

# La reforma procesal penal en Río Negro

La mirada de sus operadores



Colegio de Magistrados y  
Funcionarios de Río Negro



Editores  
del Sur



Editores del Sur nace para generar ideas y debatir la enseñanza del derecho en el siglo 21, con espíritu y pensamiento críticos.

Con miras a contribuir en la profundización de la democracia, tenemos como vocación la divulgación social de las reglas del debido proceso para toda clase de espacio, donde el lenguaje sirva de puente para las personas que buscan acceder al sistema de justicia.

Pretendemos tener un alcance regional, para compartir visiones sobre el derecho y la justicia en distintos rincones de nuestro país y el continente. Para ello, trabajamos incesantemente en la construcción de relaciones de cooperación y coordinación, con el firme propósito de llevar nuestras publicaciones a diversos espacios de pensamiento de la actualidad.





## **La reforma procesal penal en Río Negro**



# La reforma procesal penal en **Río Negro**

## La mirada de sus operadores

---



Colegio de Magistrados y  
Funcionarios de Río Negro



Editores  
del Sur

---

La reforma penal en Río Negro: La mirada de sus operadores / Martín Lozada ...  
[et al.]. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos  
Aires: Editores del Sur, 2022.  
280 p.; 23 x 16 cm.  
ISBN 978-987-8418-60-5  
1. Derecho. I. Lozada, Martín.  
CDD 345.009

---



editores\_del\_sur



editoresdelsur



contacto@editoresdelsur



editoresdelsur.mitiendanube.com



Editores  
del Sur

© 2022. Editores del Sur  
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina  
Consejo editorial: Leticia Lorenzo y Mauro Lopardo  
Dirección editorial: Hernán Simkin  
**contacto@editoresdelsur.com**

Diseño de tapa: Eduardo Argañarás  
Impresión: La Imprenta Ya  
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

La responsabilidad por las opiniones expresadas en los libros, artículos, estudios y otras colaboraciones publicadas por Editores del Sur incumbe exclusivamente a los autores firmantes. No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, sin el permiso previo y expreso del Editor.  
Impreso en Argentina — *Printed in Argentina*





# Contenido

Tabla de abreviaturas.....	11
Prólogo. Colegio de Magistradas/os y Funcionarias/os de la provincia de Río Negro .....	13
<b>Andrea Tormena</b>	
Prólogo. Federación Argentina de la Magistratura.....	15
<b>Marcela Ruiz</b>	
Presentación .....	17
<b>Comité Académico</b>	
Diversidad cultural y práctica procesal. Exigencias y desafíos en la provincia de Río Negro .....	19
<b>Martín Lozada</b>	
Bloque de constitucionalidad y fuentes supranacionales. Su influencia en el derecho interno .....	25
<b>Guillermo Merlo</b>	
Reparación integral con enfoque de justicia restaurativa. Un camino hacia la pacificación.....	51
<b>Elena Ruiz, Mónica Goye y Marcelo Alvarez Melinger</b>	
Hacia un modelo de formación continua, para la consolidar la reforma procesal penal. Problema: el cambio de paradigma en el proceso penal ¿genera nuevas necesidades en la capacitación de las/los operadores del sistema?.....	61
<b>Miguel Ángel Cardella</b>	
Presencias y ausencias de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en el Código Procesal Penal de la Provincia de Río Negro .....	67
<b>Romina Cecilia Bruno, Laura Krotter y Marianela Ugartemendía</b>	
La reforma procesal de familia y su impacto en el proceso penal.....	77
<b>Vanesa Cascallares y Verónica Villarruel</b>	
Fuero penal y fuero de familia. Una articulación imprescindible para el abordaje de la violencia familiar y de género.....	91
<b>Andrea Tormena y Carolina Gaete</b>	

Del expediente a la audiencia. La gestión por procesos y la evaluación de resultados como soporte del sistema acusatorio .....	99
<b>Ing. Fabián Mitidieri e Ing. Santiago Miguelez</b>	
Argumentación jurídica y sistema adversarial.	
El desafío de los nuevos tiempos en el proceso penal de Río Negro .....	121
<b>Marcelo Chironi</b>	
La prueba de reconocimiento de personas en el procedimiento penal de Río Negro.....	165
<b>Juan Martín Brussino Kain</b>	
El plazo máximo de la prisión preventiva frente a su imposición en los casos excepcionales que autoriza la nueva Ley 5509 del año 2022 .....	179
<b>Gastón César Pierroni y Guillermo Merlo</b>	
A propósito de la audiencia de control de acusación .....	191
<b>Blanca Alderete</b>	
La deliberación de los jueces penales en la provincia de Río Negro .....	205
<b>Miguel Ángel Cardella</b>	
Cuatro razones básicas para introducir el cuestionario previo a la audiencia de <i>voir dire</i> ....	239
<b>Santiago Márquez Gauna y Georgina Amaro</b>	
La reforma del nuevo CPP y la ejecución de la pena.....	249
<b>Giuliana A. Grippo y Máximo J. Ballvé Bengolea</b>	
La etapa de ejecución de la pena en el sistema acusatorio .....	261
<b>Blanca Alderete</b>	

