento para personas adultas que no admite recurso contra la absolución, y la persona adolescente no puede estar en peor situación que el adulto, entonces, en el juzgamiento de un adolescente (sea cual sea el sistema o el juzgador) no debería admitirse nunca la revisión de la sentencia absolutoria.

Por otro lado, el problema es aún más complejo y excede el objeto de este trabajo, pero existe

(66) Por ejemplo, el Cód. Proc. Penal Prov. Buenos Aires, en su art. 371 quater, inc. 7º, reza: "...La sentencia absolutoria derivada del veredicto de no culpabilidad del jurado es irrecurrible".

actualmente también, en función del reconocimiento de los derechos de las víctimas (67) y en la garantía del acceso a la justicia, un cuestionamiento a la falta de recurso ante sentencias absolutorias. Y este problema se profundiza cuando las víctimas son, a la vez, niñas, niños y adolescentes (68).

## **XVI. A modo de conclusión (preliminar)**

La justicia juvenil en la República Argentina se encuentra atravesando en los últimos años un momento particular. Si bien se reconocen la necesidad y la obligación de contar con una respuesta penal diferenciada al delito de los adolescentes penalmente responsables, esas diferencias muchas veces se diluyen en las reformas legislativas y en la jurisprudencia que tiende a acercar a la justicia juvenil a la justicia penal general.

Una preliminar evaluación de los procesos de reforma legislativa podría llevar a la conclusión que la reformulación de los sistemas tutelares-inquisitivos clásicos produjo un efecto rebote, al equiparar el sistema penal juvenil al sistema de adultos para asegurar a niños y adolescentes las reglas de garantía clásicas del derecho penal

(67) La CS, en 2019, en la causa "Weyenbergh, Carlos B. y otros s/ asociación ilícita", destacó los derechos de las víctimas y, en particular, el derecho a impugnar las resoluciones que sobrepasan al imputado. En el mencionado precedente, los jueces Rosenkrantz, Highton de Nolasco, Maqueda y Lorenzetti hicieron suyos los fundamentos y conclusiones del dictamen del procurador general. En su dictamen, el procurador retoma los argumentos del fallo "Otto Wald" (Fallos 268:266, de 1967), al señalar que "debe recalcar, según lo apreció, el carácter federal del derecho, que la apelante postula vulnerado, a ser oída en tiempo y forma, y a obtener una decisión jurisdiccional válida relativa a la pretensión jurídica que ella ha esgrimido", y que "[l]a tutela que ese derecho fundamental merece obligaba a los jueces de la causa a encontrar una solución oportuna y significativa a quien reclamaba que, a través de una interpretación contraria a las leyes locales, le era indebidamente cercenada la posibilidad de intervenir en el procedimiento iniciado por la denuncia de delitos de los que sería víctima, ser escuchada ante una eventual decisión de clausura y conocer e impugnar la resolución de sobreseimiento".

(68) La ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes reconoce entre las garantías procesales de niñas, niños y adolescentes el derecho a "recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte" —art. 27, inc. e)—.

y procesal penal, sin haber sido fructífero en la consolidación de una respuesta penal especializada. En este sentido, el endurecimiento de la respuesta estatal al delito de los adolescentes expresada en variados (y hasta ahora frustrados) procesos de reformas legislativas en la región vendría dada por el señalado gradual acercamiento de la justicia juvenil a la justicia penal de adultos, evidenciado, por ejemplo, en el paulatino y notable incremento del monto de condenas privativas de la libertad en varias jurisdicciones provinciales para delitos graves; el traslado de los adolescentes de instituciones dependientes de los organismos de protección de derechos de la niñez, a los servicios penitenciarios al cumplir los 18 años de edad; la supresión o eliminación de la figura procesal del asesor o defensor público de menores; la introducción de procedimientos simplificados para casos de flagrancia y de juicio directísimos; la admisión de la participación activa de la figura del querrelante o del particular damnificado en la justicia juvenil; el juzgamiento de adultos por parte de la justicia de menores en caso de imputación conjunta; la aplicación de normas de ejecución penal legisladas para personas condenadas por delitos cometidos durante su adultez; la ausencia (en muchos institutos procesales) de requisitos y plazos diferentes a los aplicables a los acusados adultos, etcétera.

Por otro lado, curiosamente, la amplia utilización de criterios administrativos de eficacia propios de la justicia penal de adultos (las ya mencionadas investigación preliminar simplifi-

cada a partir de la aplicación de procedimientos de flagrancia, juicios directísimos o institutos similares —todas ellas instituciones ajustadas a los tiempos procesales propios de los adultos, pero no de los vitales de los adolescentes— y un uso generalizado del juicio abreviado —ya sea por la vía del monto de pena permitido para el acuerdo entre la acusación y la defensa o por la posibilidad de modificar la base fáctica y la calificación legal—) podrían conducir finalmente a consumir una *justicia juvenil* sin juicio, pero por las peores razones, no por la prevalencia de la justicia restaurativa y las variadas formas de diversión no judiciales exigidas por el derecho internacional y de marcada eficacia para lograr la reintegración social.

En este proceso, la única institución que restaba “importar” era el juicio por jurados.

Por ello, introducir la necesidad de su implementación en la justicia juvenil sin advertir todos los escollos legales y empíricos señalados, pero sobre todo, sin reconocer las singularidades existenciales entre niños y adultos desde siempre señaladas por la Corte IDH, por el Comité de Derechos del Niño y por todos los organismos relacionados que nunca reclamaron su existencia como un derecho o garantía para los niños, es el triste final para una teoría que, aun con sus errores, se arriesgó a imaginar que podía existir algo mejor que el derecho penal para abordar la conflictiva delictual de las personas menores de edad.

# EJECUCIÓN DE LA PENA

---



**DOCTRINA**



# Más de dos décadas después de su interposición, un nuevo capítulo en la ejecución de la sentencia del hábeas corpus colectivo 'Verbitsky' (\*)

Marcelo A. Riquert (\*\*)

**Sumario:** I. Un estado de cosas inconstitucional, dice la SCBA.— II. Un problema complejo, dinámico y multicausal.— III. El rol del poder judicial.— IV. Las primeras determinaciones del “PCS”.— V. Algunas finales reflexiones prospectivas.

## I. Un estado de cosas inconstitucional, dice la SCBA

La Suprema Corte de Justicia provincial, casi un año después de la sentencia de la CSJN del 13/05/2021 [momento que fuera calificado como de “resurrección” del hábeas corpus colectivo “Verbitsky” (1)], luego de la realización de varias actividades de actualización de información e intercambio de ideas con la accionante y otras instituciones involucradas desde aquella “Mesa de Diálogo” que se instaurara a partir de la originaria resolución del máximo tri-

bunal nacional del año 2005 (2), ha dado a conocer a través de nueva resolución su “Programa de cumplimiento de la sentencia de la Corte Su-

(2) La sintéticamente conocida como causa “Verbitsky”, iniciada por el CELS en 2001, es la V.856.XXXVIII, rta. el 03/05/2005, pub. en Fallos 328:1146. Yendo a la aludida resolución del 13/05/2021, en el considerando 4° del Voto mayoritario (Highton, Maqueda, Lorenzetti —hay voto propio de Rosatti y disidente de Rosenkrantz—), se indicó que la SCBA había considerado que el mandato que se le había impartido (en 2005) estaba agotado, en el ámbito de su competencia, durante el transcurso de los dos años posteriores al dictado de aquel fallo, a través de la emisión de medidas de diversa índole. Los integrantes de la corte bonaerense entendieron que había concluido “en el estricto ámbito jurisdiccional” el trámite del expediente originario y, en consecuencia, remitieron la presentación del Consejo de Defensores Generales Departamentales a un juzgado de primera instancia (en 2014, el Consejo denunció el incumplimiento del fallo originario e instó la disposición de nuevas medidas), considerándola una acción primaria de hábeas corpus respecto de la cual carecían de jurisdicción. Más adelante, en el considerando 10° se señala que la decisión examinada pretendió clausurar el proceso de hábeas corpus colectivo como tal, sin haber ponderado suficientemente el impacto que las medidas practicadas por la corte local habrían tenido, en función de la complejidad de los objetivos fijados en el precedente “Verbitsky”, y sin explicitar de qué manera fue evaluada la eficacia de su implementación, en relación con la permanencia de la situación generadora del conflicto que venían denunciando los actores. En este aspecto, se consideró que la SCBA se apartó de la dimensión acordada a la estructuración del proceso de ejecución de

(\*) Versión corregida y ampliada del art. “Dice la Suprema Corte: la situación carcelaria en la provincia de Buenos Aires es inconstitucional, ¿le importa a alguien?”, pub. en el blog “Cátedra Riquert”, el 7 de mayo de 2020 (<http://www.catedrariquert.blogspot.com>).

(\*\*) Doctor en Derecho, UNMDP. Máster en Derecho Penal, U. Salamanca (España). Director del Área Departamental Penal y de la carrera de posgrado “Especialización en Derecho Penal”, Facultad de Derecho, UNMDP. Ex Presidente de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal.

(1) Así, Agustín E. Acuña, quien sugiere que la CSJN lo hizo resucitar o bien aclaró que no estaba muerto (en su trabajo “Cuestiones a pensar sobre la resurrección de Verbitsky”, p. 1, pub. en la revista digital “Pensamiento Penal”, disponible desde el 29/04/22 en <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/90062-cuestiones-pensar-sobre-resurreccion-verbitsky>).

prema de Justicia de la Nación del 13 de mayo de 2021" (que abrevia como PCS) (3). Constituye un nuevo hito en la que, queda claro por el simple cotejo de fechas, es ya una prolongadísima historia en la ejecución de la sentencia en la acción constitucional colectiva ensayada por el CELS que, como es público y notorio, se interpuso porque el sistema carcelario bonaerense padece una situación de colapso y emergencia, particularmente desde que la duplicación de la población del SPP acontecida en el lustro 2000-2005 (de 15000 a 30000 internos). El CELS, al dar noticia en su página web de lo resuelto por la CSJN el 13/05/2021 resaltaba que, por ejemplo, desde 2012 la población de detenidos en Comisarías había crecido un 426% (4).

De hecho, la emergencia ha sido declarada en forma reiterada desde hace casi dos décadas, así como actualizada y (otra vez) reconocida singularmente por el informe del 10 octubre 2019 del Tribunal de Casación Penal en el marco de la res. 2301/2018 de la SCBA, con sus once [11] recomendaciones y propuestas, cuando el universo de detenidos provinciales era de 48.827 personas. La propia Suprema Corte, por res. 3341/2019 del 11/12/2019, toma aquellas como propias, dando así cuerpo a una serie de direc-

la primigenia sentencia, "en cuanto se le encomendó una tarea que debería mantenerse vigente mientras persistan las condiciones carcelarias que obligaron a la firme intervención de esta Corte Federal; circunstancia esta última que, a pesar de su trascendencia, no ha sido aclarada en ningún sentido en la decisión que se examina". De allí que, finalmente, se hizo lugar a la queja, se declaró procedente el recurso extraordinario y se revocó el pronunciamiento de la SCBA, ordenando se dicte uno nuevo con arreglo a lo anteriormente expresado. Tema aparte, creo que acierta Acuña cuando remarca la ironía ínsita en la situación cuando se advierte que el tribunal que amonesta a la SCJBA sobre el plazo razonable de los procesos en forma dura y reiterada, es el mismo que se demora casi 7 años en revisar una sentencia que, además, no es cualquiera sino una vinculada con uno de sus casos más emblemáticos de las últimas décadas (ya citado, p. 7).

(3) SCBA, P 83909, "Verbitsky, Horacio - Representante de Centro de Estudios Legales y Sociales s/habeas corpus. Recurso de casación", rta. el 3 de mayo de 2022.

(4) Cf. <https://www.cels.org.ar/web/2021/05/la-csjn-le-ordeno-a-la-suprema-corte-bonaerense-que-tome-medidas-de-fondo-contra-el-hacinamiento-en-el-sistema-de-encierro/>.

tivas y sugerencias hacia toda la judicatura bonaerense.

Unos meses después, la pandemia por el COVID-19 provocó pronunciamientos, recomendaciones, declaraciones, etc., desde diversas instancias internacionales y nacionales (por caso, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos a través del comunicado del 03/04/2020; la ComIDH, con su res. 1/2020, de 10 de abril, "Pandemia y Derechos Humanos en las Américas", que dedica los parágs. 46 a 49 a las "Personas privadas de libertad"; la Corte IDH con su Declaración 1/20, de 9 de abril, la Acordada 4/2020 de la CSJN o la Acordada 9/2020 de la Cámara Federal de Casación Penal, de 13 de abril). También nuevas intervenciones de los mencionados tribunales superiores de la provincia y de la Procuración General (res. 158/2020, del 16 de marzo, dirigida a Defensores y Fiscales), con foco en la necesidad de adoptar medidas específicas para la población carcelaria perteneciente a los identificados como grupos de mayor vulnerabilidad en caso de contagio.

Innecesario a los fines de este comentario recordar los vaivenes de la cuestión en esta jurisdicción, valga simplemente mencionar que en el expte. P-133682-Q, "Altuve, Carlos Arturo - Fiscal ante el Tribunal de Casación Penal s/ queja en causa N° 102555 (Habeas corpus colectivo y correctivo) y su acumulada N° 102558 (Habeas corpus colectivo y correctivo) del Tribunal de Casación Penal", el 11 de mayo de 2020, el más alto tribunal provincial en una extensa resolución se expidió sobre las numerosas cuestiones de fondo y, por medio de diez puntos en su parte resolutive, se reencauzaron, adecuaron, confirmaron y revocaron distintos aspectos del aludido fallo casatorio, así como se exhortó y recordó a los poderes legislativo y ejecutivo a llevar adelante acciones propias de su ámbito de competencias (puntos 8° y 9°) e hizo saber la necesidad de potenciar el espacio de la Mesa de Diálogo creada por dec. 24/2019 como ámbito propicio para la búsqueda de soluciones consensuadas en un marco de ampliada representatividad (punto 10°).

Lo cierto es que, más allá del tono alarmista de la mayoría de los medios de comunicación, ni siquiera por aquellas razones sanitarias se

produjo un verdadero descongestionamiento ni se concretaron reales mejoras estructurales del SPP que, en todo caso, quedaron en la instalación de algunos hospitales modulares para el aislamiento de los internos contagiados y otras medidas tendientes a evitar la transmisión del coronavirus (valga la remisión en este sentido al “Protocolo de Contingencia Coronavirus (COVID-19) en contexto de encierro”). Se verá, como reconoce la propia resolución que se comenta, sobre fines de la pandemia la cantidad de detenidos sigue creciendo.

La adopción ahora del “PSC” por la SCBA, valga la insistencia, es un nuevo paso necesario frente a la descripción precedente. No podría ser de otro modo habida cuenta la directiva de la CSJN y la complejidad de la situación. La cabeza del poder judicial bonaerense indica que tal programa se desarrollará por medio de una serie de decisiones graduales y de efectos progresivos, que solo podrá encauzarse adecuadamente al amparo y con el compromiso de todos los actores institucionales, en particular, los otros poderes de estado, para alcanzar “el objeto de revertir el estado de cosas inconstitucional que caracteriza a la situación de las personas privadas de libertad en la Provincia”.

Llamo la atención sobre la inusual crudeza de la descripción del estado de situación que corona diciendo que, acercándonos a las dos décadas de la sentencia inicial de la CSJN y luego de las distintas medidas tomadas a nivel local, “lo cierto es que las condiciones generales que presenta la problemática enjuiciada no evolucionaron en un sentido positivo”. Ergo, se reconoce que estamos peor que en 2005. Según el CELS, en ese momento había unos 31.000 detenidos con una tasa de 211 por cada 100.000 habitantes. A partir de 2007 y hasta 2012/2013 hubo un doble efecto benéfico derivado de las medidas implementadas: dejó de subir la cantidad de detenidos e incluso bajó hasta los 28.000, lo que impactó en una tasa que también disminuyó hasta los 180 por cada 100.000 habitantes. Es a partir de 2015 que el aumento de presos torna elocuente y se mantiene en línea ascendente en forma constante hasta la actualidad. Así, se pasó en ese año a tener 36.000 detenidos (tasa de 210), 38.000 en 2016 (tasa de 220), 42.000 en 2017 (tasa de 243) y 45.000 en 2018 (tasa de 260,

que sube a 272 si se tiene en cuenta a los monitoreados).

También destaco que, pese a la trascendencia y gravedad que trasunta toda la resolución, su repercusión mediática inmediata fue casi inexistente, lo que pareciera reflejar que poco o nada interesa la grave cuestión y válida la preguntarse, este tema, *¿le importa a alguien?* Es claro, a la ciudadanía en general, en medio de una situación económica difícil y abrumada por los mensajes generalizados de noticias policiales conmocionantes, no. Pero la descripción de cómo evolucionaron las cosas que se hizo antes, demuestra que a los actores institucionales comprometidos tanto en el diseño político criminal como en el desarrollo de la infraestructura que debe acompañarlo, tampoco les importa.

En cuanto a los medios, insisto, sin distinción de formatos, la prensa nacional no “levantó” la noticia y está ocupada en los hechos de violencia callejera diarios o si la Corte estadounidense vuelve atrás con “Roe vs. Wade” (interrupción voluntaria del embarazo) o válida una más amplia posibilidad de portación de armas. El estado de las cárceles provinciales donde se alojan más de la mitad de los privados de libertad del país, por el que Argentina es responsabilizada internacionalmente, no merece mayor atención.

## **II. Un problema complejo, dinámico y multicausal**

En otro tramo de la resolución que fija el “PCS”, se señala “...insoslayable insistir en el carácter complejo, dinámico y multicausal del grave problema que refleja la superpoblación y hacinamiento en las cárceles y comisarías de jurisdicción provincial”. Esto ha sido admitido por las partes en litigio “y configura un estado de cosas lesivo e inconstitucional que debe ser remediado, en gran medida, a partir de la implicación a conciencia de los diversos actores institucionales comprometidos en esta materia”. En este último sentido se aclara que “ni un solo factor ni una sola autoridad gubernativa congregan la capacidad de respuesta frente a los acuciantes hechos del caso, ni absorben el centro de la responsabilidad para conjurarlos”.

Tras reconocer que nadie puede arreglar el problema solo, la SCBA trata de delinear qué rol asigna al propio poder judicial. Para ello, denuncia la ausencia de un diagrama de política criminal, consensuado como un acuerdo de Estado, que tienda a proveer lo conducente para la solución de los problemas de inseguridad que aquejan a la sociedad. Se trata, aclara, de un factor “ajeno al núcleo del quehacer jurisdiccional, sobre el que debe ponerse en la mira por parte de los poderes políticos”.

Aquí parece oportuno recordar que, como señala Acuña (comentando el fallo de la CSJN motivante del que ahora nos ocupa), los tiempos de los políticos y de las políticas públicas no concilian bien ni siquiera con los habitualmente más que prolongados tiempos judiciales. En este caso particular, veintiún años después de su promoción, ese “leading case” de litigación compleja en que se convirtió el habeas corpus colectivo en “Verbitsky”, constituyéndose como apunta el nombra en un instrumento fundamental para luchar por derechos humanos vulnerados, ha perdido la impronta inicial, ha dejado de provocar optimismo y, en cambio, lleva a reconocer sus serias limitaciones como herramienta de cambio, “...Sobre todo frente a la indolencia de una clase política que ha dado grandes muestras de no estar a la altura de las circunstancias, siempre atenta al corto plazo y a las encuestas, más que al respeto y garantía de los derechos humanos” (5).