---

## Tabla de abreviaturas

<b>CADH</b>	Convención Americana sobre Derechos Humanos
<b>CEDAW</b>	Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer
<b>cfr. / confr.</b>	confróntese
<b>CMyFRN</b>	Colegio de Magistradas/os y Funcionarias/os de la provincia de Río Negro
<b>CN</b>	Constitución Nacional
<b>CNPT</b>	Comité Nacional para la Prevención de la Tortura
<b>Comisión IDH</b>	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
<b>conf.</b>	conforme
<b>Corte IDH</b>	Corte Interamericana de Derechos Humanos
<b>CP</b>	Código Penal de la Nación Argentina
<b>CPF</b>	Código Procesal de Familia de la provincia de Río Negro
<b>CPP</b>	Código Procesal Penal de la provincia de Río Negro
<b>CSJN</b>	Corte Suprema de Justicia de la Nación
<b>DADDH</b>	Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre
<b>EMFJPFCH</b>	Entidad de Magistrados y Funcionarios de la Justicia de Paz y de Faltas de la provincia del Chaco
<b>ETI</b>	Equipo Técnico Interdisciplinario
<b>FAM</b>	Federación Argentina de la Magistratura
<b>IAPL</b>	Instituto de Asistencia a Presos y Liberados
<b>JUFEJUS</b>	Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia
<b>MPF</b>	Ministerio Público Fiscal

<b>OFAVI</b>	Oficina de Atención a la Víctima
<b>OFIJU</b>	Oficina Judicial del Poder Judicial
<b>OIT</b>	Organización Internacional del Trabajo
<b>PIDCP</b>	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
<b>SENAF</b>	Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia de Río Negro
<b>SIG</b>	Secretaría de Igualdad
<b>STJ</b>	Superior Tribunal de Justicia
<b>UAL</b>	Unidad de Apoyo de Litigación de Juicios por Jurados del Ministerio Público Fiscal de Río Negro
<b>V. / v.</b>	Véase
<b>v. gr.</b>	verbigracia, por ejemplo

---

Prólogo.  
Colegio de Magistradas/os  
y Funcionarias/os de la provincia de Río Negro

Los cinco años de la entrada en vigencia del Código Procesal Penal de la provincia de Río Negro han sido el puntapié inicial para posibilitar el intercambio, el debate y la reflexión sobre los efectos de esta reforma que, sin dudas, ha transformado sustancialmente el proceso penal en nuestra jurisdicción.

Esta obra colectiva y plural es el resultado de la iniciativa inquieta, el compromiso visible, el trabajo en equipo y la gestión incansable de afiliados y afiliadas, colegas, amigos y amigas que destinaron su tiempo y esfuerzo para hacer realidad el objetivo propuesto.

Nada resulta más gratificante que presentar este libro que refleja, ni más ni menos, los ejes centrales y rectores de la gestión que me toca encabezar: horizontalidad, participación, escucha y compromiso.

No tengo dudas de que esta obra será de gran utilidad para quienes somos operadores del sistema, y nos permitirá continuar interpelando y repensando nuestras propias prácticas en pos de brindar un mejor servicio de justicia.

*Andrea Tormena*  
Presidenta  
Colegio de Magistrados/as y Funcionarios/as  
de la provincia de Río Negro



---

## Prólogo.

### Federación Argentina de la Magistratura

La reforma del modelo procesal penal implica un enorme cambio en las prácticas de la magistratura y tiene un fuerte impacto en la cultura organizacional del Poder Judicial (tanto de la administración de justicia como de los ministerios públicos), en los otros actores del sistema (como los/as abogados/as), y, huelga decirlo, en la sociedad.

El 1 de agosto de 2022 se cumplieron los primeros cinco años de la reforma procesal penal en la provincia de Río Negro.

Este grupo de colegas, operadores judiciales del sistema acusatorio, con el apoyo y el reconocimiento del Colegio de Magistrados y Funcionarios, asumió como desafío la dirección de la presente publicación colectiva, donde se presentan diversas voces sobre la observación de la incipiente labor.

Registrar esos cambios y hacer las evaluaciones, a cinco años de la puesta en marcha del nuevo código, son una buena práctica para capitalizar los aprendizajes institucionales y documentar el camino recorrido.

Esta iniciativa del Colegio de Magistrados y Funcionarios de la provincia de Río Negro es particularmente valiosa, porque permite analizar el impacto de un cambio procesal –que muchas jurisdicciones de nuestro país hicieron o están en vías de hacer– en una provincia grande y heterogénea. Esto se alinea muy claramente con un mensaje que la Federación Argentina de la Magistratura (FAM) ha manifestado reiteradamente, acerca de que son aquellos y aquellas que operan en los territorios quienes pueden y deben plantear las consecuencias reales de las políticas del sistema judicial.

Como presidenta de la FAM me llena de orgullo ver que los/as autores/as de esta obra tan importante son magistradas, magistrados, funcionarias y funcionarios, quienes muestran –también de esta manera– su compromiso con la mejora de la respuesta judicial a la comunidad.

Quiero felicitar y agradecer a todas las personas que participaron de los trabajos para dar forma a este texto como autores/as, compiladores/as, organizadores/as, editores/as, etc. Sabemos bien que es un enorme esfuerzo, cuya única recompensa es dejar como legado una obra que será material de consulta para quienes lo necesiten en el futuro.

*Marcela Ruiz*

Presidenta

Federación Argentina de la Magistratura



---

## Presentación

El 1 de agosto de 2022 se cumplieron los primeros cinco años de la reforma procesal penal de nuestra provincia de Río Negro. Ello motivó la iniciativa de convocar a operadoras/es del sistema judicial rionegrino para compartir las experiencias y saberes recogidos durante este período.

Se invitó a las y los afiliados del Colegio de Magistradas/os y Funcionarias/os de Río Negro, entre los cuales surgieron interesadas/os en volcar sus experiencias, ideas, y propuestas respecto al nuevo modelo procesal acusatorio.

La pluralidad de la convocatoria se vio plasmada en la participación de operadores/as tanto de la Magistratura como del Ministerio Público de todas las instancias, así como también de la Oficina Judicial e inclusive del fuero de Familia, el cual, como veremos, enlaza su intervención con el fuero penal en un entramado de acciones que resultaba impensada en los tradicionales códigos procesales, encontrando todas/os en la función pública nuestros puntos de encuentro en pos del bien común.

Hallamos en el Colegio de Magistradas/os y Funcionarias/os el entusiasmo, el reconocimiento y el apoyo necesarios para llevar adelante la idea que, en un principio, surgió como simple pretensión de convocar a las y los asociados a participar de un espacio jurídico reflexivo, en el cual compartir el camino recorrido de la mano del código penal acusatorio adversarial. La idea inicial pronto se vio abonada con el valioso aporte de las/os asociadas/os, quienes con sus trabajos han presentado diversas voces y miradas sobre la incipiente labor procesal acusatoria, las que hoy nutren la presente obra. A su vez, la polifonía de voces que presentamos

enriquece el porvenir de la labor diaria, que nunca está exenta de nuevos desafíos.

Sin perjuicio del objetivo central de esta obra, que es el de conmemorar y celebrar estos primeros cinco años de un modelo procesal penal con pleno ajuste a las mandas constitucionales, queremos agradecer a quienes se han sumado al desafío compartiendo sus ideas en el cálido espacio asociativo que nos agrupa.

**COMITÉ ACADÉMICO**

*Miguel Ángel Cardella*

*María Rita Custet Llambí*

*Guillermo Merlo*

*Gastón Pierroni*

*Verónica Rodríguez*

*Romina Martini*

---

## Diversidad cultural y práctica procesal

### Exigencias y desafíos en la provincia de Río Negro

**MARTÍN LOZADA\***

La diversidad cultural y sus impactos en la práctica jurídica de la provincia de Río Negro resultan ser una problemática a la que se le ha venido prestando poca atención. Las razones de esta falta de interés o abandono deben buscarse en una suma de diferentes factores. En lo que atañe a la República Argentina, uno de aquellos puede atribuirse al hecho de que los pueblos originarios son numéricamente inferiores, lo que contribuyó a que se negara sistemáticamente su existencia.

La formación universitaria que han experimentado vastas generaciones de estudiantes de Derecho tampoco ha incluido, sino hasta hace poco tiempo atrás y con carácter excepcional, bases cognitivas a través de las cuales percibir y adaptarse a un escenario que incluya a minorías culturalmente diferenciadas.

Tan es así que el paradigma jurídico vigente en nuestro país hasta 1994 se orientaba hacia una política de asimilación cultural, es decir, al establecimiento de una sociedad homogénea en la cual las personas pertenecientes a grupos minoritarios debían abandonar sus tradiciones, su cultura y el uso del lenguaje a favor de las tradiciones, la cultura y el lenguaje del grupo dominante<sup>1</sup>.

\* Fiscal Jefe de la 3ra. Circunscripción Judicial. Doctor en Derecho (UBA). Profesor titular de la Universidad Nacional de Río Negro (UNRN).

1 Ramírez, Silvina (2007). "Justicia Penal y Pueblos Indígenas: una agenda pendiente", en *Sistemas Judiciales*, CEJA, Año 6, N° 12, pp. 6-15. Recuperado de <https://sistemasjudiciales.org/wp-content/uploads/2018/08/revista12.pdf>

Lo cierto es que a raíz de un intenso activismo social dirigido a promover el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas a nivel constitucional, la diversidad cultural se hace cada día más visible e inocultable.

De allí, entonces, el importante impacto que ha tenido el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en nuestro derecho doméstico. Impacto que se verificó, muy especialmente, en la reforma constitucional de 1994, que reconoció la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas; y en la ratificación del Convenio 169 de la OIT<sup>2</sup>.

Al igual que en otros Estados latinoamericanos, se inició así un camino hacia la conformación de un verdadero Estado pluralista, comprensivo de la diversidad de lenguas y culturas. Lo que incluye, claro está, la existencia de un pluralismo jurídico.