Se llama la atención por la SCBA sobre la tasa de encarcelamiento provincial, muy superior a la media nacional, al punto que por momentos la supera en más del 50%. En las condiciones en que se cumple la detención, arriesga el alto tribunal que “influidas por varios factores, en ocasiones parecen contribuir a la reproducción del delito, más que a la reinserción social de los penados”. Con otras palabras: superpoblación, hacinamiento, falta de recursos, situación edilicia emergencia y varios etcéteras más, lejos de permitir el cumplimiento del programa constitucional de finalidad resocializadora para la pena, se constituyen en elementos que refuerzan o acentúan los factores de la previa situación de insuficiente socialización (¿o inclusión?) y con-

(5) Acuña, ya citado, p. 6.

tribuyen a sostener o incrementar el espiral de violencia.

Puede advertirse que ha mediado argumentalmente un acercamiento notable entre los fundamentos de la SCBA y las razones con las que el CELS ha justificado la necesidad de la interposición de la acción y de sostener su seguimiento en el tiempo. En efecto, afirma la accionante que “El trasfondo de este aumento exponencial es una política criminal punitiva que se centra en el uso del encarcelamiento como única respuesta a una gama amplia de problemas que van desde delitos violentos hasta conflictividades sociales. Bajo el supuesto de que la sociedad exige esta respuesta punitiva, desde el Estado se retroalimenta esta demanda y se promueven iniciativas como el endurecimiento de la prisión preventiva, el uso del encierro para delitos de escasa gravedad o el bloqueo de la ejecución progresiva de la pena. Estas medidas no tuvieron un impacto positivo en la reducción de dinámicas de violencia, y en cambio produjeron una catástrofe humanitaria en el sistema carcelario bonaerense” (6).

Queda claro entonces que no se trata de una simple sensación o percepción sino de un dato estadísticamente corroborado. Mientras que, en 2005, cuando la sentencia exhortativa original de la CSJN llamó a ajustar la situación carcelaria provincial al baremo constitucional, el total de prisionizados en comisarías y cárceles rondaba las 31.000 personas. Para fines de 2019, recuerda la SCBA que el número aumentó hasta los 52.503 detenidos (45.398 alojados en cárceles y alcaidías, 4196 en dependencias policiales y 2909 bajo el sistema de monitoreo electrónico). Esto implicaba una tasa de superpoblación de alrededor del 110% en el sistema (o sea, más que duplicaba la capacidad real disponible) e importaba que teníamos 315 individuos detenidos cada 100.000 habitantes. Agrego de mi parte, es una tasa de prisionización que está dentro de las más altas del mundo. En el ínterin hasta al 1 de abril de 2022, conforme reconoce el Ministerio de Justicia, el incremento prosiguió: llegó a los 54.818 detenidos (47.065 en la órbita del

(6) Cf. <https://www.cels.org.ar/web/2021/05/la-csjn-le-ordeno-a-la-suprema-corte-bonaerense-que-tome-medidas-de-fondo-contra-el-hacinamiento-en-el-sistema-de-encierro/>.

Servicio Penitenciario, 3338 con prisión domiciliaria bajo el sistema de monitoreo electrónico y 4415 en dependencias policiales).

Agrega contundente el alto tribunal: “Ese incremento no ha tenido como correlato el mejoramiento de los guarismos sobre los números de delitos, cada vez con rasgos más violentos, ni el cambio de la percepción, extremadamente negativa, que la sociedad tiene sobre tal problemática.” Es decir, llanamente, mientras que la estadística refleja un incesante crecimiento del uso de la prisión, totalmente falto de proporción con el aumento de población, se sigue hablando de “puerta giratoria” como si nadie quedara preso.

El uso excesivo de la prisión preventiva y el aumento de la cantidad de presos es una tendencia regional. Si bien la tasa de prisionización en un dato de relevante interés para medir comparativamente el impacto y, por ejemplo, nos permite saber que la provincia tiene una media muy superior al resto del país, o que nuestro país no registra a nivel nacional una que nos ubique en la zona de roja (de mayor nivel o intensidad) en el concierto nacional (aunque sí estaría en esa zona la provincia tomando sus datos aislados), vale la pena dejar sentado que en orden a otro indicador cualitativo la situación es grave, pero no extrema en la comparación de horrores.

En efecto, si miramos las tasas de ocupación carcelaria, vimos que el SPF solo tiene una sobrepoblación del 10%. En Sudamérica, el único país que tiene capacidad carcelaria excedente es Surinam (el menos poblado), cuya tasa de ocupación es del 75,2 %. En Centroamérica es Belice, con un 49,8%. En cuanto a países en equilibrio, con cárceles llenas, pero casi no excedidas, estarían Chile (100,4%) y México (101,8%).

World Prison Brief (WPB), que es una de las principales bases de datos mundial sobre asuntos penitenciarios, ha elaborado un ranking que refleja los porcentuales de exceso a la capacidad ideal de alojamiento, a partir de las estadísticas compiladas por el Instituto para la Investigación de Políticas de Crimen y Justicia (ICPR, por sus

siglas en inglés) del Reino Unido. El cuadro revela que el país con mayor sobrepoblación es Haití (454,45) y, cerrando, en el puesto 18° está Ecuador (133,2%) (7). Argentina está, por suerte, todavía muy lejos de estas tasas, pero la provincia de Buenos Aires, no tanto.

### III. El rol del poder judicial

Siendo que “no le atañe al poder judicial diseñar la política criminal ni carcelaria provincial o definir los pormenores de su ejecución en orden a su acierto o conveniencia” (principio reconocido por la propia CSJN), se afirma en la nueva resolución que “la misión más delicada que le compete es la de respetar la órbita de su jurisdicción, sin desbordarla, ni menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes, evitando su avance en desmedro de otras facultades, en pos de la armonía del ordenamiento institucional”.

Agrega, haciéndose cargo de la imposibilidad de mantener el principio de oficialidad de la acción penal y fijando un espacio de juego propio dentro del complejo tablero descripto, que “Ello no obsta a que sea de interés de la judicatura velar por la correcta articulación institucional entre las áreas de seguridad y justicia del poder ejecutivo y el ministerio público, actores centrales del sistema penal, en procura de obtener resultados valiosos en materia de cuidado y bienestar de la seguridad ciudadana, aplicando prudentemente los criterios de oportunidad (art. 56 *bis*, CPP)”.

Recuerda la SCBA que media la necesidad de cumplir no solo con lo decidido por la CSJN el 13/05/2021, sino también con lo establecido en el punto dispositivo 4) de la sentencia dictada el 03/05/2005, para lo que “los responsables institucionales comprendidos en el asunto deben profundizar el diálogo y confluir en sus voluntades a fin de revertir un estado de cosas que lleva décadas. Y deben hacerlo en tiempos posibles y razonables. Para ello, es preciso transitar un ca-

(7) Fuente: noticia titulada “Los 6 países de América Latina y el Caribe donde la cantidad de presos duplica, triplica y hasta cuadruplica la capacidad de las cárceles”, pub. en BBC News, Sección Mundo, Cono Sur. Versión digital disponible en <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-58838582>.

mino secuencial y progresivo en orden a la adecuada consecución de los objetivos trazados”.

Se hace cargo el alto tribunal que “La hondura del problema descarta soluciones sencillas e inmediatas” y, por ello, los actores involucrados deben aunarse bajo “un elemental criterio de racionalidad”. Es decir, que deben actuar mancomunadamente y tendiendo, en el ámbito de sus respectivas competencias, “a la reversión del crítico cuadro de sobrepoblación carcelaria”. Concluye que “Debe hacerse con un abordaje realista y mediante la programación de acciones a desarrollarse a lo largo del tiempo, junto con la publicidad de los avances que se vayan produciendo”.

Acuña (8) apunta, refiriéndose al fallo motivante, el de la CSJN, que una de las alternativas que podría explorarse en su ejecución sería el uso de una herramienta como la compensación de penas ilícitas, citando en ese sentido los aportes doctrinales de Zaffaroni o de Pablo Vacani, entre otros (9), con antecedentes jurisprudenciales de diferentes latitudes como Colombia, Estados Unidos y la Corte Interamericana (en el precedente “Espíndola”). En la situación a la que nos referimos la idea sería que, ante la ilicitud de la pena por el incumplimiento del Estado en las condiciones de detención, se debe compensar el tiempo de encierro físico, para permitir al privado de libertad avanzar en el tiempo de cumplimiento de su pena. Pero, como se advierte de lo expuesto, no ha sido considerada ni sugerida por la SCBA, por lo menos hasta ahora, ni como una medida a tomar desde el ámbito judicial, ni propiciando la implementación de un mecanismo de tal orden desde sede legislativa u otro con impulso del poder ejecutivo [valga recordar que sus manos está constitucionalmente asignada la facultad de indultar y conmutar penas, conforme el art. 99 inc. 5 de la CN y, en el caso local, el 144 inc. 4º, Const. Pcial. (10)].

(8) Ya citado, ps. 8/9.

(9) Puede confrontarse en AAVV “Penas ilícitas y hermenéutica jurídica”, pub. por Ediar, Buenos Aires, 2020, autores: Zaffaroni, Alagia, Slokar, Gusi, Spina, Vacani, Barresi y Ciarniello.

(10) Sobre el particular, recuerda Paulo Pereyra que, en la provincia de Buenos Aires, en el mes de junio de 2013,

Más allá de existir pedidos similares previos, puede recordarse que, con motivo de la pandemia por el COVID-19, un grupo de Defensores Generales Departamentales de la provincia le presentó al gobernador Axel Kicillof la conmutación de penas para los presos condenados por sentencia firme con fecha de agotamiento de pena durante 2020 y para los detenidos con sentencia firme a penas que no excedan de los cinco años de prisión y que durante tal año hayan cumplido o cumplan el requisito temporal para acceder a la libertad condicional (11). La iniciativa, que tuvo pedido expreso de rechazo por organizaciones como “Usina de Derecho” (12), no tuvo éxito.

la Asociación Pensamiento Penal solicitó al gobernador Daniel Scioli se evalué la posibilidad de disponer una conmutación general de ciertas penas a condenados alojados en dependencias del SPP, como medio para solucionar la grave situación carcelaria, invocando el art. 144 inc. 4º de la Const. Pcial. Luego de citar ejemplos de conmutaciones de penas practicadas en otros Estados, sugirieron indicativamente una serie de categorías a tener en cuenta para disponer la conmutación: condenados que hayan cumplido más de la mitad de una condena que no supere los cinco años de prisión; condenados reincidentes que hayan cumplido más del 80% de su condena; condenados a penas que no superen los tres años de prisión, cualquiera sea el monto de pena cumplido; condenados por delitos tentados; condenados por la comisión de determinados delitos (tenencia neutra de estupefacientes); condenados de más de 60 años de edad; condenados en faz de confianza que realicen salidas controladas para trabajar, estudiar, etcétera; condenadas mujeres, alojadas con niños o en etapa de gestación; y, finalmente, condenados extranjeros que hayan cumplido más de la mitad de su condena y que asuman el compromiso de abandonar el país con destino a su país de origen (en su trabajo “El indulto y conmutación de penas como política pública para reducir la sobrepoblación penitenciaria en Argentina. Experiencia en la Provincia del Chaco”, Chaco, Argentina, 2016, p. 5, pub. en la revista digital “Pensamiento Penal”, disponible en <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/10/doctrina44192.pdf>). Es claro, la iniciativa (reiterada en 2016), no prosperó.

(11) Fuente: nota periodística titulada “Coronavirus: pidieron a Kicillof la conmutación de pena para un grupo de presos bonaerenses”, pub. en diario La Nación, edición digital del día 22 de abril de 2020, disponible en [https://www.lanacion.com.ar/seguridad/coronavirus-le-pidieron-kicillof-le-conmute-pena-nid2356919/?utm\\_source=dlvr.it&utm\\_medium=twitter](https://www.lanacion.com.ar/seguridad/coronavirus-le-pidieron-kicillof-le-conmute-pena-nid2356919/?utm_source=dlvr.it&utm_medium=twitter) El texto de la presentación puede consultarse en <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2021/03/miscelaneas48790.pdf>.

(12) La nota pidiendo el rechazo de la conmutación, firmada por la presidenta de la ONG, Dra. Dia-

#### IV. Las primeras determinaciones del “PCS”

Luego de dar por aprobadas actividades intermedias de sus propios funcionarios, de declarar que el PCS se ejecutará por medio de una serie de decisiones y mediante la colaboración de instituciones específicas, con el objeto de revertir el estado de cosas inconstitucional que caracteriza a la situación de las personas privadas de libertad en la Provincia y que lo decidido comprende a las actuaciones en trámite por los legajos P. 117.445 y acum. P. 117.551 —UP 15 de Batán— (puntos 1° a 3°), se adoptan en el punto 4° un total de 27 determinaciones entre las que algunas son notificaciones y puestas en conocimiento institucionales, por lo que en función de ser sustanciales destaco las siguientes:

##### IV.1. Hacia la propia judicatura

IV.1.a. Órganos jurisdiccionales penales en general

i) Revisar periódicamente la situación de las personas detenidas valorando la necesidad de mantenerlas en dicha situación o bien, disponer medidas de cautela o de ejecución de la pena menos lesivas, acorde al mérito de cada situación particular y siempre que las circunstancias del caso lo ameriten.

Podría decirse que la SCBA ha brindado, singularmente en el ya citado precedente P-133682-Q por la emergencia sanitaria del coronavirus, una serie de pautas que debieran guiar el modo de concreción de aquel juicio de necesidad de mantenimiento de la privación de libertad. En efecto, allí señaló: “V.2.c. Entre otros factores dignos de consideración bajo los principios de razonabilidad y de proporcionalidad, cobran relevancia los siguientes:

- los bienes jurídicos afectados,
- las condiciones personales del procesado o condenado (arg. art. 163, CPP),
- el grado de intervención asignada al procesado o condenado por el delito,

na Cohen Agrest, puede consultarse en <https://usinajusticia.org.ar/wp-content/uploads/2020/04/Presentacion%CC%81n-Gobernador-contra-Solicitud-de-Conmutacion%CC%81n-de-Penas-UJ-1.pdf>.

- las modalidades de la comisión del delito (v.gr. la forma en que se afectó el bien jurídico, los medios empleados y las particulares relaciones con las víctimas; arg. art. 163, CPP),

- el nivel de organización delictual en que ha sido perpetrado,

- la pena en expectativa o la ya establecida,

- el examen del nivel de avance del proceso y de los riesgos procesales,

- la situación de la víctima al momento de la decisión y, entre otros aspectos, su relación con el domicilio constatado del procesado o condenado reclamante,

- la consideración de la existencia de lugares especialmente destinados por el sistema carcelario para alojar personas en riesgo sanitario agravado,

- todo otro factor a sopesar prudencialmente por el órgano judicial competente.

V.2.d. Dentro de la urgencia comprometida, el examen circunstanciado a la luz de las pautas antes señaladas ha de efectuarse sin descuidar el enfoque sobre la situación de la víctima, en especial, su vulnerabilidad —v.gr.: en casos de violencia familiar o de género o agresión sexual, al solo efecto enunciativo—. En el supuesto de las víctimas de delitos de violencia de género, debe tenerse en cuenta el estándar de protección para su seguridad y la de sus familiares, el principio de indemnidad y la necesidad de prevenir intimidaciones, represalias o riesgos como consecuencia de sus denuncias”.

ii) Reiterar la prohibición de alojamiento en comisarías de menores, mujeres embarazadas y enfermos.

iii) Recordar que la prisión preventiva no puede funcionar como una pena anticipada y debe usarse con racionalidad, cumpliendo los estándares fijados por la CSJ en la sentencia dictada en esta causa el 3 de mayo de 2005 y del empleo de medidas alternativas o de morigeración.

iv) En la medida de su disponibilidad, ponderar particularmente el uso del sistema de mo-

nitoreo electrónico para los supuestos en que pudieren legal y razonablemente tener lugar.

v) Recordar el contenido y alcance de la res. SCBA 3342 del 11/12/2019, acerca de las mujeres detenidas embarazadas o con hijos menores de edad.

vi) Instar se programe la agenda de debates con especial enfoque en los privados de libertad con mayor tiempo en prisión preventiva, garantizando un proceso sin dilaciones indebidas (arts. 8.1 y 7.5, CADH). Con similar objeto, se evalúe la posibilidad de imprimir acuerdos alternativos al juicio oral cuando pudiere resultar una solución pertinente y adecuada a las circunstancias de cada caso.

#### IV.1.b. Estructura interna de la propia SCBA

i) Disponer la conformación de una nueva institucionalidad en su ámbito para la mejor realización del PCS, integrada por: a) un órgano de implementación y seguimiento principal del PCS; b) un área específica de articulación en el ámbito de la Secretaría Penal de la Corte y c) un observatorio participativo para interactuar con el primer órgano mencionado.

ii) Encomendar a la Secretaría de Planificación, con interconsultas, la propuesta de conformación del órgano de implementación y seguimiento del PCS.

iii) Se reformen los Acuerdos 3390 y 3415, de 2008, para mejorar el ordenamiento de la información correspondiente a los diversos Registros actualmente bajo la órbita de la Subsecretaría de Derechos Humanos de Personas Privadas de su Libertad.

iv) Instruir a la Subsecretaría de Tecnología Informática y la Dirección de Comunicación y Prensa para la presentación de la propuesta de diseño del sitio web específico para la consulta, análisis y seguimiento de los programas estatales relacionados con el PCS, gestión de la información y comunicación sobre los avances concretados o el estado de su ejecución.

#### IV.1.c. Delegación al Tribunal de Casación Penal

Se le delega al TCP la ejecución de las medidas dispuestas y las que se adoptaren en el ám-

bito del actual proceso, atinentes a la situación de las personas privadas de libertad alojadas en comisarías de la jurisdicción provincial y al estado o la utilización de estos locales policiales. El TCP coordinará sus actuaciones con las instituciones cuya creación se promueve en la misma resolución.

#### IV.2. *Hacia el Poder Ejecutivo provincial*

i) Requerirle comunique su posición y diagnóstico sobre el estado de situación de las condiciones de habitabilidad y el cupo que correspondiere a cada unidad penitenciaria y alcaldías habilitadas y en construcción del sistema dependiente del SPP, al 01/04/2022.

ii) Dicha información comprenderá los aspectos edilicios, de servicios e instalaciones, condiciones de higiene y sanitarias, alimentación, seguridad, esparcimiento, capacitaciones educativas y laborales.

iii) El cese progresivo del uso de las comisarías como lugar de detención de personas privadas de libertad y sustituirlas en lo pertinente y sustancialmente por las Alcaldías conforme al plan de construcción aprobado y en ejecución, cuyo avance deberá ser informado periódicamente cada 60 días a la Corte.

iv) Deberá fijar un cupo máximo de personas alojadas en comisarías.

v) A través de los órganos competentes, deberá fijar la programación y ejecución de medidas tendientes a la progresiva adecuación de las condiciones de alojamiento de las personas privadas de libertad en el ámbito del SPP, definiendo los guarismos y etapas correspondientes sobre los cupos o plazas de cada unidad de detención, atendiendo al estado actual de sobrepoblación.

vi) Exhortarlo para que gestione y acuerde con las autoridades nacionales competentes un convenio y las normas complementarias orientados a establecer que los detenidos por delitos comprendidos en la ley nacional 23.737, en jurisdicción provincial, con arreglo a ley provincial 13.392 de adhesión a la ley nacional 26.052, cursen sus detenciones o condenas en establecimientos del sistema penitenciario federal.

Para que se tenga una idea del impacto de la desfederalización basta con señalar que, solo en 2021, se iniciaron en la provincia 71.446 IPP por presuntas infracciones a la ley 23.737, lo que representa el 8,43% del total (847173 IPP) (13). Corresponde agregar que, además, se trata de un grupo de casos que tienen una alta tasa de detenciones, mucho mayor que el porcentual antes indicado. En la última estadística disponible, al 31/12/2020, los privados de libertad por infracciones a la ley 23.737 en la provincia era de 7706 personas (el 95% por narcomenudeo), que representan el 13,4% del total (que eran 57.447), con una tasa de prisionización de 43,9 por cada 100.000 habitantes. El 80% son hombres y el 20% mujeres. Probable derivación de la pandemia, los indicadores eran un poco menores a los de 2019 (8113 detenidos sobre un total de 58.300, con una tasa de 46,7 por cada 100.000 habitantes) (14).