El primer cambio que se observa en los renovados textos constitucionales latinoamericanos es el reconocimiento del carácter pluricultural y multiétnico de la configuración estatal, lo cual ocurre por primera vez en la historia de dichas repúblicas. El verbo que utilizan las constituciones es “reconocer”, en la medida que sus textos no están creando la situación de diversidad cultural sino, en cambio, reconociendo su existencia.

Lo mismo ocurre al asumir textualmente la preexistencia de los pueblos indígenas, con lo cual se salva su negación histórica, se reconoce sus derechos precedentes y se orienta a un horizonte de convivencia y participación democrática.

La existencia de los pueblos y las civilizaciones indígenas, con sus propias costumbres y especificidades legales, no se tuvo en cuenta en la construcción de los sistemas políticos y judiciales del continente. Su reconocimiento, en tiempo reciente, forma parte del llamado “nuevo constitucionalismo latinoamericano”<sup>3</sup>.

2 Courtis, Christian (2009). “Apuntes sobre la aplicación del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas por los tribunales de América Latina”, en *SUR. Revista Internacional de Derechos Humanos*, año 6, nro. 10, junio 2009, pp. 53-81. Recuperado de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r23739.pdf>

3 Ramírez, Silvina (2017). “Pueblos indígenas, identidad y territorio -sin territorio no hay identidad como pueblo-” en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 15, nro. 1 (pp. 11-32), mayo 2017, pág. 20. Recuperado de [https://www.palermo.edu/derecho/revista\\_juridica/pub-15/Revista\\_Juridica\\_Ano15-N1\\_01.pdf](https://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-15/Revista_Juridica_Ano15-N1_01.pdf)

Se trataría, según Roberto Gargarella, de una etapa en la que “se expandieron los compromisos de tipo social asumidos por el constitucionalismo desde comienzos del siglo XX, para llegar así a sectores –fundamentalmente, los grupos indígenas, las mujeres– y cuestiones –los derechos de ‘tercera generación’– que no habían sido incluidas o reconocidas en aquella primera oleada social del constitucionalismo regional”<sup>4</sup>.

## 1. JUICIOS POR JURADOS ANTE LA DIVERSIDAD CULTURAL

Los desafíos que supone el ejercicio de la actividad judicial en contextos de marcada diversidad cultural es una problemática que está presente en la región<sup>5</sup>.

Dicha diversidad remite a la presencia de distintas culturas dentro de un determinado contexto espacial, y a la consecuente concurrencia de elementos cognitivos comunes que hacen a la representación del mundo exterior, en el ámbito de la moral, la religión, el derecho y las relaciones sociales.

Surgen entonces una serie de planteamientos dirigidos a determinar de qué modo deben los Estados abordar la diversidad cultural, puesto que una cosa es reconocer que la diversidad existe, pero otra es establecer los mecanismos para que aquélla se pueda manifestar dentro de un campo social en el que prevalecen otros cánones culturales.

Es decir que la cuestión a resolver consistirá en determinar si es suficiente tolerar la diversidad, manteniendo una actitud pasiva o, en cambio, es preciso un tratamiento normativo que garantice los derechos de ciertos grupos.

Un ejemplo de relevancia lo constituye, a la hora de legislar en materia de juicio por jurados, la ley procesal de la Provincia del Chaco. Allí se dispone que en los casos donde estén involucradas comunidades de

4 Gargarella, Roberto (2018). “Sobre el nuevo ‘Constitucionalismo latinoamericano’” en *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, vol. 27, nro. 1, junio 2018, pp. 109-129. Recuperado de <http://www.scielo.edu.uy/pdf/rucp/v27n1/1688-499X-rucp-27-01-109.pdf>

5 Ramírez, Silvina (2005). “Diversidad cultural y pluralismo jurídico: administración de justicia indígena”, *Jura Gentium. Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*. Recuperado de <https://www.juragentium.org/topics/latina/es/ramirez.htm>

pueblos originarios, la mitad del jurado debe ser integrado por miembros de esa comunidad.

Se trata de una decisión política y procesal que toma en consideración las dificultades culturales que en ocasiones experimentan las comunidades originarias respecto de los patrones culturales hegemónicos<sup>6</sup>. Dificultades, claro está, con repercusiones puntuales en el uso del idioma, la participación en el sistema político y administrativo, así como también en torno a su propia concepción acerca de la tierra que habitan y sus recursos.

La implementación del jurado con integración indígena exige, sin embargo, un proceso de consulta previa, libre e informada con los involucrados, establecido en el Convenio 169 de la OIT. Tal cosa, con la finalidad de obtener su consentimiento, conforme lo prevé el art. 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas.

En la Provincia de Neuquén, aún sin esa cláusula procesal, se llevó a cabo en noviembre de 2015 el primer juicio por jurados a través de un tribunal con integración intercultural. Ello ocurrió en ocasión en que una mujer, parte de la comunidad Relmu Ñanku, fue juzgada por el delito de homicidio en grado de tentativa. Entonces, a pedido de la defensa de la acusada, se dispuso que la mitad de los integrantes del jurado pertenecieran a la comunidad Mapuche de la provincia<sup>7</sup>.

Se trata de soluciones procesales cuya aplicación podrán en lo sucesivo ser consideradas en la Provincia de Río Negro, con el objeto de asegurar la existencia de un jurado integrado por personas que conozcan las matrices culturales y los particularismos inherentes a las comunidades originarias que se vieran envueltas en un conflicto penal. Tales iniciativas, que contemplen la diversidad cultural existente en la provincia, estarían habilitadas por la letra del art. 193, inciso 6° del Código Procesal Penal de la Provincia de Río Negro, la cual dispone la integración plural del jurado.

<sup>6</sup> Entidad de Magistrados y Funcionarios de la Justicia de Paz y de Faltas de la provincia del Chaco (2021). “La jueza Valle disertó sobre el jurado indígena en Chaco”, publicado en web institucional, 14 de mayo de 2021. Recuperado de <https://entidadmagistrados-chaco.com.ar/index.php?page=noticia&id=357>

<sup>7</sup> Pérez Santiago. “Justicia con perspectiva cultural”, *Diario Judicial*, martes 17 de noviembre de 2015. Recuperado de <https://www.diariojudicial.com/nota/73886>

## 2. HACIA UN BIENVENIDO PLURALISMO JURÍDICO

En las últimas décadas emergió un horizonte pluralista en los sistemas jurídicos de la región latinoamericana, que ha venido propiciando un nuevo modo de abordar la multiculturalidad reinante en nuestras sociedades.

Dicho viraje fue contemporáneo a la consolidación de los movimientos de reivindicación de derechos de los pueblos indígenas y las reformas constitucionales operadas en más de una quincena de países en Latinoamérica.

El Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas data del año 1989. Entre sus fundamentos reconoce “las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida (...) y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven”<sup>8</sup>.

Quedó entonces expuesto, por un lado, que la contribución de los pueblos indígenas había sido históricamente excluida de los procesos constituyentes. Y por el otro, que los pueblos indígenas resultan ser titulares de derechos que poseen naturaleza constitucional y, como tales, exigibles ante todos los tribunales y sedes administrativas del Estado.

Un paso hacia el pluralismo jurídico en nuestra región lo dio en agosto de 2014 el Ministerio Público Fiscal de Neuquén, al expresar su voluntad de reconocer las costumbres ancestrales de las comunidades indígenas para resolver los casos penales. Producto de esa voluntad resultó ser la firma de la “Declaración de Pulmarí”, un documento que establece el compromiso de “reconocer y respetar la identidad cultural de los pueblos indígenas neuquinos en la forma de resolver sus conflictos, dentro del marco de los Derechos Humanos y del ordenamiento jurídico vigente”<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> OIT (2014). *Convenio Núm. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, Lima: OIT/Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2014 [1989]. Recuperado de [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms\\_345065.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf)

<sup>9</sup> Ministerio Público Fiscal, Provincia del Neuquén (2014). “Histórico: acuerdan el reconocimiento de la justicia indígena”, publicado en la web institucional, 29 de agosto de 2014, recuperado de <https://www.mpfneuquen.gob.ar/mpf/index.php/es/10-neuquen/10-neuquen/85-neuquen>. El caso penal, además, no deberá afectar gravemente el interés

Dicha Declaración pone en valor las tradiciones y costumbres de los pueblos indígenas y promueve los métodos de resolución de conflictos basados en el diálogo y en el respeto mutuo. Llama, asimismo, a coordinar acciones en conjunto –Ministerio Público Fiscal y comunidades– para articular el abordaje de los conflictos.

La puesta en práctica de esta iniciativa deberá tener en cuenta una serie de requisitos puntuales, entre los que se incluyen: que el conflicto involucre solo a miembros de comunidades indígenas reconocidas como tales por el Estado; que haya ocurrido únicamente en el territorio reconocido de las comunidades y sea resuelto por una autoridad legitimada por aquellas.

De acuerdo a ello, cada vez que exista un hecho que pueda interesar al derecho penal dentro de una comunidad mapuche (robos, hurtos, amenazas o lesiones leves, por ejemplo), las y los fiscales podrán prescindir de impulsar la acción penal si quienes se vieran involucrados arriban a una solución consensuada entre ellos.

La buena noticia es que en el pasado mes de diciembre los consejos zonales de la Confederación Mapuche de Neuquén mantuvieron un encuentro con el Ministerio Público Fiscal, ocasión en la que definieron un cronograma de reuniones que darán contenido a la implementación del *Nor Feleal* (Sistema de Justicia Mapuche)<sup>10</sup>. Se trata de un bienvenido tránsito hacia el pluralismo jurídico en la región. La provincia de Río Negro, a través de sus diversas autoridades, debería tomar en cuenta ese enco-miable rumbo.

público y la sanción resultante deberá respetar los estándares vigentes en materia de derechos humanos.

<sup>10</sup> “Comunidades y fiscalía de Neuquén buscan avanzar en un sistema jurídico Mapuche”, Diario de Río Negro, 24 de diciembre de 2021. Recuperado de <https://www.rionegro.com.ar/comunidades-y-fiscalia-de-neuquen-buscan-avanzar-en-un-sistema-juridico-mapuche-2092657/>



---

# Bloque de constitucionalidad y fuentes supranacionales

## Su influencia en el derecho interno

**GUILLERMO MERLO\***

### 1. PALABRAS PREVIAS

El artículo que aquí se presenta ha sido producido especialmente con fines académicos, a requerimiento del profesor a cargo de la cátedra de Derecho Procesal Penal, Dr. Ricardo Mendaña, de la carrera de Abogacía que se dicta de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional del Comahue, a los fines de su utilización en dicha asignatura.