Lo difícil de lograr que esta propuesta se viable quedaría demostrado por la circunstancia de que, en el ámbito nacional, el 25/03/2019 se había declarado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos la emergencia carcelaria (por tres años) cuando el Servicio Penitenciario Federal tenía un total de 13.529 personas alojadas, con un exceso de 1400 sobre la capacidad ideal. Inevitables dos observaciones: 1) la Nación declara la emergencia con una sobrepoblación del 10%, mientras en la Provincia es del 110%; 2) los detenidos a "transferir" representan más de la mitad del cupo del SPF.

vii) Requerir al Servicio Penitenciario provincial la adopción de medidas orientadas a optimizar la profesionalización de la elaboración de los Informes criminológicos, implementando mejoras y mayor celeridad en su confección, a fin de que se expidan en tiempo útil a los órganos jurisdiccionales requirentes.

(13) Fuente: Datos del SIMP, según informa el sitio web oficial del Ministerio Público, disponible en <https://www.mpba.gov.ar/files/content/IPP%20FCC%20BJP%202021.pdf>.

(14) Fuente: "Informe en materia de estupefacientes 2020. Ley 23.737", ps. 29/31, disponible en <https://www.mpba.gov.ar/files/content/Informe%20Estupefacientes%202020.pdf>.

viii) Requerirle, por intermedio de las áreas competentes, disponga la ampliación y profundización de los programas educativos para las personas detenidas, en todos los niveles de la enseñanza, incluyendo el aprendizaje de oficios, como herramienta indispensable para favorecer la resocialización y coadyuvar a la disminución de la tasa de reincidencia.

#### *IV.3. Hacia el Poder Legislativo provincial*

i) Exhorta a que, en coordinación con el PE, conforme una Mesa de Trabajo destinada a adecuar la legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación y demás alternativas o morigeraciones a tales medidas cautelares y la legislación de ejecución penal y penitenciaria, a los estándares constitucionales e internacionales.

ii) Exhortar a que conforme una comisión o el órgano que se estimare más adecuado, a los fines de ejercer el seguimiento y la interacción con los órganos previstos en la presente causa para el PCS.

#### *IV.4. Hacia el Poder Legislativo nacional*

Comunicarle la sentencia para que, si lo estimare pertinente, evalúe la razonabilidad de las diversas leyes penales que a lo largo de los últimos años restringieron las posibilidades de acceso a la libertad condicional u otras medidas del régimen de progresividad de ejecución de la pena privativa de libertad (v.gr.: leyes 27.375, reformas a la ley 24.660, e.o.).

#### *IV.5. Hacia actores institucionales y no gubernamentales*

i) Convoca al Comité Nacional para la Prevención de la Tortura, así como a instituciones especializadas y expertos en la materia objeto este proceso, para asistir al Tribunal en el PCS.

ii) Insta a los actores institucionales y no gubernamentales involucrados en la problemática objeto de las presentes actuaciones a comprometer sus mejores esfuerzos para revertir el estado de cosas abordado en la causa y para favorecer la efectividad del PCS.

iii) Comunicar lo resuelto a la Procuración General provincial a fin que, como titular del

Ministerio Público y en el ámbito de su competencia, adopte las medidas que estime pertinentes a efectos de coadyuvar al logro de los objetivos establecidos en el fallo de la CSJN fechado el 13/05/2021.

El contenido del PCS se puso en conocimiento de la CSJN (punto 5°).

### **V. Algunas finales reflexiones prospectivas**

A impulso de la CSJN el intento de cierre de la acción constitucional colectiva iniciada por el CELS dio paso a la adopción de una nueva batería de medidas que, en gran parte, guardan notable similitud con aquellas dispuestas en 2005 y a fines de 2019.

La SCBA, con contundencia, declara que la situación de las personas privadas de libertad en la provincia de Buenos Aires se cumple con apartamiento de lo que manda la CN y exhorta a los poderes políticos locales para que, en el ámbito de sus incumbencias, con gradual y progresiva planificación, remedien un estado de cosas que se ha prolongado por décadas y genera responsabilidad internacional a la República Argentina.

Involucra, asimismo, a los poderes políticos nacionales en cuanto se dan circunstancias derivadas de su propia actuación que han tenido directa incidencia en el agravamiento de la situación. Así, la desfederalización parcial del régimen de estupefacientes sin la correlativa asignación/derivación de recursos legalmente impuesta al PEN, derivó en el encarcelamiento de miles de infractores a la ley 23.737 en dependencias del sobrepoblado SPP; o la adopción por el PL nacional de variadas restricciones en la fase de ejecución de la pena favoreciendo la prolongación del encierro riguroso y reduciendo la fase de devolución al medio social en forma controlada, ha provocado una menor dis-

ponibilidad del limitado recurso de alojamiento en las unidades penitenciarias.

El máximo tribunal provincial insiste en un contexto de sobrepoblación y hacinamiento (que sobrepasa en un 110% la capacidad de alojamiento ideal prevista), en la necesidad de reducir y racionalizar el uso de la prisión preventiva, reemplazarla por morigeraciones o modalidades de cautela menos lesivas como la prisión domiciliaria o el monitoreo electrónico, implementar alternativas a la pena, privilegiar en la agenda de juicios los casos con detenidos de más larga datación, etc. Es claro, porque no resulta nuevo y la experiencia vivida lo patentiza, que el impacto directo de esta actividad reclamada para la judicatura penal provincial tiene un efecto positivo pero limitado por variados factores, entre los que no es uno menor la vocación por medrar mediática y políticamente cuando quien ha sido morigerado incurre en la comisión de nuevo delito (con preocupante frecuencia los recursos de revisión judicial se reemplazan por procesos de enjuiciamiento para apartar de su cargo a los magistrados).

Se necesita el compromiso sincero, sin ambigüedades, de quienes llevan adelante la política criminal y de quienes brindan herramientas normativas para concretarla desentendiéndose de las consecuencias prácticas y las posibilidades o no de implementación. Un compromiso que debe exteriorizarse, como política de estado y sin distinción de banderías, en una programación progresiva y realista en dirección al cese de una situación que es, sencillamente, al decir de la Corte, "inconstitucional". Y esto debiera hacerse saber al conjunto de la sociedad, con objetividad y sin sensacionalismo, abandonando el amarillismo por lograr un punto más de rating e informando sin recortes ni deformaciones cómo se agravó la situación y por qué es necesario revertirla.

# CRIMINOLOGÍA

---



**DOCTRINA**



# El concepto de alienación mental no ha caducado en la legislación penal argentina (\*)

Ezequiel N. Mercurio (\*\*)

**Sumario:** I. El surgimiento del alienismo y su influencia en el ámbito médico legal.— II. Una definición de enfermedad para el campo jurídico.— III. La tecnificación del alienismo: la normalidad psicojurídica.— IV. Conclusiones.

*“Esa trama de tiempos que se aproximan, se bifurcan, se cortan o que secularmente se ignoran, abarcan todas las posibilidades”*

Jorge Luis BORGES, “El Jardín de los senderos que se bifurcan”

La psiquiatría forense es la rama de la psiquiatría en la que “se aplica la experiencia científica y clínica en contextos legales que involucran

---

(\*) El título hace un juego de palabras con referencia al trabajo “El concepto de alienación mental ha caducado en la legislación penal argentina” publicado por Vicente P. Cabello en 1966 en La Ley en el nro. 123. En dicho trabajo se realiza una aguda crítica al “alienismo”. A pesar de los denodados esfuerzos realizados por maestros de la psicopatología forense como Cabello, Castex y Achaval y por juristas destacados como Frías Caballero, Spolansky, Donna, Zaffaroni, el alienismo permanece vigente en la práctica de la psicopatología forense local. A más de 50 años de la declamación realizada por Cabello, hoy con profundo pesar solo podemos señalarle al maestro que el concepto de alienación mental no ha caducado en la legislación penal argentina.

(\*\*) Se recibió de médico en la Universidad de Buenos Aires. Se especializó en psiquiatría y medicina legal. Es magíster en criminología y ciencias forenses. Es docente de grado y postgrado en diferentes universidades nacionales e internacionales. Es autor de libros y artículos en el ámbito de la psicopatología forense y el neuroderecho. Su último libro en coautoría es Psicopatología Forense y justicia restaurativa: perspectivas desde el neuroderecho (2019) publicado por el Instituto Nacional de Ciencias Penales de México. Es secretario de investigaciones del Centro Interdisciplinario de Investigaciones Forenses de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires y secretario de la Academia de Ciencias Forenses de la República Argentina. Actualmente se desempeña como Jefe del Departamento de Psiquiatría del Cuerpo de Peritos de la Defensoría General de la Nación

temáticas penales, civiles, correccionales, regulatorias y legislativas” (1). Las evaluaciones psiquiátricas forenses son utilizadas por la justicia penal para analizar la inimputabilidad, la capacidad para estar en juicio, el riesgo de violencia futura, entre otras áreas. En el ámbito civil los peritajes son requeridos para los juicios sobre la determinación de la capacidad jurídica, la capacidad para realizar un testamento u otro acto jurídico, en juicios por responsabilidad profesional y el daño psíquico por ejemplo.

El campo de la psicopatología clínica es amplio y engloba el estudio, evaluación y tratamiento de diversas patologías y condiciones, tales como personas con esquizofrenia, con trastornos delirantes, con trastornos afectivos, con trastornos cognitivos, pero también personas con trastornos de la personalidad, con trastornos de ansiedad, con trastornos del neurodesarrollo y personas con consumo problemático de sustancias. Sin embargo, en el ámbito del derecho penal la psiquiatría forense ha quedado anclada en el estudio y análisis de las cues-

---

(1) American Academy of Psychiatry and the Law, Ethics Guidelines for the Practice of Forensic Psychiatry Adopted May, 2005, disponible <https://www.aapl.org/ethics.htm#:~:text=Psychiatrists%20in%20a%20forensic%20role,%2C%20justice%2C%20and%20social%20responsibility>.

ciones legales relacionadas con un solo tipo de padecimiento mental, la alienación mental (2) —terminología ampliamente desarrollada durante el siglo XIX—.

En nuestro medio la escuela psiquiátrica forense liderada por el Prof. Dr. Nerio Rojas en la década de 1920 no ha perdido vigencia en la práctica pericial a pesar que han transcurrido cien años desde sus desarrollos teóricos y de la sanción del Cód. Penal.

Tal como argumentaré el “alienismo” mantiene una fuerte influencia en la psicopatología forense. En las últimas décadas ha recurrido a la creación de categorías artificiales como “la normalidad psicojurídica o médico legal” tal como se analizará.

### I. El surgimiento del alienismo y su influencia en el ámbito médico legal

Con la caída de la Antiguo Régimen importantes modificaciones se realizaron en la vida social: se eliminaron las *lettres de cachet*, se crearon los tribunales de familia y se produjo el nacimiento de los Códigos Civil y Penal Napoleónicos. En este contexto la justicia incorporó a un nuevo actor, los médicos alienistas. Los locos asimilados a los niños, pasaron a formar parte de una nueva categoría social: la *minoría de edad social*, motivo por el cual requerirán tutela legal (CASTEL, 2009). En ese marco la figura del médico fue central. Como señala CASTEL (2009) el psiquiatra y el juez arbitran decisiones que antes eran patrimonio de las familias (p. 32). En el ámbito civil a través de la interdicción y en el campo penal, a través de la inimputabilidad.

La influencia de los médicos alienistas en el campo del derecho y médico legal fue determinante (ESQUIROL, 2015) (3). El siglo XIX y la primera mitad del siglo XX fueron intensos para la psicopatología moderna. Los conceptos, ideas, dispositivos, legislaciones y taxonomías estuvieron en constante transformación. La mo-

nomanía, la locura circular que luego dará lugar a la psicosis maniaco-depresiva, la demencia precoz que se transformará en la esquizofrenia, el estudio de los delirios, la creación de las casas para el tratamiento de los alienados son algunos ejemplos.

El art. 64 del Cód. Penal Napoleónico (1810), bajo la influencia de la ideas alienistas de la época, señalaba que “no hay crimen ni delito cuando el procesado se encontrara en estado de demencia en el momento de la acción o cuando se viere obligado por una fuerza de la que no pudo resistirse”. Este tipo fórmula de inimputabilidad denominada fórmula psiquiátrica o biológica, requería de la única participación de un psiquiatra que determinara si el sujeto era o no alienado. Si era demente o enajenado entonces no había delito. Esta fórmula tuvo una gran acogida en los diferentes Cód. Penales latinoamericanos del siglo XIX. Por ejemplo, el Cód. Penal argentino de 1886 hacía referencia a la imbecilidad, locura, el sonambulismo, la menoría de edad, fuerza irresistible, y la ebriedad como eximentes de pena.

Durante el comienzo del siglo XIX la figura de Philippe Pinel, fue clave. El alienista francés entendía que el concepto de locura era ubicuo e impreciso, motivo por el cual restringió el concepto y delimitó el género de “alienación mental” para referirse a cuatro especies: la manía, el delirio melancólico, la demencia y la idiocia (PINEL, 2012, pp. 439 y ss. (4); FALRET, 2015, p. 67) (5).

Las influencias de Pinel y del alienismo francés fueron intensas para la psicopatología forense argentina. Nerio Rojas fue sin dudas su principal exponente (6). Rojas criticó fuertemente la redacción del art. 34 inc. 1° del Cód. Penal, el que consideraba “...malo en su terminología y en sus

(4) PINEL, P., “El nacimiento de la psiquiatría”, Haslam / Reil/ Esquirol / Pinel, Polemos, Buenos Aires, 2012.

(5) FALRET, J. P., “Las enfermedades mentales y los asilos para alienados: lecciones clínicas y consideraciones generales”, Polemos, Buenos Aires, 2015.

(6) ROJAS, N., “La psiquiatría en la legislación civil. Comentarios sobre el Código Civil y el proyecto de reforma”, Abeledo, Buenos Aires, 1938, pp. 16 y 26.

(2) ROJAS, N., “Medicina Legal”, El Ateneo, Buenos Aires, 1956, p. 375.

(3) ESQUIROL, J. E., “Las enfermedades mentales. Consideradas en sus aspectos médicos, higiénicos y médico legales”, Polemos, Buenos Aires, 2015, t. II.

límites imprecisos, lo que comporta(ba) dificultades en su aplicación” (7).

En este sentido, el autor argentino propuso en 1926 una reforma de dicho artículo, reemplazando la fórmula mixta, pluridimensional o bio-psico-social de la redacción actual, por una fórmula estrictamente psiquiátrica, donde inimputabilidad y alienación mental eran sinónimos, eliminado así el componente psicológico de la fórmula (8). En definitiva la propuesta de Rojas era imitar la fórmula del art. 64 del Cód. Penal Francés de 1810, motivo por el cual no era de extrañar la influencia del pensamiento de Pinel.

En este contexto, Rojas interpretó que la *alteración morbosa y la insuficiencia de las facultades* a las que hace referencia el art. 34 inc. 1º hacen referencia a los cuadros de alienación mental; adquirida en el primer caso y congénita en el segundo (9). Así, la alienación mental, es utilizada como sinónimo de enajenación mental y psicosis, dentro de los cuales engloban los casos de delirio, esquizofrenia, psicosis maníaco depresiva, enfermedad de Alzheimer, entre otras. Mientras que insuficiencia de las facultades es interpretada como la alienación por detención del desarrollo (10), dentro de los que incluye los cuadros que él denomina imbecilidad e idiotismo (11). Surge así con Rojas la escuela “alienista” de la inimputabilidad, cuya influencia llega hasta nuestros días.

Para la escuela “alienista”, alienación mental e inimputabilidad son sinónimos, conceptos intercambiables entre sí. En este sentido, alteración morbosa de las facultades es alienación mental, y por lo tanto quien se encuentra alienado no es punible. Así, el único padecimiento que encuentra recepción en el campo forense penal, es la alienación. En este orden de ideas, el amplio campo de la psicopatología parece re-

ducirse únicamente al mundo a la alienación, enajenación o psicosis.

En 1966 Vicente P. Cabello publica su artículo: “El concepto de alienación mental ha caducado en la legislación penal argentina”. Allí realiza una aguda crítica a la denominada escuela “alienista” en el campo penal. Cabello señala que la escuela alienista restringe y recorta de manera arbitraria el concepto de alteración morbosa al limitarlo solo a la alienación mental. Al reducir la inimputabilidad únicamente a la alienación mental, congénita o adquirida: quien no este alienado será plenamente imputable sin más, y quien sí lo este será no punible. En este sentido Rojas es preciso cuando señala que “...el tercer elemento es la consecuencia de orden psicológico y moral de aquel trastorno mental: no haber podido comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones. En la práctica ese elemento es desechado, por lo general. Tomado en su letra implicaría, por otra parte condenar a algunos alienados lucidos que delinquen a veces con plena conciencia del crimen lo que sería inaceptable...” (12).

En otras palabras, para la “escuela alienista” liderada por Rojas, todo aquello que se considere alteración morbosa o insuficiencia llevará *per se* a la inimputabilidad. Como se ha señalado este autor propuso en 1926 prescindir del apartado psicológico y transformar la inimputabilidad en una fórmula psiquiátrica o biológica, desechando la denominación alteración morbosa e insuficiencia por considerarlos malos e imprecisos y reemplazarlos por de alienación mental (13). Así, Nerio Rojas propuso reducir la inimputabilidad a la constatación y valoración de un hecho médico. Si el perito constata la alienación el juez da la absolución por inimputabilidad.

De manera similar Nerio Rojas propuso un criterio biológico en el ámbito de la capacidad jurídica propulsando la incorporación de la alienación mental al Cód. Civil de la Nación: “...debe incorporarse una categoría para los alienados, que no se presente a discusión, a la que corresponde interdicción por “alienación mental”, expresión que debe incorporarse a la ley...el cri-

(7) ROJAS, N., "Medicina Legal", El Ateneo, Buenos Aires, 1956, p. 389.

(8) Ibidem.

(9) Ibidem, pp. 386-7.

(10) Ibidem, p. 387.

(11) Cabe señalar que se trata de la denominación propia de la época y del momento histórico.

(12) ROJAS, N., ob. cit., p. 388.

(13) Ibidem, p. 389.

terio biológico, puro, objetivo, es inobjetable y certero y no se presta a confusión cuando se trata de alienados...cuando se trata de alienados no habría que ver si se puede o no, habrá que declarar la interdicción siempre que se pruebe la alienación mental” (14).

La “escuela alienista” caló hondo en la psicopatología forense argentina. Diversos autores continuaron y continúan hasta la actualidad con dicha perspectiva. En esta línea Ciafardo señala: “...el defecto más importante consiste en que no se ha fijado la magnitud que deben comportar las perturbaciones por “insuficiencia” o “alteración morbosa” a que se refiere la ley; por lo tanto, estos vocablos indefinidos incluyen hasta las más simples anormalidades, a las que ni el concepto penal ni el criterio psiquiátrico asignan el significado de causas de irresponsabilidad...que los antecedentes, el sistema, y el espíritu de la ley demuestran que mediante esos términos imprecisos se ha querido aludir al estado patológico definido de alienación mental; es cierto, también que la doctrina y la jurisprudencia han acordado al texto legal ese alcance restringido, con arreglo al cual solo procede la absolucón de los sujetos que han cometido el delito en estado o convivo de perturbación psíquica que comporte alienación” (15).

También Bonnet defiende la tesis *alienista* señalando que “en estos últimos años médicos, abogados, han intentado reaccionar contra los límites definidos de ella —alteración morbosa de las facultades— considerando que también se puede cobijar otros cuadros que catalogan como “enfermedades mentales”, tales como la “locura moral”, “las personalidades psicopáticas”, “los estados psicopáticos postencefalíticos”, las neurosis, etc. ...alteraciones morbosas de las facultades implica solamente alineación mental adquirida en cualquiera de sus variedades” (16).

(14) ROJAS, N., “La psiquiatría en la legislación civil. Comentarios sobre el Código Civil y el proyecto de reforma”, Abeledo, Buenos Aires, 1938, pp. 94-95.

(15) CIAFARDO, R., “Criminología”, Biblioteca Policial, Buenos Aires, 1961, p. 183.

(16) BONNET, E. F., “Psicopatología y Psiquiatría Forenses”, López Editores, Buenos Aires, 1983, t. I, p. 147.

Sus efectos aún se mantienen y perduran tanto en la cátedra como en el foro de diversas maneras; dictámenes periciales a lo largo y ancho del país que mantienen en sus desarrollos perspectivas “alienistas” (17) (18) utilizando denominaciones como “alienación mental” (19) (20) (21), “enajenación mental”, u otros como “normalidad psicojurídica” o “normalidad desde una perspectiva médico legal” (22).

## II. Una definición de enfermedad para el campo jurídico

El discurso jurídico y psiquiátrico históricamente se han encontrado en el campo del derecho civil, en los juicios de interdicción y en campo del derecho penal, en el análisis de la imputabilidad. Este encuentro no ha estado exento de fricciones, tensiones y malos entendidos.

La incorporación de terminología de orden médico en las legislaciones y normativas, tanto civiles como penales, es uno de los orígenes de estos desencuentros.

En esta breve genealogía sobre la convergencia del discurso jurídico con el psiquiátrico, la

(17) “...de tal manera que permit(e) incluirlo en el art. 34 inc. 11 del CP” extracto de un peritaje realizado en el 2019.

(18) “Es penalmente responsable. No debe ser incluido en los eximentes del art. 34 inc. 1 del CP” extracto de una pericia realizada en el 2016.

(19) “No se observan indicadores de patología psíquica en el orden de la alineación mental” extracto de un peritaje realizado en el 2016.

(20) “Presenta signos de enfermedad mental alienante” extracto de un peritaje realizado en el 2019.

(21) “...en el momento del examen no presenta síntomas ni signos de alteraciones psicopatológicas de tipo psicótico. No es alienado mental” extracto de un peritaje realizado en el 2021.

(22) “...que el estado de las facultades mentales, que se consideran que se encuentran “dentro de los parámetros considerados desde la perspectiva médico legal”, no significa ni quiere decir que la persona puede padecer signosintomatología correspondiente a alguna alteración mental, por ejemplo de estrés postraumático...sino solamente que se trata de una persona que no prénsela alteraciones de tipo psicótico que determinen una pérdida del juicio de realidad...” extracto de un peritaje realizado en el 2020.

palabra “demencia” es sin dudas la puerta de entrada. La encontramos en el Cód. Penal francés Napoleónico en el apartado sobre inimputabilidad y en el Cód. Civil argentino —inspirado en su análogo francés—.

Previo a la reforma de 1968 el Código Civil establecía la declaración de incapacidad por demencia para aquellas personas que se hallaran en estado habitual de manía, demencia o imbecilidad. Como puede observarse se trata de una perspectiva psiquiátrica, la constatación de algunos de los cuadros enunciados era suficiente para determinar la incapacidad civil.

El origen de la palabra “demencia” utilizada en el Cód. Civil proviene del derecho romano que utilizaba dos expresiones, los *furiossus et demens*, que fueron interpretadas como sinónimos de la alienación mental (23). Existe cierta controversia sobre la fuente inspiración de Vélez Sársfield para utilizar ciertas categorías provenientes del campo psiquiátrico como manía, demencia e imbecilia. Si bien algunos autores señalan que lo hizo influido por la nosología propuesta por Pinel, a partir de lo señalado en el Esboço de Freitas (24), Rojas disiente con esto y explica que “demente, fureur, imbécillité” eran previos al Cód. Civil de Napoleón, y que figuraba como causa de interdicción en la Constitución de la revolución. Es decir que el origen de dichos términos era legal (25).

Diversos autores entre ellos Nerio Rojas fueron críticos de la utilización de la palabra “demencia” y “demente”, ya que los consideraba términos malos (26). Rojas señaló: “(d)emencia en lenguaje jurídico es alienación mental; en el lenguaje psiquiátrico significa la decadencia, la debilitación de las funciones

intelectual, es decir una forma de alienación mental” (27).

En una nota de Vélez Sarsfield sobre el art. 3615 del Cód. Civil, la capacidad para testar, donde se utiliza la palabra “demente” se explicaba que la palabra “demente” se utilizó como expresión genérica que incluía a todas las formas de locura (28). Allí demencia era utilizada como sinónimo de alienación mental (29) (30) (31). En este sentido la aceptación de la palabra “demencia” como sinónimo de alienación mental fue pacífico en el ámbito médico legal (32) (33).

Con la reforma del Cód. Civil de 1968, se pasa de una fórmula psiquiátrica a una fórmula de mixta. Se eliminaron las denominaciones específicas a cuadros psicopatológicos y se utilizó una denominación general: “enfermedades mentales”, además de incorporar la necesidad que dichos padecimientos conlleven una falta de aptitud para la administración de los bienes y la dirección personal (art. 141 del Cód. Civil). Tal como lo señalan Cifuentes, Rivas Molina, y Tiscornia si bien la imprecisión de la terminología utilizada en el Cód. de Vélez Sarsfield, podría haber dado paso a la instauración del término alienación mental, como fuera propuesto por Rojas, la tesis alienista también representaba una visión restrictiva, abordando solo el aspecto intelectual (34). Por lo tanto, el término “enfermedades mentales” que estuvo vigente hasta el

(27) ROJAS, N., “La psiquiatría en la legislación civil...”, ob. cit., p. 31.

(28) CIFUENTES, S., RIVAS MOLINA, A., TISCORNIA, B., ob. cit., p. 21.

(29) ROJAS, N., “La psiquiatría en la legislación civil...”, ob. cit., p. 41.

(30) ACHAVAL, A., “Psiquiatría medicolegal y forense”, Astrea, Buenos Aires, 2003, t. I, p. 350.

(31) CIFUENTES, S., RIVAS MOLINA, A., TISCORNIA, B., ob. cit., pp. 19 y 20.

(32) ROJAS, N., “La psiquiatría en la legislación civil...”, ob. cit., p. 41.

(33) ACHAVAL, A., ob. cit.

(34) CIFUENTES, S., RIVAS MOLINA, A., TISCORNIA, B., ob. cit., p. 21.

(23) CIFUENTES, S., RIVAS MOLINA, A., TISCORNIA, B., “Juicio de insania y otros proceso sobre la capacidad. Protección civil y procesal de los dementes, sordomudos, e inhabilitados”, Hammurabi, Buenos Aires, 1990, pp. 19 y 20.

(24) Ibidem, p. 19.

(25) ROJAS, N., “La psiquiatría en la legislación civil...”, ob. cit., p. 39.

(26) CIFUENTES, S., RIVAS MOLINA, A., TISCORNIA, B., ob. cit., p. 21.

2015, no remitía únicamente a un tipo de padecimiento mental, sino que era una terminología amplia (35).

Sin embargo, “demencia” y “demente” permanecieron vigentes en la legislación civil hasta el 2015. Los juicios de restricción a la capacidad jurídica continuaron haciendo mención a la declaración judicial de demencia, incapacidad por demencia. Así, dichos términos utilizados con diferentes significados en el campo médico y en el jurídico, se transformaron en equívocos. Por tal motivo fue necesario resaltar que la palabra “demencia” utilizada en el Cód. Civil, era utilizada en un sentido diferente al psicopatológico (36) (37). Era un sentido jurídico para hacer referencia a los juicios de restricción de la capacidad jurídica, juicios de interdicción, curatela o insania. Fue allí donde la palabra “demencia” cobro un sentido jurídico, que no estuvo exento de diversas críticas (38) (39).

No fue solo en el derecho civil donde se presentaron equívocos. En el ámbito del derecho penal sucedió algo similar, ya que el art. 64 del Cód. Penal francés de Napoleón, utilizaba la palabra “demencia”.

En el derecho penal anglosajón también se presentaron nuevas definiciones de términos que hacen referencia a la psicopatología pero que son aplicados en el campo derecho. Tal ha sido el caso del concepto “disease of mind” —enfermedad de la mente— que se encuentra incluido en las reglas de M’Naghten de 1843 utilizadas para analizar la inimputabilidad por motivos de salud mental.

(35) ACHAVAL, A., ob. cit.

(36) Ibidem, p. 352

(37) ROJAS, N., “La psiquiatría en la legislación civil...”, ob. cit., p. 37.

(38) CIFUENTES, S., RIVAS MOLINA, A., TISCORNIA, B., ob. cit., p. 23.

(39) ROJAS, N., “La psiquiatría en la legislación civil...”, ob. cit., p. 37.

Países como Canadá (40), Nueva Zelanda (41) y Australia (42) utilizan fórmulas de inimputabilidad con redacciones diferentes, pero con espíritu similar en su interpretación. El término “disease of mind” es un término legal no médico (43) pero que hace referencia a una condición psíquica. Si bien no hay un definición médica sobre dicho término, se ha interpretado que eran las enfermedades englobadas dentro de las psicosis (alienación mental) (44) (45). A pesar de ello se ha reportado que en Canadá, Estados Unidos, Israel, e Irlanda una amplia gama de padecimientos mentales, que incluían trastornos de la personalidad o trastornos afectivos, llevaron a declaraciones de inimputabilidad (46).

Como se ha señalado, no hay un consenso generalizado en el campo de la psicopatología sobre qué es “disease of mind”. Otro término que también resulta equívoco es el de “mental disorder” (trastorno mental) que ha sido utilizado como un término genérico para referirse a los padecimientos mentales (47). Sin embargo la categoría legal “mental disorder” ha sido separado de la categoría clínica “mental disorder”.

En este sentido la Asociación Americana de Psiquiatras en su 5ª edición del Manual de Diagnóstico y Estadística de los Trastorno Mentales señala que “...el diagnóstico clínico de un trastorno mental del DSM 5, ..., no implica que el individuo con dicha afección cumpla los cri-

(40) Canadá utiliza “mental disorder” Criminal Code Nro. 672.34.

(41) Nueva Zelanda utiliza “natural imbecility or disease of the mind” Crimes Act 1961, 23.2.

(42) Diversas provincias de Australia utilizan “mental disorder” como sinónimo de disease of the mind.

(43) MCSHERRY, B., “Defining what is a “disease of the mind”: The untenability of current legal interpretations”, Journal of Law and Medicine, 1, 1993, p. 79.

(44) Ibidem, p. 76.

(45) SLOVENKO, R., “The mental disability requirement in the insanity defense”. Behavioral Sciences & the Law, 17, 1999, 165-180.

(46) LYMBURNER, J. A. & ROESCH, R., “The insanity defense: Five years of research (1993-1997)”, International Journal of Law and Psychiatry, 22(3-4), 1999, 213-240.

(47) MCSHERRY, B., ob. cit., p. 80.

terios legales respecto a la existencia de un trastorno mental, ni los de una norma legal concreta (por ejemplo, competencia, responsabilidad criminal o discapacidad) (48). Puede colegirse entonces que existiría una definición legal de trastorno mental y otra definición de uso clínico.

Los sistemas jurídicos anglosajones de larga tradición de juicios por jurados presentan importantes retos al momento de explicar a los miembros del jurado la inimputabilidad —insanity defense—. El primer desafío es definir a los jurados los conceptos de “disease of mind” (enfermedad de la mente/razón), “mental disorder” (trastorno mental), “mental disease or defect” (enfermedad o defecto mental), “mental illness” (enfermedad mental) que son utilizados en las reglas de M’Naghten de 1843 y en el Model Penal Code de 1962 §4.01. Para ello han existido dos posturas.

La primera de ellas señala que dichos conceptos deben ser definidos por los expertos en salud mental, ya que se trata de una cuestión que proviene del campo de la psicopatología, y que no responde a una definición legal. En ese sentido se ha indicado que definir “enfermedad mental” desde un punto de vista jurídico es como querer definir una fractura ósea o un cuadro de tuberculosis a partir de una definición legal (49). Por tal motivo se le ha informado al jurado que no existe una definición legal de “enfermedad mental” y que esta no debe interpretarse de manera exclusiva como sinónimo de un solo tipo particular de padecimiento mental. El jurado deberá analizar y valorar en cada caso los hechos y las pruebas que le permitan determinar si la persona tuvo alguna afectación psíquica que le impidió apreciar la criminalidad de su acto. Así, se indicó que la determinación sobre si la persona presentó un padecimiento mental y la definición sobre qué es un padecimiento mental, es resorte de los peritos (50).

En un sentido similar fue criticado el segundo párrafo del art. §4.01. Model Penal Code de 1962 donde señala que “enfermedad o defec-

to mental” tal como son utilizados en el párr. 1, no incluyen una anormalidad manifestada únicamente por una conducta delictiva o antisocial reiterada. Se ha indicado que el concepto de enfermedad mental es patrimonio de la medicina, que sigue criterios clínicos y científicos y no legales; de la misma manera que no es la medicina quien debe determinar si alguien es inimputable (51). El segundo párrafo del art. §4.01. Model Penal Code está orientado a excluir de posibles defensas de inimputabilidad a personas con psicopatía o con trastorno antisocial. Sin embargo, tal como lo señala Diamond esto podría haberse realizado sin inmiscuirse en el territorio de la psicopatología, sin necesariamente excluir a priori a ciertos cuadros de la definición legal de “enfermedad o defecto mental”.

En esa línea Diamond es categórico al señalar que la falta de demarcación clara y precisa entre las incumbencias de la psiquiatría y el derecho, es la responsable de la confusión y falta de comprensión entre ambas; “(e)l derecho ha usurpado funciones médicas y la psiquiatría tiende a usurpar funciones jurídicas, en perjuicio y recriminaciones mutuas de ambas disciplinas (52). No obstante no todos han adherido a excluir a priori a la psicopatía del segundo párrafo del art. §4.01 Model Penal Code (53).

En 1962, en *McDonald v. United States* (54), la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia tuvo otra postura diferente a la señalada previamente y brindó una definición sobre cómo debía interpretarse “enfermedades o defecto mental” (“mental disease or defect”). Explicitó que las definiciones realizadas dentro del campo de la salud mental estaban orientadas hacia brindar tratamiento y no necesariamente eran equiparables a la definición que necesita el jurado para determinar la responsabilidad criminal. No obstante la definición que utilizó incorporó

(51) DIAMOND, B. L., “Reasonable medical certainty, diagnostic thresholds, and definitions of mental illness in the legal context”, *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law Online*, 13, 1985, 121-128.

(52) *Ibidem*, p. 127.

(53) *United States v. Currens*, 290 F.2d 751, 774 n.32 (3rd Cir. 1961) citado por SLOVENKO, R., *ob. cit.*, p. 167.

(54) *McDonald v. United States*, 312 F.2d 847 (D.C. Cir. 1962).

(48) *Ibidem*, p. 25.

(49) SLOVENKO, R., *ob. cit.*, p. 167.

(50) *Ibidem*, p. 168.

la noción de “condición anormal de la mente” (abnormal condition of the mind) lo que requiere, en la práctica, de un experto para definir qué cuadros podrían ser incluidos en esta definición (55).

Tener una definición legal de “enfermedad mental” limita la discrecionalidad que podrían tener los peritos y les quita a los jurados la necesidad de tener que resolver dicha cuestión. Sin embargo, tal como lo señala Slovenko la definición utilizada en Mc Donald restringía el campo de los padecimientos mentales y excluía a los trastornos de la personalidad, los trastornos de ansiedad, el juego patológico, entre otros cuadros (56).

Algunos Estados de Estados Unidos, tomaron lo propuesto en Mc Donald y otros utilizaron la definición de enfermedad mental que es utilizada para las internaciones involuntarias en el campo civil. Otros señalaron específicamente que la definición de enfermedad mental en el campo penal no se limita únicamente a las psicosis (57).

Luego del juicio a John Hinckley en 1982 por intento de asesinato al presidente de los Estados Unidos, Ronald Reagan, el debate por inimputabilidad en ese país fue particularmente intenso. En ese contexto, la Asociación Americana de Psiquiatría (APA) propuso que el concepto de “enfermedad mental” en el ámbito jurídico debía estar restringido a aquellos padecimientos severos, como las psicosis. Además, realizaron consideraciones sobre la sociopatía, el nivel de control de los impulsos y las interpretaciones legales sobre esto cuadros (58). Como consecuencia del caso Hinckley se propuso en el United States Code, una legislación a nivel Federal, que la inimputabilidad sea una defensa afirmativa y se agregó que la “enfermedad o defecto mental” debía ser severa, tal como había sido recomendado por la APA. Por otra parte se resaltó

(55) SLOVENKO, R., ob. cit., p. 169.

(56) Ibidem, p. 170.

(57) Ibidem, p. 171.

(58) American Psychiatric Association, "American Psychiatric Association statement on the insanity defense", Am. J. Psychiatry, 140, 1983, 681-688.

que “enfermedad o defecto mental” no constituía en sí una defensa (59).

### III. La tecnificación del alienismo: la normalidad psicojurídica

Si bien resulta en extremo complejo poder determinar el origen de un término artificial que no ha sido definido con precisión, como lo es “la normalidad psicojurídica o médico legal” probablemente provenga de la influencia del alienismo, tal como lo señalara Castex (60).

Para el alienismo, enfermedad mental e inimputabilidad son sinónimos, pero no se trata de cualquier definición de enfermedad sino de los casos de enajenación, congénita o adquirida.

En este contexto que la psiquiatría forense necesitó recurrir a artificios que le permitan sostener que las únicas enfermedades a las que se refiere la alteración morbosa y la insuficiencia de las facultades mentales del art. 34 inc. 1° son las derivadas de la alienación. Si hay alienación mental adquirida (psicosis) hay alteración morbosa y por ende inimputabilidad. Si alienación mental congénita (discapacidad intelectual moderada o grave) hay insuficiencia.

A pesar de que han pasado un siglo desde la sanción del Cód. Penal, las afirmaciones realizadas por Nerio Rojas en la década de 1920 todavía resuenan como plenamente vigentes. “La “insuficiencia de las facultades” quiere decir insuficiencia mental congénita...alienación mental por detención del desarrollo cerebral. Son la imbecilidad y el idiotismo...Si la debilidad mental es grado leve...no está comprendida en la

(59) 18 U.S. Code § 17 - Insanity defense.

(60) "Si a diario se producen absurdos en el campo del derecho positivo, estructurado como está en la fictio iuris, en el campo del derecho penal, suelen producirse au mas que en el civil, siendo uno de moda, la referencia que peritos psicopsiquiatras y no pocos miembros del foro, hacen del imaginario concepto denominado la normalidad psicojurídica...que este autor sepa, con su medio siglo de matrícula médica, nadie ha definido jamás qué cosa es la normalidad psicojurídica. E cambio sí se sabe que es una forma solapada de defender la postura alienista en el campo de la psiquiatría forense, en donde para quienes mantiene esta postura únicamente no poseen normalidad psicojurídica los dementes alienados". CASTEX, M., "Capacidad para estar en juicio", Ad Hoc, Buenos Aires, 2007, p. 48.

eximente...(ROJAS, 1956, p. 387) En esta misma línea ZAZZALI (2006) señala: "(p)ara el psiquiatra la expresión *insuficiencia de las facultades* significa alienación mental congénita...están incluidas aquí todas las enfermedades englobadas dentro de los retardos mentales moderados...graves y profundos...no incluye el retardo mental leve u oligofrenia leve...en este caso el leve déficit intelectual, que es solo una variante en menos del nivel intelectual, no es —por sí— eximente de responsabilidad" (p. 150) En este mismo sentido BONNET (1983) afirma que "(l)a insuficiencia de las facultades *comprende exclusivamente* a la idiocia con todos sus variedades y a la imbecilidad, igualmente en todos sus formas clínica" (p. 147). Ohman y Fantini señalan: "la insuficiencia de sus facultades, según el consenso y numerosos autores, estaría refiriéndose a individuos cuyo desarrollo mental se ha detenido en una etapa de su evolución y que le impide comprender la criminalidad de las acciones o dirigir las mismas siendo estos cuadros compatibles con retraso mental habitualmente a partir de una gravedad moderada o grave...". Basile explica que "(s)e debe recordar que los fines legales, los idiotas y los imbéciles son totalmente irresponsables..." (61).