Es en el afán de enriquecer este trabajo colectivo, toda vez que el Bloque de Constitucionalidad, por su vinculación a la reforma procesal penal que se viene consolidando en estos primeros cinco años, se encuentra más vigente que nunca por los efectos que el mismo irradia al proceso penal en su integridad.

Para que se aprecie la incidencia del Bloque de Constitucionalidad en su operatividad más concreta, ya en sus artículos marco referidos a los principios generales del proceso, el Código Procesal Penal toma e incluye la normativa constitucional como línea directriz, por ejemplo en el art. 1 y en el art. 6.

\* Juez de Juicio, con funciones en la 4ta Circunscripción Judicial de Río Negro.

Como verá el lector, tamaña es la implicancia del Bloque que se presenta para el sistema argentino de control de constitucionalidad que es jurisdiccionalmente difuso, porque todos los jueces de cualquier fuero y jurisdicción pueden llevarlo a cabo, y en palabras de Jorge Amaya, son ellos los garantes últimos de la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico y político, defendiéndola tanto de las violaciones que puedan cometer los poderes políticos electivos, como asegurando a éstos que puedan desempeñar las facultades que la propia Constitución les confiere<sup>1</sup>.

## 2. INTRODUCCIÓN

Cuando se aborda un tema, siempre es saludable comenzar por fijar una definición, y a partir de esta será el lector quien adapte mejor su método para aprehender el tema de modo integral. Así, la literatura jurídica podrá proponer diferentes métodos, pero será cada uno quien esté en mejores condiciones de hacerlo para sí mismo. En esta ficha se propone un método que la atravesará íntegramente en el afán de explicar de modo sencillo, claro y concreto el tema, el cual, claro está, podrá –y deberá– ser profundizado. De este modo, el lector verá que la línea argumentativa estará guiada por tres preguntas fundamentales: a) ¿Qué es el bloque de constitucionalidad?; b) ¿Cómo se compone el bloque de constitucionalidad?; y c) ¿Para qué sirve el bloque de constitucionalidad?

El tema tiene gran importancia porque el Bloque de Constitucionalidad es el horizonte permanente en toda materia jurídica, y muy particularmente para el sistema penal. Aquí haremos foco solo en lo estrictamente procesal penal, y para ello, exhibiremos en un apartado específico los temas más relevantes, a la luz de la jurisprudencia internacional específica.

De manera preliminar, debemos dejar en claro que una de las consecuencias obligadas de la incorporación de los tratados aludidos al texto de nuestra Constitución es la necesidad de la adecuación permanente de las leyes y otras normas jurídicas a lo allí establecido, lo que ha sido reconocido ya por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (V. CSJN,

<sup>1</sup> Amaya, Jorge (2017). *Control de Constitucionalidad*, 2° edición, 1° reimpresión, Buenos Aires: Astrea, pág. 519.

Ekmekdjian c/Sofovich, en LL, t. 199-C, p. 547), la Comisión IDH (Informe nº 5/96, caso 10.970, 1995) y la Corte IDH (Opinión Consultiva OC-13/93 del 16/VII/93).

### 3. MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL.

#### UN PRIMER CONTACTO CON LO MEDULAR

**3.1.** Como un primer acercamiento al tema, es conveniente comenzar definiéndolo sucintamente, por lo que podemos decir que el Bloque de Constitucionalidad es el conjunto de normas y principios que, siendo o no parte del contenido de la Constitución de modo formal, conforman los parámetros indispensables para realizar el control de constitucionalidad de las leyes inferiores, sean nacionales, provinciales o municipales, por cuanto han sido integradas a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución.

Nuestra Constitución tiene ya casi treinta años desde su última reforma (1994), y en tal oportunidad se incluyó un catálogo de normas supranacionales de modo expreso en el art. 75 inc. 22. Pero como las sociedades son atravesadas por procesos dinámicos, más en esta época de globalización, se han aprobado nuevos instrumentos internacionales, que por su tenor y por las obligaciones asumidas por el Estado Argentino, se los considera parte de este Bloque más allá de que no estén todos y cada uno incluidos expresamente en la Carta Fundamental<sup>2</sup>.

Las primeras y principales fuentes legislativas que impregnarán todo el sistema procesal, como mecanismo de preparación del juicio, son la Constitución Nacional, donde se encuentran las bases de todo el sistema de garantías que gira alrededor del juicio previo y las herramientas de política criminal, y el Bloque de Constitucionalidad, conformado por los pactos contenidos en el art. 75 inc. 22 CN y los que *a posteriori* se realicen, pactos que fortalecen e integran el sistema de garantías (Convención Americana de Derechos de Hombre, Pacto de San José de Costa Rica, entre otros), pactos que generan obligaciones de persecución penal

<sup>2</sup> Piénsese que cada vez que se quisiera incorporar un Tratado, se debería realizar el procedimiento de reforma constitucional.