Dado que el amplio campo de los padecimientos mentales excede al campo de la psicosis y la discapacidad intelectual moderada o grave, es que surge la necesidad de crear una definición de enfermedad que puede ser aplicada en el ámbito penal y otra que pueda ser aplicada en el ámbito clínico. Sin la necesidad de que ambas definiciones sean equivalentes. Es más la definición de enfermedad para el ámbito penal ni siquiera sería la misma que la utilizada en el campo civil.

Entonces, ¿Cómo intervenir en el ámbito de la psicopatología forense penal frente a personas que no tienen una psicosis pero que presentan un trastorno por abuso de sustancias o trastornos de la personalidad? Estas últimas, categorías clínicas de las cuales se ocupa muy ampliamente la psicopatología (62). Ahí lle-

ga en auxilio la normalidad psicojurídica. Personas que presentan un padecimiento mental que no es una psicosis, serán incluidas bajo este concepto de normalidad desde una perspectiva médico legal. Algo similar sucede con la discapacidad intelectual leve, que no es considerada una insuficiencia de las facultades (63).

tancias, dentro de la vasta cantidad que se encuentran publicadas en revistas de alto impacto: Leichsenring F, Leibing E, Kruse J, New AS, Leweke F. Borderline personality disorder. *Lancet*. 2011;377(9759):74-84. doi:10.1016/S0140-673661422-5; Lieb K, Zanarini MC, Schmahl C, Linehan MM, Bohus M. Borderline personality disorder. *Lancet*. 2004;364(9432):453-461. doi:10.1016/S0140-673616770-6; Paris J. Suicidality in Borderline Personality Disorder. *Medicina (Kaunas)*. 2019;55:223. Published 2019 May 28. doi:10.3390/medicina55060223; Parker JD, Naeem A. Pharmacologic Treatment of Borderline Personality Disorder. *Am Fam Physician*. 2019;99; Temes CM, Zanarini MC. The Longitudinal Course of Borderline Personality Disorder. *Psychiatr Clin North Am*. 2018;41:685-694. doi:10.1016/j.psc.2018.07.002; Oldham JM. Inpatient Treatment for Patients With Borderline Personality Disorder. *J Psychiatr Pract*. 2019;25:177-178. doi:10.1097/PRA.000000000000389; Paris J. Recent advances in the treatment of borderline personality disorder. *Can J Psychiatry*. 2005;50:435-441. doi:10.1177/070674370505000802; Glenn AL, Johnson AK, Raine A. Antisocial personality disorder: a current review. *Curr Psychiatry Rep*. 2013;15:427. doi:10.1007/s11920-013-0427-7; Yang Y, Raine A. Prefrontal structural and functional brain imaging findings in antisocial, violent, and psychopathic individuals: a meta-analysis. *Psychiatry Res*. 2009;174:81-88. doi:10.1016/j.pscychresns.2009.03.012; Glenn AL, Raine A. The neurobiology of psychopathy. *Psychiatr Clin North Am*. 2008;31:463-vii. doi:10.1016/j.psc.2008.03.004; Gao Y, Glenn AL, Schug RA, Yang Y, Raine A. The neurobiology of psychopathy: a neurodevelopmental perspective. *Can J Psychiatry*. 2009;54:813-823. doi:10.1177/070674370905401204; Raine A. Antisocial Personality as a Neurodevelopmental Disorder. *Annu Rev Clin Psychol*. 2018;14:259-289. doi:10.1146/annurev-clinpsy-050817-08481; van den Bosch LMC, Rijckmans MJN, Decoene S, Chapman AL. Treatment of antisocial personality disorder: Development of a practice focused framework. *Int J Law Psychiatry*. 2018;58:72-78. doi:10.1016/j.ijlp.2018.03.002; Volkow ND, Boyle M. Neuroscience of Addiction: Relevance to Prevention and Treatment. *Am J Psychiatry*. 2018;175:729-740. doi:10.1176/appi.ajp.2018.17101174.

(63) "la insuficiencia de sus facultades, según el consenso y numerosos autores, estaría refiriéndose a individuos cuyo desarrollo mental se ha detenido en una etapa de su evolución y que le impide comprender la criminalidad de las acciones o dirigir las mismas siendo estos cuadros compatibles con retraso mental habitualmente a partir de una gravedad moderada o grave...". OHMAN,

(61) BASILE, A., "Fundamentos de psiquiatría médico legal", El Ateneo, Buenos Aires, 2001, p. 82.

(62) Como ejemplos se mencionan solo algunas de las publicaciones científicas sobre trastorno límite y antisocial de la personalidad y trastorno por consumo de sus-

Ohman y Fantini son claros al presentar esta postura: "la imputabilidad...presenta un modelo dicotómico o también llamado categorial de la realidad donde solo existen dos posibilidades, por un lado tenemos el sujeto normal (desde el punto de vista jurídico) e imputable y por el otro un sujeto anormal e inimputable" Bajo esta perspectiva no habría personas anormales imputables ni normales inimputables. Es decir, la mera presencia de una categoría psiquiátrica que fuera enmarcada dentro de alteración morbosa, sería suficiente para determinar la inimputabilidad. No obstante, como se ha señalado, para el alienismo, alteración morbosa no es cualquier categoría diagnóstica, es solo psicosis (64). En ese sentido, Zazzali señala que "la palabra morbosa usada en el Cód. Penal (Argentina) significa para el psiquiatra enajenación mental adquirida...en este rubro se encuentran muchas de las enfermedades psiquiátricas englobadas como psicosis (ZAZZALI, 2006, p. 150) (65). En sentido similar Basile señala: "la alteración morbosa de las facultades es el término jurídico correspondiente a ciertas afecciones que en el ámbito de la medicina y de la psiquiatría se denominan psicosis, aunque la amplitud del término adoptado por la ley no excluye otras afecciones (neurosis o psicopatías), cuando ellas no permitan "comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones" (66).

Ahí donde el legislador no ha planteado restricciones a priori, el alienismo las demarcó con éxito. No existe ningún fundamento jurídico ni psicopatológico para sostener que la alteración morbosa y la insuficiencia de las facultades deben ser interpretadas solo como determinados cuadros. Si nos atenemos a clara interpretación de nuestra fórmula mixta de inimputabili-

---

L. & FANTINI, A., "Imputabilidad disminuida", *Vertex-Revista Argentina de Psiquiatría*, 2016, 127 [27].

(64) Ohman y Fantini señalan: (p)or otro lado el término alteración morbosa si bien no es restrictivo o indicativo de ningún trastorno mental específico quedaría reservado a cuadros psicóticos donde la capacidad judicial del individuo estaría desviada o también en los casos de aquellos con el juicio debilitado a raíz de procesos demenciales". OHMAN, L. & FANTINI, A., *ob. cit.*

(65) ZAZZALI, J., "La pericia psiquiátrica", La Rocca, Buenos Aires, 2006.

(66) BASILE, A., *ob. cit.*, p. 72.

dad, tener un padecimiento mental, cualquiera sea este, o tener una discapacidad intelectual, en cualquiera de sus grados, es solo una condición necesaria pero no suficiente para determinar la inimputabilidad. Se debe demostrar que esa alteración o insuficiencia le impidió la comprensión la criminalidad o la dirección de los mismos. Por tal motivo tener una psicosis, o un trastorno de personalidad o presentar un trastorno por consumo de sustancias no es sinónimo de ser inimputable. Pero esto no significa que la persona sea normal solo porque no tiene una psicosis o porque es imputable. Es decir la evaluación psiquiátrica no es un certificado de salud mental (67). Tal como lo señalan Zaffaroni, Slokar y Alagia "si bien resulta claro que toda alteración morbosa es una enfermedad mental no toda enfermedad mental es un caso de alienación mental" (ZAFFARONI, SLOKAR, ALAGIA, 2000, p. 666) (68).

El alienismo moderno en el derecho penal es normalizador, requiere de la normalidad para afianzar la imputabilidad y para ello ha recurrido la creación de una categoría que es propia y exclusiva para ser aplicada en ese ámbito, la normalidad psicojurídica o médico legal. Es un dispositivo puesto al servicio del derecho penal en cuestiones de inimputabilidad, que le permite crear la siguiente ficción.

Martín es acusado de un delito. Tiene discapacidad intelectual y posee un certificado de discapacidad. Cuando es evaluado desde la psiquiatría forense, se considera que las facultades mentales de Martín encuadran dentro de la normalidad jurídica, ya que su cuadro es leve. El Estado argentino le reconoce a Martín su condición de persona con discapacidad, pero para la psiquiatría forense en el campo penal, Martín es normal desde lo jurídico. Esta novedosa categoría de restringida aplicación, permite que Martín ingrese al sistema penal y que su condición de persona con discapacidad intelectual desaparezca, quede invisible. Así, se ha sostenido en el Foro que tener una discapacidad intelectual

---

(67) CARRASCO GÓMEZ y MAZA, Martín, "Manual de psiquiatría legal y forense", La Ley, Madrid, 2003, 2ª ed., p. 266.

(68) ZAFFARONI R., SLOKAR A., ALAGIA A., "Derecho Penal. Parte General", Ediar, Buenos Aires, 2000.

tual leve no impiden ser normal desde lo jurídico (69).

En algún sentido, la creación del concepto de la normalidad jurídica se transforma en una caja de Schrödinger, donde se puede tener una discapacidad y ser normal al mismo tiempo, y la fuerza del espectador —el psiquiatra forense— es la que develará una u otra condición según las circunstancias.

Salvo que la psicopatología pueda ofrecer explicaciones que aborden la superposición cuántica, nos encontramos frente situaciones propias de un mundo borgeano. Hemos asistido en casos donde personas declaradas insanas en sede civil, eran consideradas dentro de la normalidad psicojurídica en el ámbito de la psicopatología penal. Se es insano y normal al mismo tiempo. Resulta en extremo difícil sostener que una persona a la cual le han restringidos su derecho al voto, a tomar sus decisiones patrimoniales, entre otros, como consecuencia de presentar un padecimiento mental o una discapacidad intelectual, sea considerada normal desde la perspectiva médico legal, solo porque su cuadro no es encuadrable dentro de una psicosis (alienación mental) o un discapacidad intelectual moderada (70).

Se ha argumentado en estos casos que se trata de sedes diferentes, la penal y la civil. Es más se ha invocado que el art. 151 del Cód. Civil explicitaba estas diferencias. No hay dudas que se tratan de análisis y valoraciones diferentes, pero se trata de una misma persona. Una persona que fue declarada insana en sede civil, su cuadro psíquico, cualquiera sea este, debería poder ser enmarcada en alguna de las causas psiquiátricas del art. 34 inc. 1. Sin que ello necesariamente conlleve a la inimputabilidad.

Así puede observarse que existirían criterios sólidos para definir qué enfermedades ingresan dentro del concepto de alteración morbosa e insuficiencia de las facultades en el ámbito del art. 34 inc. 1° del Cód. Penal, pero criterios más laxos para definir qué padecimientos ingresaban

(69) Sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 6 de la Capital Federal en CCC 23779/2016/TO1, 12 de abril de 2017.

(70) OHMAN, L. & FANTINI, A., ob. cit.

dentro del concepto de “enfermedad mental” que utilizaba el Cód. Civil en su art. 141.

Estos criterios laxos que han tenido la psiquiatría forense y el derecho para ciertos ámbitos también han servido para solventar medidas de privación de libertad y/o tratamientos, bajo la forma de internamientos involuntarios en sede civil, posteriores al vencimiento de la pena. Pueden citarse como ejemplo las legislaciones sobre agresores sexuales que tienen ciertos Estados de Estados Unidos, donde personas condenadas por delitos contra la integridad sexual que poseen un trastorno de la personalidad o funcionamiento anormal de la mente “mental abnormality or personality disorder” que hiciera más probable que cometiera actos de depredación sexual, pudieran ser internadas en contra de su voluntad posterior al vencimiento de la pena, para realizar un tratamiento (71). En otras palabras, tener un trastorno de la personalidad no forma parte del concepto de “enfermedad o defecto mental” que es utilizado en el ámbito de la inimputabilidad, pero sí es un considerado un trastorno psíquico que puede ameritar un tratamiento involuntario indefinido al finalizar la pena. Nos encontramos nuevamente con una condición psíquica que es y no es un cuadro psicopatológico al mismo tiempo (72) (73).

(71) LA FOND, J. Q., "Washington's sexually violent predator law: A deliberate misuse of the therapeutic state for social control", U. Puget Sound L. Rev., 15, 655-708, 1991; LIEB, R., "Washington's sexually violent predator law: Legislative history and comparisons with other states", Washington State Institute for Public Policy, 1996.

(72) Para mayor desarrollo sobre los peritajes psiquiátricos y psicológicos en el ámbito de ejecución de la pena ver: MERCURIO, E., LÓPEZ, F., SILVA, D. "Las dificultades en la prognosis criminal en el ámbito de ejecución de la pena". Comunicaciones Forenses 2013. Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, 2016, pp. 48-52; MERCURIO, E., "El estado peligroso del delincuente: 90 años después. Psiquiatría y prognosis criminal en el ámbito de ejecución de la pena", RDP, 2013, año II, nro. 6, Ediciones Infojus, pp. 349-372; MERCURIO E., "El retorno al estado peligroso. La psiquiatría en el engranaje del poder punitivo moderno", RDP, febrero 2012, pp. 268-283.

(73) En forma reciente un fallo de la justicia de ejecución penal bonaerense posibilitó, a pedido de la fiscalía, la continuación de la privación de la libertad posterior al vencimiento de la pena en el ámbito civil en el caso de un sujeto con trastorno antisocial de la personalidad. Los peritos determinaron que tal condición no constituye una enfermedad psiquiátrica. Cabe entonces in-

En un sentido similar lo señalan Castex (74) y también Mercurio (75) cuando abordan las contradicciones periciales de sostener que alguien que es considerado en la normalidad jurídica, pero es altamente peligrosos para sí y para terceros y requiere un tratamiento psiquiátrico y psicológico.

Si bien la reforma del Cód. Civ. y Com. trajo importantes cambios y modificaciones con relación a la restricción a la capacidad jurídica, continua primando sobre la psicopatología forense en el ámbito penal, una visión restrictiva puramente alienista. En esta línea, podemos observar que mientras el Cód. Civ. y Com. incorporó la adicción dentro de una posible causa para la restricción de la capacidad jurídica y/o para el acceso al sistema de apoyos, en el ámbito del penal, ese mismo cuadro es asimilable a la normalidad jurídica. Algo similar sucede con las personas con trastornos de la personalidad. Mientras podrían ser pasibles de un juicio de restricción en sede civil por ser presentar una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, en el campo penal, son consideradas personas que encuadran dentro de la normalidad médico legal. Resulta en extremo difícil sostener cómo una persona que ha sido internada y medicada en forma involuntaria en múltiples oportunidades por presentar un trastorno de la personalidad, sea considerada normal desde lo psicojurídico cuando ingresa al sistema penal.

---

terrogarse cómo es posible habilitar un internamiento y tratamiento involuntario para un sujeto al cual no se considerado poseedor de un padecimiento mental. 4 de septiembre de 2019. Juzgado de Ejecución Penal N° 2 de La Plata. Causa N° 10.202.

(74) CASTEX, M., "Ciencia y Derecho. Ensayo crítico forense sobre el desencuentro de dos discursos", Ad Hoc, Buenos Aires, 2008, p. 23.

(75) MERCURIO E., "Imputabilidad por razones psiquiátricas y drogas de abuso. Nuevas perspectivas", RDP, nro. 4, abril 2012, pp. 631-644; MERCURIO, E., SCHWEIZER, V., "Vientos de cambio. Comentarios en torno al Proyecto de modificación del art. 34, inc. 1° del Código Penal Argentino", RDP, 2013, año II, nro. 5, Ediciones In-fojus, pp. 259-283.

Como se ha señalado la idea que existen criterios de enfermedad/normalidad (76) que solo son aplicables al campo jurídico no son novedosas ni restringidas a nuestro medio. La Asociación Americana de Psiquiatras en la última edición de su manual de diagnóstico reafirma que presentar un diagnóstico clínico de trastorno mental no implica que se cumplan con los criterios legales de trastorno mental.

No existe ni podría existir un criterio legal de trastorno mental, ya que ello no forma parte del área de conocimiento del derecho, sino de la psicopatología. Admitir lo contrario, sería como definir qué es un infarto de miocardio desde el punto de vista legal. En el ámbito de la medicina, solo la psiquiatría le sirve al derecho estas tecnologías conceptuales. No existe un concepto médico legal de diabetes, o de pancreatitis. Las enfermedades, padecimientos, condiciones son entidades clínicas que pueden tener o no consecuencias jurídicas.

En este mismo sentido Frías Caballero señala: "(u)n concepto puramente jurídico de enfermedad mental, destinado a servir los fines del derecho penal, diferente del de la psiquiatría, resultará siempre en mayor o menor medida, un artificio y una falsificación...hablar de enfermedades, de alienación, o de demencia "en sentido jurídico" (como se estila con malhadada frecuencia entre penalistas y psiquiatras) puede no ser demasiado diferente a la pretensión absurda de una peritonitis, una fractura de hueso o un cáncer...en sentido jurídico..." (77).

Tener una definición legal de trastorno mental o de normalidad propia y exclusiva no solo es artificial sino inútil. No son los padecimientos mentales los que llevan sin más a la inim-

---

(76) "Desde el punto de vista jurídico, el concepto de enfermedad mental no se superpone con el médico. Quedan abarcados los casos de psicosis en sentido clínico...". ROFRANO, G. y PINTO, R., "Análisis del art. 34 indico I del Código Penal", en COVELLI, J., ROFRANO, G., MONCHANBLON ESPINOSA, A., PINTO, R. Imputabilidad y Capacidad de Culpabilidad. Perspectivas médicas y jurídico-penales, Dosophy, Buenos Aires, 2009, p. 544.

(77) FRÍAS CABALLERO, J., "Imputabilidad Penal. Capacidad personal de reprochabilidad ético-social", Ediar, Buenos Aires, 1981, p. 269.

putabilidad o una restricción a la capacidad jurídica, sino las consecuencias que estos pudieran acarrear para el campo del derecho, ya sea en el ámbito penal o civil. En ese sentido, aun tenido una definición legal de trastorno mental, esta no debería *per se* llevar a una consecuencia determinada. Tener una discapacidad intelectual o psicosocial es condición necesaria pero no suficiente para una declaración de inimputabilidad o para una restricción a la capacidad jurídica. Aquellas personas que, con un trastorno psíquico o intelectual, hayan podido comprender la criminalidad del acto o hayan podido dirigir su conducta, serán imputables. En igual sentido, el Estado no tiene interés en restringir la capacidad o implementar un sistema de apoyos a aquellas personas que tienen una discapacidad intelectual o psicosocial pero que el ejercicio de su plena capacidad no resulta en un daño a su persona o a sus bienes. No obstante como se ha señalado esto no significa que la persona no tenga un trastorno psíquico o intelectual, sino que dicho trastorno no necesariamente conlleva una consecuencia jurídica determinada.

Como corolario de la larga vida del alienismo podemos observar las recientes instrucciones al jurado brindadas en un caso de amplia repercusión mediática donde se debatía la inimputabilidad del acusado (78). En dicho caso la Jueza del caso definió enfermedad mental de la siguiente manera: “quedan incluidas aquí las *enfermedades mentales psicóticas*, los trastornos mentales graves permanentes o

transitorios *equiparables en sus efectos a las enfermedades de psicosis*, en cuanto caracterizadas por la pérdida de contacto con la realidad. 2) Esa enfermedad debe impedir que, efectivamente, G P comprenda la criminalidad del acto o pueda dirigir sus acciones. La “imposibilidad de comprender la criminalidad de los actos” es la falta de aptitud para *entender* que los actos que se realizan son ilícitos, contrarios a la ley. Es la falta de juicio crítico para *diferenciar entre el bien y el mal*” (el subrayado me corresponde). (79)

#### IV. Conclusiones

A un siglo de la sanción del Cód. Penal el alienismo en la psiquiatría forense argentina mantiene aún plena vigencia. Muy a pesar de lo señalado hace más de cincuenta años por Vicente P. Cabello el concepto de alienación mental no ha caducado en la legislación penal argentina. En el mejor de los casos se ha tecnificado, creando nuevas tecnologías discursivas como la “normalidad psicojurídica” o la “normalidad médico legal”, en los otros, solo es la repetición de anquilosadas concepciones en noveles peritos. Nuevos retos y desafíos le deparan a la psicopatología forense local, el crecimiento de los juicios por jurados, la consolidación de los sistemas procesales adversariales, la influencia de las neuroimágenes, la necesidad de incorporar prácticas basadas en evidencias y nuevos paradigmas, la interseccionalidad y el modelo social de la discapacidad.

(78) Instrucciones al jurado en el Caso Gil Pereg sobre homicidio de la Provincia de Mendoza, publicadas el 8 de noviembre de 2021 disponible en <https://drive.google.com/file/d/1USWLjyxJ6O8KxZ6Fd7DRhHXa6Os4YMPz/view>.

(79) Para un lectura crítica sobre el concepto de comprensión de la criminalidad del acto ver: SPOLANSKY, N., "Imputabilidad y comprensión de la criminalidad", RDP, 1968; MERCURIO E., "Sobre l'ilussion des sosie y la comprensión de la criminalidad del acto", RDP, nro. 4, abril 2012, pp. 644-649.

# La discrecionalidad policial en España

María Pilar Marco Francia (\*)

**Sumario:** I. La discrecionalidad policial.— II. La discrecionalidad policial en la literatura científica.— III. Discrecionalidad policial y trabajo operativo.— IV. Discrecionalidad policial en España.— V. A modo de conclusión.— VI. Bibliografía.

## I. La discrecionalidad policial

Es importante destacar que el tema de la discrecionalidad policial está escasamente tratado por la doctrina española, a diferencia de lo que ocurre en otros países, como veremos después. Coincidiendo con lo que señala Yñiguez (1), esto puede ser una reacción a los 40 años de dictadura y represión franquista cuyo brazo ejecutor era la Policía del régimen y cuya configuración todavía figura en nuestro subconsciente como una rémora para la que la Policía se pueda configurar como un verdadero cuerpo democrático que contribuya al fortalecimiento de nuestro Estado de Derecho. Sin embargo, en los últimos 30 años la configuración policial ha cambiado sustancialmente, el acceso por oposición donde el mérito y la capacidad figuran en el centro del universo de las policías, la incardinación democrática de las Policías, la formación previa de los aspirantes a acceder a las oposiciones, gran número de ellos son graduados y licenciados en diferentes carreras, y posteriormente la formación integral que prestan las academias de formación de los futuros policiales, apuntan a un presente y un futuro muy distinto.

La policía ostenta un importante poder, son los primeros en acceder a víctimas y delincuen-

tes, quienes deciden detenciones, aseguran el orden público, provocan o no confianza en la ciudadanía y proyectan una imagen no solo del cuerpo al que pertenecen, sino del país al que representan y protegen. Como señalaba Abraham Lincoln, “casi todos los hombres pueden tolerar la adversidad, pero si quieres probar el carácter de un hombre, dale poder”. El poder que ostenta la Policía está basado en el Derecho, y sus actuaciones tienen que basarse en el principio de legalidad. El equilibrio, al igual que sucedía en la antigua Roma, tiene que basarse en el delicado balance entre *auctoritas* y *potestas*, la una sin la otra únicamente conduce a la arbitrariedad y a la falta de alarde democrático en la institución de la que se trate, máxime si se trata de la Policía.

Muñagorri señala cómo la casuística de la actividad policial es enorme y está en perpetua revisión ante la aplicación práctica de los supuestos que se van produciendo en el día a día, con los que se retroalimenta y de los que se aprende. Además, Muñagorri indica que “relativizando también los discursos teóricos, las grandes palabras, como “equilibrio”, “discrecionalidad”, “independencia”, “prevención” y “abusos”, término, este último, que suele remitir a “usar mal”, “de manera excesiva, impropia o indebida” pero que también puede significar una actuación injusta o ilícita, de un miembro de un servicio público dirigido precisamente a garantizar los derechos y las libertades fundamentales de los ciudadanos. Estas palabras proceden de la atribución de la llamada “violencia legítima”, una especie de inicial presunción de legalidad en el actuar policial, pero, solo como

---

(\*) Profesora de Derecho Penal y Criminología Universidad Complutense de Madrid. Pilar.marco@ucm.es. Dra. A. R. (Jo) Parsons. Visiting Researcher Instituto de Criminología Universidad de Cambridge.

(1) YÑIGUEZ NAVAS, A., “Reglas básicas de la práctica policial y funcionamiento interno de la Policía”, Cuadernos de Trabajo Social, vol. 20, 2007, pp. 57-73.

apunte, la legitimidad formal de la “autoórbitas” no conlleva necesariamente su legitimidad material o práctica” (2).

## II. La discrecionalidad policial en la literatura científica

### II.1. El concepto de discrecionalidad policial

La discrecionalidad policial es el medio mediante el cual los agentes de la policía ejercitan sus opciones ante un problema, que les plantea realizar una elección a la hora de lidiar con la cuestión que afecte a la seguridad pública de los ciudadanos, generalmente ante infracciones administrativas o criminales. Sus decisiones son muy importantes en lo que afecta a los administrados, tanto que en un momento dado los ciudadanos pueden verse desincentivados de buscar la ayuda policial ante una expectativa desfavorable de la actuación policial. La cooperación de las víctimas en el esclarecimiento de los delitos va íntimamente unido a la calidad de la atención recibida por las víctimas en la policía, si las experiencias son positivas habrá una mayor probabilidad de cooperación (3). Además, no debemos olvidar que el contacto con la policía es la puerta de entrada al sistema penal y por lo tanto, va a ser la primera impresión que dicho sistema va a causar en el ciudadano que ha sufrido un delito o que lo ha cometido.

Como ya hemos adelantado, en España los estudios que se han realizado de la discrecionalidad policial son escasos, a pesar de que se haya descrito en la literatura inglesa como algo que se “halla en la raíz de la praxis de la justicia penal” (4) y como el “fundamento de la justi-

cia” (5). El ejercicio de la discrecionalidad policial, decidiendo cuándo se aplica o no la ley, puede ser visto como un punto de equilibrio que pivota entre el poder coercitivo del Estado y la libertad individual. Esta discrecionalidad es inevitable, tal y como recoge Wilson: “en parte porque es imposible controlar cada infracción pública, en parte porque muchas leyes requieren una interpretación previa a su aplicación, porque en ocasiones la policía puede obtener información sobre delitos graves desoyendo otros delitos menos graves y en otras porque la policía cree que la opinión pública no podría soportar una política de un completa ejecución de todas las leyes todo el tiempo” (6).

La discrecionalidad se ve como una herramienta para conseguir eficacia y eficiencia en una función policial, que aparenta ser algo dado en el sistema de justicia criminal. Algunos críticos, como Goldstein y Davis arguyen que para conseguir la igualdad de trato en el sistema penal, la discrecionalidad policial debería ser eliminada siempre que fuera posible y habría que adoptar una completa aplicación racional del Derecho, incluso “si no es una expectativa realista” (7). Según Davies, si debido a la limitación de recursos, solo es viable una aplicación selectiva del Derecho, la utilización de la discrecionalidad a la hora de realizar esa selección debe ser supervisada de manera estricta para minimizar el riesgo de injusticia (8).

### II.2. Significados del poder discrecional

La discrecionalidad a la que hacemos referencia no tiene por qué tener unos caracteres

(2) MUÑAGORRI LAGUÍA, I., “El equilibrio en la discrecionalidad e independencia operativa en la policía y en la prevención de abusos”, *Eguzkilore*, nro. 29, pp. 289-294, 2015. Disponible en internet [fecha última consulta 18-3-2021] <https://www.ehu.es/documents/1736829/5274977/14+Munagorri>.

(3) KOSTER, NATHALIE-SHARON N., KUIJPERS, KARLIJN F., KUNST, MAARTEN J. J. y VAN DER LEUN, JOANNE P., “Crime victims' perceptions of Police Behavior, Legitimacy and cooperation: A review of the literature”, *Victims & offenders*, 2015, pp. 1-44, p. 3.

(4) SANDERS, A. y YOUNG, R., “From Suspect to Trial” en MAGUIRE, M., MORGAN, R. y REINER, R. (eds), *The Oxford Handbook of Criminology* (fourth edition), Oxford University Press (953-989), Oxford, 2007, p. 957.

(5) GELSTHORPE, L. y PADFIELD, N., “Introduction” en GELSTHORPE, L. y PADFIELD, N. (eds.), *Exercising Discretion: Decision-Making in the Criminal Justice System and Beyond*, Willan, Collumpton, 2003, p. 1.

(6) WILSON, J. Q., “Varieties of Police Behaviour: The Management of Law and Order in Eight Communities”, Harvard University Press, Cambridge MA, 1968, p. 7.

(7) GOLDSTEIN, J., “Police Discretion not to invoke the Criminal Process: Low Visibility Decisions in the Administration of Justice”, *Yale Law Journal* 69 , 543-594, 1960, p. 560.

(8) DAVIS, K. C. (1969). “Discretionary Justice: A preliminary inquiry”, Louisiana State University Press, Baton Rouge, LA, 1969 y vide también: DAVIS, K. C., “Police Discretion”, West Publishing Co, St. Paul, MN, 1975.

universales (9) y puede adoptar diferentes significados, examinaremos a continuación las perspectivas filosófica, jurídica, sociológica y psicológica.

### II.2.a. Desde la Filosofía

Desde un punto de vista filosófico analizaríamos los medios de los que nos servimos para mantener una sociedad democrática y segura a través del necesario equilibrio entre los derechos privados y los intereses públicos (10). Es habitual hablar de la teoría de Dworkin para quien se trata de una facultad que tiene un órgano con base en una norma que la legitima y limita (11). Para Dworkin (12) la discrecionalidad es un concepto relativo en el que "como el agujero de una rosquilla, que no existe excepto como un área que se deja abierta y acotada por la zona que le rodea que lo restringe" y subraya la importancia de la perspectiva: la del agente de policía sobre el tamaño del agujero de la rosquilla (según el número de posibilidades existentes para lidiar con el incidente), enmarcado en el ambiente de apreciación de la organización de las prioridades policiales. La comprensión del agente de policía sobre las elecciones disponibles puede ser diferente de las opciones permitidas por leyes y reglamentos. El malentendido puede atribuirse a una indiferencia deliberada, si tales restricciones entran en conflicto con los intereses personales del agente, o simplemente pueden atribuirse a su percepción errónea de las expectativas de la organización.

### II.2.b. Desde el Derecho

En términos jurídicos se define refiriéndose a las limitaciones legales a la autoridad o en lo que la ley permite. Si nos referimos dentro del derecho a la administración de la justicia penal,

---

(9) NICKELS, E., "A note on the status of discretion in police research", *Journal of Criminal Justice*, 35, 570-578, 2007.

(10) PARSONS, A., "Managerial Influences on Police Decision-Making. Tesis doctoral inédita", *Institute of Criminology, University of Cambridge*, 2015, p. 19.

(11) MESQUIDA SAMPOL, J., "El concepto de discrecionalidad y su control", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 37 (2003), 337-358, p. 343.

(12) DWORKIN, R. M., "Taking Rights Seriously", *Harvard University Press, Cambridge Mass*, 1978.

es una cuestión crítica a la hora de determinar cómo se realiza la justicia. Al modelo legal de discrecionalidad según Davis (13) como: "libertad para elegir entre posibles vías de acción o inacción" se le puede criticar que no puede explicar por qué los agentes pueden realizar ciertas elecciones en su trabajo y no otras, por lo que es necesario tener en cuenta cuestiones de práctica judicial.

### II.2.c. Desde la Sociología

La discrecionalidad puede ser ejercida por un funcionario que ostente un poder en un marco donde la ley permita una variedad de opciones que permitan a esa persona, que tiene esa capacidad de decisión, "elegir entre varios cursos de acción o de inacción" (14). Es el Derecho el que determina la extensión del poder del agente estableciendo los parámetros de su discrecionalidad. En primer lugar, se establecen los parámetros de la discrecionalidad policial proporcionándole al agente de policía el poder de aplicar (o no) el Derecho penal o administrativo sancionador y en segundo lugar, dándole márgenes al propio agente para implementar su juicio, a la hora de responder a una situación en concreto ante varias posibilidades de acción o ante varias interpretaciones de la ley en unas circunstancias concretas, siempre y cuando, por supuesto, que la aplicación de la ley no sea inexorable en ese supuesto concreto.

### II.2.d. Desde la Psicología

Como hipótesis, podemos plantear que va a existir una actitud diferente de la policía ante un hecho delictivo u otro. Es bien conocido el proceso de cambio de la actitud y por lo tanto, de la consiguiente intervención de la policía, en cuestiones de violencia de género en los últimos 20 años, que ha tenido un mayor desarrollo desde la implementación de la LO 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y el cambio de paradigma en la protección policial debido a la introducción de la cuestión de la violencia de género en la agenda política, y por tanto su introducción en la legislación, debido a

---

(13) Vide ob. cit. DAVIS, K. C., 1969, p. 4.

(14) Vide ob. cit. DAVIS, K. C., 1969, p. 4.

la concienciación social sobre el problema que arrastró a la ley. Tal y como señalan Lila y colaboradores (15) pese a las políticas que se han diseñado para limitar la discrecionalidad policial, existen varios estudios que señalan que las actuaciones policiales no son todo lo consistentes y uniformes que deberían. Los protocolos policiales en materia de violencia doméstica de género han contribuido a eliminar parcialmente la discrecionalidad, a pesar de que los protocolos producen automatismos que no son deseables jurídicamente por su rigidez, parece que su efecto es favorable al dar un marco de actuación claro para la policía, y de expectativas para agresor y víctima sobre las expectativas en el marco penal-policial: se sabe lo que va a suceder con una alta probabilidad. Las áreas de la psicología relevantes para el estudio de la discrecionalidad policial serían varias y cada vez su estudio es más importante a nivel macro y micro. Desde el punto de vista de la organización policial, la psicología de las organizaciones, de gran relevancia, en la medida en que las estructuras de la organización influirán en los ámbitos de discrecionalidad y cómo estos son percibidos y ejecutados por los miembros de la misma. Los cambios organizacionales a los diferentes niveles de gerencia y política policial tendrán una influencia destacada en el comportamiento ulterior de sus agentes. La psicología social y la psicología de los grupos son profundamente relevantes y por supuesto, son los valores culturales compartidos, pero no solamente estos, sino acumulados a otros factores como la opción política que se plantea, las instrucciones jerárquicas (máxime en cuerpos con dependencia de los Ministerios de Defensa e Interior como la Guardia Civil), el ejemplo de la jefatura, trasciende y se propaga por todos los poros de la organización llegando a sus individuos que no son sino la cara de la institución ante los ciudadanos. Como indica Yñiguez (16): la cultura

(15) LILA, M., GRACIA, E., GARCÍA, F., "Actitudes policiales, sexismo y empatía", *Revista de Psicología Social*, 25:313-323, 2010, p. 315. Concretamente, el artículo concluye cómo las personas con baja puntuación en sexismo hostil y alta puntuación en empatía son más proclives a realizar una intervención policial independientemente de la intención de la víctima de denunciar o no, p. 321.

(16) YÑIGUEZ NAVAS, A., "Reglas básicas de la práctica policial y funcionamiento interno de la Policía", *Cuadernos de Trabajo Social*, vol. 20, pp. 57-73, 2007, p. 71.

profesional se vuelca en las reglas de conducta que configuran la práctica y el funcionamiento policial, tanto las informales como las formales.

### *II.3. Discrecionalidad vs automatismos en el ejercicio del poder policial*

La discrecionalidad opera en muchos más ámbitos que en el policial. De hecho, es una cuestión bastante analizada por la jurisprudencia contencioso-administrativa, que no entra en el enjuiciamiento de las valoraciones de los tribunales de oposiciones, salvo las ilegalidades que pudieran acontecer y en cualquier otro ámbito donde haya un resquicio de discrecionalidad, como la que nos aportaría el principio de intervención mínima en Derecho penal en los juzgados y tribunales españoles. Por lo tanto, la discrecionalidad va unida al ejercicio del poder, pero no puede significar arbitrariedad, prohibida en nuestro ordenamiento jurídico por el art. 9.3 de la Constitución. Por lo tanto, en un Estado Democrático y de Derecho, cualquier órgano que detente poder va a ser responsable de las decisiones que adopte dentro de ese margen de discrecionalidad que posee (17). En el caso de la discrecionalidad ejercida por un agente de policía en el ámbito de la justicia penal, tendrá su control a través de la Fiscalía o del Juzgado, si es en otro ámbito, tendremos el control de la jurisdicción contencioso-administrativa o disciplinaria. Desde el punto de vista de la criminología en lo que se refiere a la toma de decisiones, son particularmente interesantes los supuestos en los que un agente policial no actúa. En nuestro país, antes de la entrada en la agenda político criminal de la violencia de género tras el asesinato de Ana Orantes, el fenómeno de la violencia de género carecía del sostén jurídico y social que dejaba en ocasiones a la víctima en manos del agresor cuando no se investigaba o perseguía el asunto que, si no comportaba unas lesiones tipificadas como delito, quedaba resringida a una mera falta (ahora delito leve).

Un determinado grado de discrecionalidad es importante en la aplicación de la ley por parte de los operadores públicos, especialmente en el ámbito policial donde el número de actua-

(17) TAMANAHA, B. Z., "On the Rule of Law: History, Politics, Theory", Cambridge University Press, Cambridge, 2004.

ciones es muy grande y por tanto, la casuística también lo es. En ocasiones, atendemos a una excesiva automatización y protocolización de los asuntos que anulan prácticamente la posible discrecionalidad y con ello la “cintura” que proporciona la misma a la realidad, a la situación en concreto.

### III. Discrecionalidad policial y trabajo operativo

Cuando nos referimos al trabajo policial operativo, la discrecionalidad no solo está sujeta a la ley sino también a otras influencias, más próximas y tangibles como las directrices administrativas y a la política de la organización policial, de las circunstancias de la situación que el agente está enjuiciando en ese momento, lo que incluye tanto las características personales del propio agente como las de las otras personas que están involucradas en la situación en la que la discrecionalidad es potencialmente aplicable, y por supuesto el ambiente cultural.