(Convención contra la Tortura o el Genocidio, etc.) y los que en el futuro sancione bajo esta cláusula el Congreso Nacional<sup>3</sup>.

Este criterio rector surge de la propia letra de la Constitución, al decir sin margen de error en el art. 31 que “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella (...)”. Esa jerarquía normativa es infranqueable. No hay norma en el sistema procesal penal que la pueda modificar, pero sí, al integrar pactos internacionales, en el sistema normativo general pueden generarse problemas comunes entre normas de una misma jerarquía, colisionando entre sí, y que se resolverán utilizando principios constitucionales o supra constitucionales, siendo los principales el *pro homine*, *favor rei* y de *ultima ratio*, los cuales se imponen a cualquier otro, incluso a aquellos de gran valor como el interés superior del niño, como lo ha dicho la CSJN en el caso “Wilner” de 1995<sup>4</sup>.

**3.2.** La denominación “Bloque de Constitucionalidad” tuvo su origen en la jurisprudencia del Consejo Constitucional francés, y fue adoptada posteriormente por el Tribunal Constitucional español en 1982, y también por diversos tribunales constitucionales latinoamericanos durante la década de los noventa. Cada tribunal ha entendido por “Bloque” el conjunto de normas que tienen jerarquía constitucional en el ordenamiento jurídico; la diferencia entre ellos radica en el tipo de normas que incorporan dentro del Bloque.

En Argentina, hacen parte del Bloque una lista definida de Declaraciones y Tratados de derechos humanos, si cumplen con las siguientes tres condiciones:

- Que estén vigentes, esto es, se otorga rango constitucional a los tratados que la Constitución establece o los que el Congreso por

3 Binder, Alberto (2013). *Derecho Procesal Penal*, Tomo 1, Buenos Aires: Ad-Hoc, pp. 184-185.

4 *Ibidem*, pág. 199, nota nro. 61: En el caso la Corte sostuvo que la consideración primordial del interés superior del niño orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos, incluyendo a la Corte Suprema. Sin embargo, este precedente no es aplicable a los temas en los que ese interés colisiona con garantías en favor del imputado por la primacía del *favor rei*.

reforma adicione, siempre y cuando hayan entrado en vigor según las normas del derecho internacional (v. gr. que hayan reunido el número de ratificaciones necesario), y se apliquen “en las condiciones de su vigencia” a nivel interno (v. gr. según las reservas y declaraciones interpretativas introducidas por Argentina al ratificar o adherirse a un tratado) y a nivel internacional (respetando la interpretación que efectúen los tribunales y organismos internacionales competentes para verificar el cumplimiento de un tratado).

- Que no deroguen artículo alguno de la primera parte de la Constitución, lo que significa que no pueden invocarse las Declaraciones o Tratados que hacen parte del Bloque para eliminar o reducir el alcance y protección de un derecho que reconoce la Constitución –contenidos pétreos–.
- Que se interpreten como complementarios de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución, es decir, las Declaraciones y Tratados que hacen parte del Bloque deben interpretarse de manera extensiva frente a los derechos reconocidos en el texto constitucional, de forma que amplíen el marco de protección. Esto permite que derechos que no se encuentran explícitamente reconocidos en el texto constitucional por la vía del Bloque sean tutelables de manera directa en Argentina.

#### **4. BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD.**

##### **SU ARQUITECTURA Y VIGENCIA EN LA ARGENTINA**

**4.1.** En cuanto a su diseño o arquitectura, es interesante el análisis realizado por Manuel Eduardo Góngora Mera<sup>5</sup>, quien tras analizar los avances normativos y jurisprudenciales tanto nacionales como internacionales, sostiene que la posición jerárquica de las normas fue zanjada con la reforma de la Constitución en 1994.

<sup>5</sup> Góngora Mera Manuel (2007). “El Bloque de Constitucionalidad en Argentina y su relevancia en la lucha contra la impunidad”, Artículos, Centro de Derechos Humanos de Nuremberg, 2007.

El inciso 22 del artículo 75 CN establece de manera tajante: “Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”, ratificando de esta forma la postura defendida desde 1992 por la Corte Suprema. El artículo 31 debía entonces interpretarse no como ordenador jerárquico entre tratados y leyes, sino como regulador de la supremacía del derecho nacional sobre el derecho provincial en el ámbito interno.

Así, el art. 75 inc. 22 CN reconoce rango constitucional a Tratados internacionales sobre derechos humanos<sup>6</sup>, y ello por cuanto, a partir de la Reforma de 1994, no solo reconoce la superioridad jerárquica de los Tratados frente a las leyes, sino que además equipara a ciertos Tratados internacionales de derechos humanos con la Constitución, conformando con ello lo que en la doctrina y jurisprudencia se ha denominado un “Bloque de Constitucionalidad”<sup>7</sup>.