La dimensión de la práctica policial ha estado en el centro de gran parte de los trabajos teóricos y de la investigación empírica policial desde los años 60. La discrecionalidad policial ha sido considerada como sinónimo de comportamiento policial. Si realizamos una revisión de la literatura podemos observar una gran abundancia de información sobre el comportamiento policial, parte del cual puede ser a menudo identificado como relacionado con la discreción policial. Sería difícil refutar que si el agente de la policía ejerce la discrecionalidad y de ella resulta un comportamiento que va a ser objeto de investigación, ambas cuestiones (discrecionalidad-comportamiento) están unidas. Para Mastrofski (18) la discrecionalidad se define como “El margen de maniobra del que disfrutan los oficiales para elegir entre más de una opción para realizar su trabajo”. Sin embargo, adoptar un enfoque amplio y analizar todos los aspectos del “comportamiento policial” presentará más problemas que soluciones.

Si vamos a evaluar críticamente la evidencia sobre lo que influye en las elecciones de los oficiales

en sus actividades operativas, debemos afinar el enfoque de la investigación. Necesitamos estudiar las respuestas de los oficiales en todo tipo de encuentros con ciudadanos y no solo aquellos que involucran el uso coercitivo de la autoridad del oficial (registro, detención y uso de la fuerza) que a menudo ha dominado la agenda de investigación. En lugar de ajustarse a un enfoque de investigación que reconstruya las razones de la decisión del agente de policía a partir del resultado, parece necesario realizar una investigación en profundidad que analice el proceso de toma de decisiones y examinar las opciones disponibles para dicho agente en el momento en el que toma la decisión.

Por su parte, Nowacki y Spencer (19) destacan que, si bien la discrecionalidad hace que puedan tener una mayor flexibilidad en la adopción de decisiones, que es vital en su trabajo, también puede producir desigualdades entre ciudadanos y analizan en particular, el uso de la discrecionalidad policial a la hora de dar el alto en cuestiones de tráfico, donde la discrecionalidad es mayor que en otras decisiones policiales, indicando que una forma de evitar el mal uso de la discrecionalidad es que la composición racial de la policía coincida en lo sustancial con la de la población.

Ha sido frecuentemente estudiado y documentado en la doctrina cómo se producen disparidades de carácter racial a la hora de dar el alto en cuestiones de tráfico. Además, hay que señalar que estas pueden verse amplificadas o silenciadas en virtud del factor situacional, del propósito de investigación del agente. Y ello, porque en muchas ocasiones, las detenciones por cuestiones de tráfico suelen ser algo más de lo que parece y son utilizadas como una herramienta de investigación donde se vierten sesgos raciales (20), que como tales sesgos no se ven confirmados de forma empírica y que se

---

(19) NOWACKI, J. S., SPENCER, T., "Police discretion, organizational characteristics, and traffic stops: An analysis of racial disparity in Illinois", *International Journal of Police Science & Management* 2019, vol. 21 4-16, 2019, p. 4.

(20) ROACH, K., BAUMGARTNER, F. R., CHRISTIANI, L., EPP, D. A., SHOUB, K., "At the Intersection: Race, Gender, and Discretion in Police Traffic Stop", *Journal of Race Ethnicity and Politics*, 2021.

---

(18) MASTROFSKI, S. D., "Controlling Street-Level Police Discretion", *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 100-118, 2004, p. 101.

encuentran amparados en una discrecionalidad que no es tal, sino arbitrariedad y discriminación.

Dicha arbitrariedad está prohibida tanto dentro del código ético del Cuerpo Nacional de Policía que especifica que sus miembros deben evitar “toda discriminación por razón de raza, etnia, religión, creencias, sexo, edad, ideología, discapacidad o cualquier otra de similar naturaleza”, como de la legislación vigente: principio de legalidad, prohibición de arbitrariedad y de discriminación (arts. 9.3 y 14 de la Constitución). Estas cuestiones han de ser inoculadas en la organización policial, haciendo hincapié desde la formación inicial, la formación continua y en la promoción profesional, así como la importancia de su trabajo para la ciudadanía. En muy importante que en la cultura organizativa policial quede clara la importancia de los comportamientos éticos y legales y su respeto y defensa forme parte de la propia esencia de la organización.

#### IV. Discrecionalidad policial en España

##### *IV.1. Nuestra definición de discrecionalidad policial*

Para minimizar la tensión entre las diferentes concepciones de discrecionalidad en el Derecho y en la práctica sugerimos (21) que el concepto de “discrecionalidad policial” requiera una base legal de autoridad, cuestión que concuerda con la lógica, a la que antes hemos aludido, de que el Derecho da cuerpo y razón de ser a la discrecionalidad. Además, sugerimos que sea definido en términos de una elección entre opciones que sean ajustadas a derecho y permisibles, más que una elección de cualquier acción posible. Con ese ajuste en la definición se puede examinar la influencia de los factores culturales, las indicaciones de procedimiento y los estándares morales y motivacionales del agente a la hora de tomar una decisión y evita considerar la legalidad como una variable separada a la hora de determinar porqué se toman ciertas decisiones. Más que distinguir entre factores legales y extralegales (como la naturaleza y gra-

vedad del comportamiento delictivo que puede influir grandemente en la decisión del agente) podemos considerar estos últimos como situacionales.

##### *IV.2. La herencia recibida*

Como señalan González y Ortiz, la violencia política (22) fue instrumento esencial de la dictadura y supuso la implantación de un régimen de represión continuada articulado como un “Estado de excepción permanente” hasta sus últimos estertores. Desde la implantación de la democracia en nuestro país, los cambios en las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado han sido constantes debido a la evolución de la sociedad española y también de los propios cuerpos policiales y de la cultura organizacional de las propias instituciones, así como la evolución de sus mandos.

Para Alcántara (23) fue en los Pactos de la Moncloa donde se estableció una nueva concepción del orden público con el respeto de las libertades públicas y los derechos humanos en el marco democrático. De tal forma se establecían dos cuerpos: “el cuerpo civil (Cuerpo Superior de Policía) y el militar (Policía Armada y Guardia Civil), cayendo su mando en el Ministerio del Interior. Con división de las atribuciones de los diferentes cuerpos policiales. También la necesidad de crear una policía judicial y una policía de barrio”.

En un estudio realizado por el CIS en 1980 sobre la imagen pública de la Policía (24) a la afirmación de que la policía no se ha adaptado al cambio político, a menor edad se consideraba más frecuentemente que no había adaptación,

(22) GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Carmen y ORTIZ HERAS, Manuel, “Control social y control policial en la dictadura franquista”, *Historia del presente*, 9, 2007, pp. 27-47, p. 28.

(23) ALCÁNTARA PÉREZ, Pablo, “De la ley a la ley policial: sindicalismo en la policía y cambios en la legislación de las fuerzas de seguridad pública en la Transición y en democracia (1976-1986)”, *Revista Historia Autónoma*, 12 (2018), pp. 243-26, p. 253.

(24) JUSTEL, Manuel, “Imagen pública de la Policía”, *REIS*, 18/1982, pp. 85-111, p. 101. Disponible en: [http://reis.cis.es/REIS/PDF/REIS\\_018\\_08.pdf](http://reis.cis.es/REIS/PDF/REIS_018_08.pdf) [fecha última consulta 20 de marzo de 2021].

(21) PARSONS, A. R., “Managerial Influences on Police Decision-Making. PHD Thesis”, Cambridge University (inédita), 2015, p. 23.

en lo que se refería a la adscripción política la extrema izquierda rechazaba en un 94% que la policía se hubiese democratizado, en la izquierda en un 64% sostenía dicha idea. En el resto de las categorías se avanzaba en la creencia en que la policía sí se había democratizado. En concreto respecto a la adscripción de partidos políticos los votantes del PCE, del PSOE y los regionalistas de izquierda y derecha opinaban mayoritariamente que no se había producido adaptación de la policía, mientras que UCD y Coalición Democrática sí opinaban que la policía se había democratizado.

### *IV.3. Nuevos retos en la discrecionalidad policial*

La evolución de los tiempos y de los conceptos securitarios plantea nuevos escenarios en los que la Policía tiene que asumir los retos que se le plantean. La transición de la sociedad a sociedad multicultural que España ha atravesado en los últimos veinte años incorpora importantes retos y de interiorización en las organizaciones policiales la evitación de sesgos por la cuestión de extranjería de los infractores, especialmente en lo que se refiere a la inmigración irregular.

Respecto al uso de la fuerza y en hilo a los avances tecnológicos, es importante investigar cómo se adapta la discrecionalidad policial en el uso de la fuerza mediante menos letales (ya que puede ser letal) que un arma de fuego, como es la pistola TASER. Por su parte, Dysmond (25) ha investigado el uso de la pistola de electroshock en la policía inglesa y galesa en relación con la discrecionalidad policial. Hasta ahora, las consideraciones con respecto a la discrecionalidad han ido unidas a la influencia de cuestiones personales y sociales en la adopción de decisiones por parte de los funcionarios, sin tenerse en cuenta cuestiones de índole tecnológicas. El estudio de casos que realiza Dysmond demuestra que las decisiones que se adoptan, en el momento de usar la fuerza, la disponibilidad o no, de una pistola TASER tenía un impacto en las decisiones adoptadas.

Siguiendo con la tecnología, en este caso en lo que se refiere a la utilización de cámaras, esta

---

(25) DYSMOND, A., "Towards a socio-technical understanding of discretion: a case study of Taser and police use of force", *Policing and Society*, vol. 30, issue 9, 2020.

se ha configurado como un importante medio de control de la discrecionalidad policial, especialmente respecto al uso de los teléfonos móviles, como pudimos ver muy recientemente en el caso de los dos policías fuera de servicio de Linares (26). Respecto al uso de las cámaras de los espacios públicos, este está cada vez más extendido; a pesar de los problemas que puede plantear, esta tecnología funciona en dos sentidos, la de vigilancia de los ciudadanos pero también limita las opciones de discrecionalidad al grabar las interacciones entre la Policía y los ciudadanos. También existe el debate en lo referente al uso de cámaras corporales, White (27) señala que si bien existen pocos estudios empíricos que lo avalen, las cámaras corporales policiales incrementan la transparencia y reafirman la legitimidad de la policía, mejoran el comportamiento policial, disminuye el número de quejas respecto de la actuación policial y reducen el uso de la fuerza, además de servir como medio de prueba ante los tribunales y para formar a nuevos agentes por medio de la observación de situaciones reales.

### *IV.4. Discrecionalidad policial y COVID-19*

La pandemia por COVID-19 ha supuesto un crecimiento desahogado de las intervenciones policiales donde se produce una interrelación evidente de cuestiones de salud pública con el derecho administrativo sancionador. Durante el confinamiento se impusieron multitud de sanciones por su quebrantamiento que en su

---

(26) LA VANGUARDIA, "Prisión para los policías que agredieron a un hombre y a su hija en Linares". <https://www.lavanguardia.com/local/sevilla/20210214/6246869/policias-agreden-hombre-hija-linares-jaen-prision-video-seo-lv.html> [fecha última consulta 20 de marzo de 2021].

(27) WHITE, M. D., "Police Officer Body Worn Cameras - Assessing the Evidence", Office of Community Orientated Policing Services, Washington DC, 2014. Disponible en internet: [https://bja.ojp.gov/sites/g/files/xyckuh186/files/bwc/pdfs/diagnosticcenter\\_policeofficerbody-worncameras.pdf](https://bja.ojp.gov/sites/g/files/xyckuh186/files/bwc/pdfs/diagnosticcenter_policeofficerbody-worncameras.pdf) [fecha de consulta: 20 de marzo de 2021]. White examina los pros y contras analizando los estudios empíricos que sustentan cada uno de ellos, concluye en que: reduce las quejas de los ciudadanos y asimismo las agresiones a los agentes, lo que implica que mejora el comportamiento de ambos por el uso de las cámaras, ayuda en la investigación criminal, reduce el trabajo burocrático e incrementa la probabilidad de una conformidad en sede penal.

mayoría han sido anuladas por la justicia con posterioridad. En el marco de la descoordinación política ante lo inopinado y novedoso de la situación tal y como mantienen Alcadipani y colaboradores (28), en tiempos de pandemia, la discrecionalidad policial puede ser tanto una bendición, al aplicar los agentes su creatividad y generar nuevas respuestas a la situación de crisis, como una maldición, al no estar el marco regulatorio claro y la descoordinación político-territorial existente, una mayor exposición al riesgo de los agentes (29) y la importante ambigüedad que rodeó el comienzo de la crisis sanitaria hacían necesario acotar dicha discrecionalidad con protocolos que proporcionen mayor seguridad jurídica tanto a la policía como a la ciudadanía.

### V. A modo de conclusión

El estudio empírico de la discrecionalidad policial en España merece una mayor atención por parte de los criminólogos. Además de ser de gran interés dentro del ámbito de la Filosofía del Derecho, el Derecho penal y el administrativo. El estudio de esas zonas grises nos proporcionará más información en lo que respecta al proceso de toma de decisiones por parte de los agentes de la policía, lo que redundará en una mejor formación de los agentes y una mejora de la cultura organizacional de la policía.

La formación de la policía en los valores democráticos de la propia ciudadanía a la que pertenecen, el fomento del sentimiento de pertenencia a esa sociedad, que el agente se sienta antes ciudadano que policía. Es necesario inocular desde la formación policial inicial estos valores, fomentar que en la formación policial participen personas ajenas al propio cuerpo policial que les planteen los retos y la visión lateral necesaria para salir de la burbuja de seguridad

(28) ALCADIPANI, R., CABRAL, S., FERNANDES, A. LOTTA, G., "Street-level bureaucrats under COVID-19: Police officers' responses in constrained settings", *Administrative Theory & Praxis*, vol. 42, 2020.

(29) DAVIDOVITZ, M., COHEN, N., GOFEN, A., "Governmental Response to Crises and Its Implications for Street-Level Implementation: Policy Ambiguity, Risk, and Discretion during the COVID-19 Pandemic", *Journal of Comparative Policy Analysis: Research and Practice*, 2020.

de y de autoreafirmación que procura el grupo, son cuestiones esenciales. En definitiva, se trata de dar instrumentos a la policía para que puedan proporcionar respuestas adecuadas a cada situación, con marcos jurídicos claros y en los que la discrecionalidad policial sea un valor seguro de respuesta adaptada a la realidad, de creatividad individual para aportar soluciones personalizadas y nunca como un espacio de arbitrariedad. Tal y como señaló Maslow (30) "supongo que es tentador, si la única herramienta que tienes es un martillo, tratar todo como si fuera un clavo.

### VI. Bibliografía

ALCADIPANI, R., CABRAL, S., FERNANDES, A. LOTTA, G., "Street-level bureaucrats under COVID-19: Police officers' responses in constrained settings", *Administrative Theory & Praxis*, vol. 42 (31), 2020.

ALCÁNTARA PÉREZ, PABLO, "De la ley a la ley policial: sindicalismo en la policía y cambios en la legislación de las fuerzas de seguridad pública en la Transición y en democracia (1976-1986)", *Revista Historia Autónoma*, 12 (2018), pp. 243-26.

DAVIDOVITZ, M., COHEN, N., GOFEN, A., "Governmental Response to Crises and Its Implications for Street-Level Implementation: Policy Ambiguity, Risk, and Discretion during the COVID-19 Pandemic", *Journal of Comparative Policy Analysis: Research and Practice*, 2020.

DAVIS, K. C. (1969). "Discretionary Justice: A preliminary inquiry". *Louisiana State University Press*, Baton Rouge, LA 1969.

DAVIS, K. C., "Police Discretion", West Publishing Co, St. Paul, MN, 1975.

DWORKIN, R. M., "Taking Rights Seriously", Harvard University Press, Cambridge Mass, 1978.

(30) MASLOW, A. H., "The Psychology of Science: A Reconnaissance", Harper & Row, New York, 1966, p. 16.

(31) KOSTER, NATHALIE-SHARON N., KUIJPERS, KARLIJN F., KUNST, MAARTEN J. J. y VAN DER LEUN, JOANNE P., "Crime victims' perceptions of Police Behavior, Legitimacy and cooperation: A review of the literature", *Victims & offenders*, 2015, pp. 1-44, p. 3.

DYSMOND, A., "Towards a socio-technical understanding of discretion: a case study of Taser and police use of force", *Policing and Society*, vol. 30, issue 9, 2020.

GELSTHORPE, L. y PADFIELD, N., "Introduction", en GELSTHORPE, L. y PADFIELD, N. (eds.), *Exercising Discretion: Decision-Making in the Criminal Justice System and Beyond*. Willan, Collumpton, 2003.

GOLDSTEIN, J., "Police Discretion not to invoke the Criminal Process: Low Visibility Decisions in the Administration of Justice", *Yale Law Journal* 69 (32), 543-594, 1960.

GONZÁLEZ MARTÍNEZ, C. y ORTIZ HERAS, M., "Control social y control policial en la dictadura franquista", *Historia del presente*, 9, 2007, pp. 27-47.

JUSTEL, M., "Imagen pública de la Policía", *REIS*, 18/1982, pp. 85-111. Disponible en: [http://reis.cis.es/REIS/PDF/REIS\\_018\\_08.pdf](http://reis.cis.es/REIS/PDF/REIS_018_08.pdf) [fecha última consulta 20 de marzo de 2021].

KOSTER, NATHALIE - SHARON N., KUIJPERS, KARLIJN F., KUNST, MAARTEN J. J. y VAN DER LEUN, JOANNE P., "Crime victims' perceptions of Police Behavior, Legitimacy and cooperation: A review of the literature", *Victims & offenders*, 2015.

LA VANGUARDIA, "Prisión para los policías que agredieron a un hombre y a su hija en Linares". <https://www.lavanguardia.com/local/sevilla/20210214/6246869/policias-agreden-hombre-hija-linares-jaen-prision-video-seo-lv.html> [fecha última consulta 20 de marzo de 2021].

LILA, M.; GRACIA, E.; GARCÍA, F., "Actitudes policiales, sexismo y empatía" en *Revista de Psicología Social*, 25 (33):313-323, 2010.

---

(32) SANDERS, A. y YOUNG, R., "From Suspect to Trial" en MAGUIRE, M., MORGAN, R. y REINER, R. (eds), *The Oxford Handbook of Criminology* (fourth edition), Oxford University Press (953-989), Oxford, 2007, p. 957.

(33) KOSTER, NATHALIE-SHARON N., KUIJPERS, KARLIJN F., KUNST, MAARTEN J. J. y VAN DER LEUN, JOANNE P., "Crime victims' perceptions of Police Behavior, Legitimacy and cooperation: A review of the literature", *Victims & offenders*, 2015, pp. 1-44, p. 3.

MASLOW, A. H., "The Psychology of Science: A Reconnaissance", Harper & Row, New York, 1966.

MASTROFSKI, S. D., "Controlling Street-Level Police Discretion", *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 100-118, 2004.

MESQUIDA SAMPOL, J., "El concepto de discrecionalidad y su control", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 37 (2003), 337-358.

MUÑAGORRI LAGUÍA, I., "El equilibrio en la discrecionalidad e independencia operativa en la policía y en la prevención de abusos", *Eguzkilore*, nro. 29, pp. 289-294, 2015. Disponible en internet [fecha última consulta 18-3-2021] <https://www.ehu.es/documents/1736829/5274977/14+Munagorri>.

NICKELS, E., "A note on the status of discretion in police research", *Journal of Criminal Justice*, 35, 570-578, 2007.

NOWACKI, J. S.; SPENCER, T., "Police discretion, organizational characteristics, and traffic stops: An analysis of racial disparity in Illinois", *International Journal of Police Science & Management* 2019, vol. 21 (34) 4-16, 2019.

PARSONS, A. R., "Managerial Influences on Police Decision-Making. PHD Thesis". Cambridge University (inédita), 2015.

PARSONS, A., "Managerial Influences on Police Decision-Making. Tesis doctoral inédita", *Institute of Criminology*, University of Cambridge, 2015.

ROACH, K.; BAUMGARTNER, F. R.; CHRISTIANI, L.; EPP, D. A.; SHOUB, K., "At the Intersection: Race, Gender, and Discretion in Police Traffic Stop", *Journal of Race Ethnicity and Politics*, 2021.

SANDERS, A. y YOUNG, R., "From Suspect to Trial", en MAGUIRE, M., MORGAN, R. y REINER, R. (eds), *The Oxford Handbook of Criminology* (fourth edition), Oxford University Press (953-989), Oxford, 2007, p. 957.

---

(34) YÑIGUEZ NAVAS, A., "Reglas básicas de la práctica policial y funcionamiento interno de la Policía", *Cuadernos de Trabajo Social*, vol. 20, 2007, pp. 57-73.

R. (eds), *The Oxford Handbook of Criminology (fourth edition)*, Oxford University Press (953-989), Oxford, 2007.

TAMANAH, B. Z., "On the Rule of Law: History, Politics, Theory", Cambridge University Press, Cambridge, 2004.

WHITE, M. D., "Police Officer Body Worn Cameras - Assessing the Evidence", Office of Community Orientated Policing Services, Washington DC, 2014. Disponible en internet: <https://bja.ojp.gov/sites/g/files/xyckuh186/>

files/bwc/pdfs/diagnosticcenter\_policeofficerbody-worncameras.pdf [fecha de consulta: 20 de marzo de 2021].

WILSON, J. Q., "Varieties of Police Behaviour: The Management of Law and Order in Eight Communities", Harvard University Press, Cambridge MA, 1968.

YÑIGUEZ NAVAS, A., "Reglas básicas de la práctica policial y funcionamiento interno de la Policía", *Cuadernos de Trabajo Social*, vol. 20, pp. 57-73, 2007.

# La determinación de las penas según Werner Goldschmidt

Julio Chiappini<sup>(\*)</sup>

**Sumario:** I. Dos libros creo que muy poco conocidos.— II. Cómo Goldschmidt determina los distintos tipos de penas.— III. No quisimos.— IV. Excurso: enciclopedias, clasificaciones y taxonomías.

## I. Dos libros creo que muy poco conocidos

Goldschmidt, que fue, o es porque su obra pervive, un hombre de genio y para colmo de genio germánico aunque sin la teutónica nocturnidad, tuvo un padre también de genio: James. Es decir, esa vez el genio no se saltó generaciones. James había nacido en Berlín en 1874 y en su universidad se doctoró con una tesis sobre la tentativa en el derecho penal. Patentó luego el derecho penal administrativo pero dedicó lo más prolífico de su obra al derecho procesal civil. Se refugió del nazismo en distintos países y murió en 1940 en Montevideo, hospedado por Couture. En 1933 con su familia (tuvo cuatro hijos) se exilió de Alemania y vivió un tiempo en España, hasta la guerra civil.

La universidad de Berlín resultó de algo tardía creación: 1810. Su primer rector fue Fichte. Quien cortaba todo debate en los claustros clamando que “¡No olvidéis que por mi boca habla la Diosa Razón!”. Defenestrado, lo reemplazó Savigny. Eran los modales y los altos nombres de

ese tiempo. Pero nosotros, me dicen, siempre los hemos emulado.

Werner, Berlín 1910-Buenos Aires 1987, es afamado por sus libros y por sus clases de derecho internacional privado. Y lo mismo respecto a la filosofía del derecho. Con todo, publicó dos libros de derecho penal que, como opiné en el título de este parágrafo, creo que son muy poco conocidos:

a) Su tesis doctoral, de 1931: editorial Walter de Gruyter & Co., Berlin und Leipzig. Versa sobre la violación de domicilio. Y fue traducida y prologada por Julio E. Chiappini. Y editada por la Universidad Nacional de Rosario en 2017. Y el suscripto, que por un exceso de rigidez facial, agregó un epílogo con recuerdos personales de Goldschmidt: como su alumno y como su profesor adjunto durante 14 años en la materia Filosofía del derecho y derecho natural. Universidad Católica Argentina, Rosario, 1971-1984.

En 1976 Depalma editó de Goldschmidt *Introducción filosófica al derecho*. En la que redondeó su teoría trialista del mundo jurídico. Con esa obra sentí, y conservo esa sensación, que él ya había recorrido el camino hacia la cumbre e incluso comenzado a recorrer el camino hacia la perfección.

También en 1976 y por Depalma se publicó mi traducción de Miguel Reale *Fundamentos del derecho*. Goldschmidt y Reale eran cordiales adversarios doctrinarios. Cuando le di un ejemplar a Werner, sonrió muy afablemente. Es que siempre excepcionaba a Schopenhauer: “El genio es insociable” (en *Eudomonología*, I).

---

(\*) Abogado: UCA, 1970. Master en Economía agraria (Facoltà di Economia e Commercio, Roma, 1976). Doctor en Derecho y Ciencias Sociales: UCA, 1980. Doctor en Derecho: Univ. Nac. de Rosario, 2014. Ex Fiscal de Estado de la provincia de Santa Fe: 1983-1987. Ex vocal de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario: 1987-1994. Exprofesor de Derecho penal II (UCA, Rosario). Ex miembro de la Association Internationale de Philosophie du Droit et de Philosophie Sociale, de la International Association of Penal Law y de la Sociedad Argentina de Criminología; de la Sociedad Panamericana de Criminología y de la Sociedad de Criminología de Rosario.

Según Valéry, “el hombre tiene una etapa de preparación y luego una etapa de realización”. Pero en Goldschmidt me parece que fueron fases simultáneas. La vida lo editaba y, al mismo tiempo, él editaba su vida. Y

b) Una obra de derecho penal partes general y especial mayormente basada en el Cód. Penal español. El libro, en el que Werner aportó me parece que bastante más ideas y textos, aparece escrito en coautoría con Higinio Bartolomé. Y fue publicado en Madrid en 1949 sin mención editorial. A la venta por 75 pesetas según se lee en la contratapa. Posiblemente hoy en día sea algo así como un incunable. Es la obra que cito a renglón seguido.

## II. Cómo Goldschmidt determina los distintos tipos de penas

Llama a las penas “amenazas punitivas”. Y las clasifica así:

a) Penas fijas. “En este sistema cada crimen está amenazado por la ley penal con una pena determinada y rígida. La determinación absoluta de la pena corresponde a los ideales del liberalismo. El juez no tiene libertad alguna para suavizarla o para aumentarla”: p. 155. Por ejemplo, se nos ocurre, prisión de cuatro años.

b) Sistema de penas indeterminadas. “En este caso, la ley establece la punibilidad del crimen sin entrar en más detalles”. Este régimen, añade uno, inflige tremenda inseguridad jurídica; y evidentemente ataca el principio “nullum crimen...” que dispone el art. 18 de nuestra CN. El juez aplica la sanción que le parece. Y será acaso impugnable. Con lo cual Ambrose Bierce en *Diccionario del diablo* que define la acción de *apelar*: “Poner los dados en el cubilete para un nuevo tiro”. Traducción de Rodolfo Walsh.

c) Penas acumulativas. En nuestro derecho, vg. prisión y multa. O inhabilitación para ejercer cargos públicos de por vida y confiscación. Las combinaciones son bastante limitadas por regencia de las reglas de Gauss. La acumulación de penas suele incluir sanciones accesorias o subsidiarias: p. 148.

d) El caso más corriente, escruta Werner, es el de la pena relativamente indeterminada: un

mínimo y un máximo. Son las escalas penales adoptadas por nuestra legislación penal. Y si bien inteligenciadas por el juez, algo que siempre sucede, conforman el mejor sistema representativo.

e) Aclara enseguida nuestro autor, a p. 158, que esas escalas pueden variar si se trata de delitos consumados o en grado de tentativa. O si hay circunstancias atenuantes o agravantes. Y otras contingencias. Todo con la pedagogía de un vademécum. Del latín “ven conmigo”.

Cuenta Diógenes Laercio en *Vidas de filósofos ilustres* que Eurípides le prestó a Sócrates unos textos de Heráclito el Oscuro. Al devolverlos, Sócrates le comentó: “La parte que leí y entendí, me pareció muy buena. Y la parte que leí y no entendí, seguramente también es muy buena”.

## III. No quisimos

Proponer un panegírico de Werner Goldschmidt. Y menos aún que sobrelleva ditirambos. Uno no es quién para enaltecerlo. Si sus seguidores estamos obligados a honrar su memoria. Una actitud intelectual y moral a la vez que transgeneracional.

Un gran jurista trasciende proponiéndoselo o sin proponérselo. Hablamos de *trasciende* en cuanto a su época, a sus estupefactos contemporáneos. Por ejemplo Savigny o Kelsen. Ya que mencionar nombres de jurisconsultos argentinos podría resultar imposible o conflictivo según determine el sesudo lector. Trasciende la persona y trasciende su obra. Porque es citada.

También trasciende cuando se afama en el extranjero. Y de nuevo se nos ocurren Savigny y Kelsen. U Oliver Wendell Holmes. Pero ellos, y tantos otros bien que no son legión, ¿se propusieron tamaña extensión en el tiempo y en el espacio? No lo podemos saber. Al menos uno no lo puede saber. Tal vez ni ellos mismos lo sabían a ciencia cierta.

Sí sabemos acerca de aleccionadores conceptos de Kelsen: “Una experiencia quisiera yo expresar: que en la vida, aun en una vida esencialmente desenvuelta entre hombres de ciencia, es importante, ante todo, el carácter moral del hombre; que el amor a la verdad, el autoco-

nocimiento, la paciencia, la voluntad de no hacer mal a nadie y de controlar, tanto como es posible, el natural afán de sobresalir, no son menos relevantes que el saber objetivo; y que estas propiedades del carácter tienen influencia incluso en los resultados del trabajo científico": cit. por Rudolf Aladár Métall, *Hans Kelsen. Vida y obra*, UNAM, México, 1976, p. 93.

En tanto, también están los que no se desviven por la celebridad. Cuentan con templanza y hasta resignación si sobreviven en países sin meritocracia. En los que los destinos para nada se rigen por nuestros méritos o deméritos. Incluso, ya exacerbados, si los deméritos en definitiva son hasta una ventaja.

Goldschmidt, por su condición de judío errante bien que se convirtió al catolicismo, la había pasado muy mal. De modo que precisaba destacarse. Había estado de necesidad. Había traspasado el umbral de la opulencia (su abuelo Robert muy acaudalado banquero) pero en el camino de vuelta. Pasarle en el camino de ida también desquicia. Pero seguramente no tanto como perder todo lo mucho que se tenía.

En fin: son, de nuestra parte, muy modestas perplejidades. Sí podemos testimoniar que Werner careció de toda vanidad. Incluso de falsa modestia. Para Chamfort, "la más decente de las mentiras". Él incluso supo citar a Schopenhauer: "En el genio, la modestia es hipocresía". Pasa que tampoco era modesto. ¿Fue entonces histriónico? Los aprendices de genio suelen serlo. Pero el genio ya consumado es otra cosa.

#### **IV. Excurso: enciclopedias, clasificaciones y taxonomías**

La palabra *enciclopedia* proviene del griego *kyklos*, círculo, y *paideia*, instrucción. Las enciclopedias pretenden exponer todos los conocimientos. Pero ya sabemos que ese propósito es irrealizable. Además, los conocimientos se multiplican, en todas las ciencias, todos los días. Wikipedia, verbigracia, delata esa vorágine. Año ávida y ahora insaciable.

Como sea, Borges, en *El idioma analítico de John Wilkins*, ensayo quizás algo fantasioso publicado en La Nación el 8 de febrero de 1941 y luego reproducido en *Otras inquisicio-*

*nes* (1952), rememora o inventa, nunca lo supe y convivir con esa perplejidad cuenta con cierto encanto, al doctor Franz Kuhn. A quien atribuye haber descubierto una remota enciclopedia china titulada *Emporio celestial de conocimientos benévolos*.

Esta enciclopedia, y entre otros trajines, cataloga los animales: pertenecientes al emperador; embalsamados; amaestrados; lechones; sirenas; fabulosos; perros sueltos; incluidos en esta clasificación; que se agitan como loros; innumerales; dibujados con un pincel finísimo de pelo de camello; etcétera; que acaban de romper el jarrón; y que de lejos parecen moscas.

La clasificación de las penas a cargo de Goldschmidt, y retornamos, instruye. La excerpta o recopilación de la apuntada enciclopedia china, probablemente fruto de la heurística y no de la hermenéutica, entretiene y mucho. Al menos a este pobre gauchó.

Entretanto, la naturaleza jurídica de las penas es determinada por ideologías. Luego, en una segunda fase, puede idearse la naturaleza de cada pena en particular. Nuestra Constitución veda la pena de muerte y la confiscación; bien que esta confiscación se aplica con otros nombres: revocación de mandato, comiso o decomiso, acomodados eufemismos o circunloquios. En cuanto a la clasificación de las penas, depende de la técnica legislativa. Para un sector de la dogmática, la clasificación de las penas solo se aboca a las sanciones legales vigentes, no hipotéticas o históricas. De otro modo incurriría en anacronismos o profecías. Pero para otra versión, la dogmática puede, y en casos debe, hablar de *lege ferenda*. Es decir, proponer lo que debería estatuir la ley.

En un mundo ideal, imposible por definición, las penas de cumplimiento efectivo deberían equivaler a la medicina curativa. Sin embargo, como incumplimos a rajatabla el art. 18 de la CN en orden a las cárceles, dichas penas se equiparan, y apenas, a una medicina paliativa. Por algo la Argentina ha llegado a sobrellevar el mayor índice de reincidencia del mundo. Y eso que la cifra negra de la criminalidad, es decir la no computada, es descomunal. Y repito: nuestras sobrecogedoras prisiones son más bien universidades del delito. Algo que informa la sociolo-

gía criminal y que, de todas maneras, es hecho público y notorio. Pasa que el Estado ignora y que, además, mejorar el sistema carcelario es muy costoso y no genera votos. Los criterios dependen más de los réditos electorales que de la noción del servicio público. Y así nos va.

En fin: solamente quisimos proponer un recreo en medio de la aridez y del tedio con que suelen afligirnos, aunque una vez cada 100 años, los datos únicamente jurídicos. Porque son monotemáticos, lo cual no es pecado ma-

yor. Pero en general, ilegibles o ininteligibles. O indigeribles. Incluso muchas veces extravagantes en cuanto ajenos a los trajines forenses. Y también al menos para este pobre gaucha. Bien que seguramente no es así para el docto y estagirita lector. Las elites jurídicas son sumamente refinadas.

El derecho castiga, salvo a unos pocos privilegiados, y no con palo. Pasa que son destinos que probablemente no se eligen sino que se cumplen (más o menos).



# CÓDIGO PENAL PARTE ESPECIAL

Director: **Rubén E. Figari**  
Coordinador: **Abelardo M. Manzano**



2021



**3 Tomos**  
Disponibles en  
papel y eBook.

La obra consta de tres tomos en los que cada uno de los comentaristas se ha expresado en forma libre, conforme a su punto de vista vertido en su respectivo título, realizando un análisis dogmático de cada uno de los artículos de la Parte Especial del Código Penal, complementado con fallos jurisprudenciales a tono con cada tema tratado.

Por su claridad y lenguaje accesible, está destinada tanto a magistrados, funcionarios judiciales, profesores, abogados y estudiantes de Derecho.

En este libro se intenta generar opiniones y reflexiones, debatir ideas, contraponer diferentes puntos de vista, censuras y críticas, lo cual es esencialmente necesario para la evolución y enriquecimiento del conocimiento jurídico.

Adquirir la obra llamando al  
**0810-266-4444** o ingresando en  
[www.tienda.thomsonreuters.com.ar](http://www.tienda.thomsonreuters.com.ar)



Seguí nuestra página  
de **LinkedIn** con contenido  
específico para abogados.

ThomsonReutersLaLey   
@TRLaLey   
ThomsonReutersLatam   
ThomsonReutersLatam



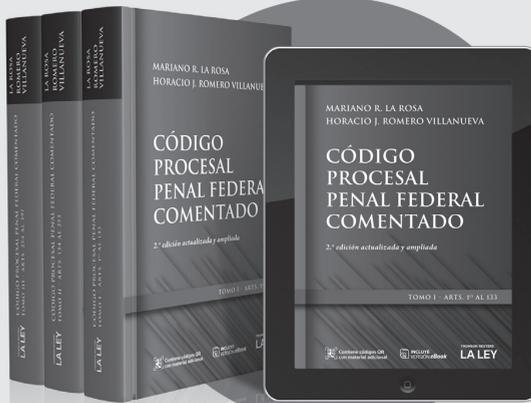
# CÓDIGO PROCESAL PENAL FEDERAL COMENTADO

2.<sup>a</sup> edición actualizada y ampliada

Mariano R. La Rosa • Horacio J. Romero Villanueva



2021



Esta obra  
**contiene  
códigos QR**  
con material  
adicional.



**3 Tomos**  
Disponibles en  
papel y eBook.

**Esta segunda edición consta de tres tomos y mantiene la máxima actualidad y la sistemática de la edición anterior, teniendo en cuenta los caracteres del nuevo ordenamiento que próximamente estará vigente en toda la nación.**

La obra conserva la actualización en sus comentarios y aporta la jurisprudencia y doctrina aplicables a los temas que aborda un código de corte acusatorio, el cual ya se encuentra vigente en Jujuy y Salta y que próximamente lo estará en Mendoza, Córdoba y Santa Fe. Esta publicación pretende ser un elemento de consulta para todos los operadores del sistema penal y para aquellos que deseen estudiar este modelo adversarial acusatorio que promete ser un paradigma totalmente renovador del proceso penal argentino.

Adquirir la obra llamando al  
**0810-266-4444** o ingresando en  
[www.tienda.thomsonreuters.com.ar](http://www.tienda.thomsonreuters.com.ar)



Seguí nuestra página  
de **LinkedIn** con contenido  
específico para abogados.

ThomsonReutersLaLey   
@TRLaLey   
ThomsonReutersLatam   
ThomsonReutersLatam



THOMSON REUTERS  
**LA LEY**<sup>™</sup>

Información confiable  
que avala sus argumentos.

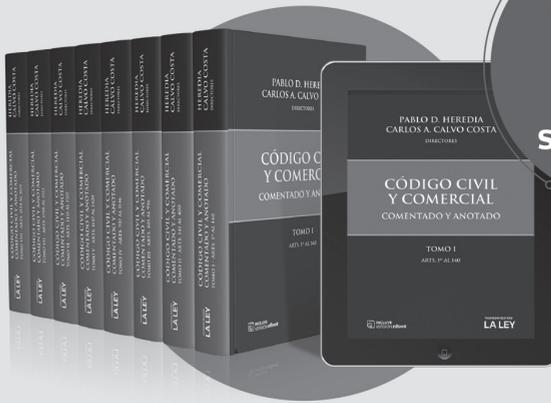
# CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

## COMENTADO Y ANOTADO

Directores: **Pablo D. Heredia**  
y **Carlos A. Calvo Costa**



2022



**HASTA  
18  
CUOTAS  
SIN INTERÉS\***



**8 Tomos**  
disponibles en  
papel y eBook.

### CON EL ANÁLISIS DE EXPERTOS JURISTAS

La **obra más completa y actualizada del mercado** desde el lanzamiento del Código Civil y Comercial hace 7 años.

Desarrolla más de 2600 artículos y brinda respuestas para resolver problemáticas diarias. Algunas de las novedades de esta edición son: Compensación económica • Mandato irrevocable • Persona Jurídica • Tecnología.



Obtené más información  
sobre esta obra imprescindible  
escaneando este código QR

\*Consultar promociones vigentes

 **THOMSON REUTERS**<sup>®</sup>

ThomsonReutersLaLey 

@TRLaLey 

Thomson Reuters Argentina | LEGAL 

Thomsonreuters\_ar 