6 Art. 75 inc 22 CN: La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño: en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Solo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

7 Jurisprudencialmente, y a partir de los conocidos fallos de la CSJN “Verbitsky”, del 03.05.05; “Llerena”, del 17.05.05; “Dieser”, del 08.08.06; se ha utilizado frecuentemente la acepción “Bloque de Constitucionalidad” para establecer la competencia de la Corte Suprema en un asunto concreto. Por ej. , en “Verbitsky”, la Corte afirma que “existe cuestión federal suficiente si se cuestiona la inteligencia y el alcance otorgado al art. 43 de la Constitución Nacional, como así también la violación al art. 18 in fine del mismo cuerpo, y a diversas normas contenidas en los tratados, convenciones y documentos internacionales que forman parte del bloque constitucional”. Cabe destacar que a pesar de que la Reforma Constitucional se remonta a 1994, sólo a partir de 2000 se comienza a usar jurisprudencialmente la acepción “Bloque de Constitucionalidad” para referirse al fenómeno bajo estudio.

La jerarquía normativa en Argentina es la siguiente: a) Constitución y Tratados Internacionales de Derechos Humanos con rango constitucional (artículo 75, inciso 22, párrafos 2 y 3 de la Constitución, b) Otros Tratados Internacionales ratificados por Argentina, v. gr. Concordatos, tratados de integración, etc. (artículo 75, inciso 22, párrafo 1 de la Constitución); c) Leyes Nacionales y provinciales según la materia de que se trate (artículos 5, 28, 31, 123 y 129 de la Constitución 28 de la Constitución); d) reglamentos del Poder Ejecutivo nacional y/o provincial, según la materia de que se trate.

Vale indicar que el proceso de jerarquización normativa encontró su “punto de superación” con la reforma constitucional de 1994, por lo cual lo que corresponde ahora es analizar el contenido del inciso 22 del artículo 75, para profundizar acerca de las características del modelo y de los efectos jurídicos del reconocimiento del rango constitucional a los Tratados internacionales de derechos humanos.

**4.2.** Para esta tarea nos concentraremos en el carácter vinculante que tiene la jurisprudencia interamericana a la hora de mantener una coherente línea de resolución de conflictos desde lo constitucional y también convencional, por ello es importante profundizar acerca de su recepción por parte de la Corte Suprema de Argentina.

Según el máximo Tribunal argentino, la expresión “*en las condiciones de su vigencia*” (N. del A.: el destacado es nuestro) del artículo 75 inciso 22 significa que los instrumentos de derechos humanos incorporados al Bloque deben ser aplicados según la jurisprudencia de los tribunales internacionales y demás órganos competentes para su interpretación. Esto significa que la Corte debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana, como órgano que fija las pautas interpretativas de la Convención Americana y demás instrumentos de derechos humanos del sistema interamericano. Así lo estableció la Corte desde el Fallo “Giroldi”<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> “Giroldi, Horacio D. Y otros s/ recurso de casación”, sentencia del 7 de abril de 1995: La ya recordada “jerarquía constitucional” de la Convención Americana sobre derechos Humanos (considerando 5°) ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, “en las condiciones de su vigencia” (artículo 75, inc. 22, 2° párrafo), esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la aludida jurisprudencia deba

Diferente ha sido la interpretación en cuanto al poder vinculante de los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, estableciendo a partir del fallo “Bramajo”, que las opiniones de la Comisión debían servir de guía para la interpretación de los instrumentos interamericanos<sup>9</sup>.

Sin embargo, en fallos posteriores, la Corte Suprema ha relativizado su postura. Por ejemplo, en los fallos “Acosta”<sup>10</sup> y “Felicetti”<sup>11</sup>, se ha sostenido que si bien la jurisprudencia de los tribunales internacionales competentes para la interpretación y aplicación de los instrumentos que hacen parte del Bloque debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales, en relación a las recomendaciones de la Comisión Interamericana, conforme el principio de buena fe, no supone un deber de los jueces dar cumplimiento a su contenido, pues no se trata de decisiones vinculantes para el poder judicial. Por lo tanto, las recomendaciones de la Comisión Interamericana no pueden constituir motivo de revisión de las resoluciones judiciales, porque esto afectaría la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales.

servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (confr. arts. 75 de la Constitución Nacional, 62 y 64 Convención Americana y artículo 2° ley 23.054).

<sup>9</sup> “Bramajo, H.J. s/rec. de hecho”, sentencia del 12 de septiembre de 1996, considerando 8: La “jerarquía constitucional” de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido establecido (sic) por voluntad expresa del constituyente, “en las condiciones de su vigencia” (art. 75, inc. 22, párr. 2°) esto es, tal como la convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de aquella para conocer en todo los caso relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana, art. 2° de la ley 23.054.

<sup>10</sup> “Acosta”, sentencia de 22.12.1998, Fallos 321:3555.

<sup>11</sup> “Felicetti”, sentencia de 21.12.2000, Fallos 323:4130.



**4.3.** De esta manera vemos cómo se compone el Bloque de Constitucionalidad, y conforme lo enseña Sagüés<sup>12</sup> lo podemos esquematizar del siguiente modo, a la luz de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Argentina:

**4.3.1.** Para y dentro de un caso concreto, el Estado nacional está obligado, si se trata de una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a cumplirla lealmente, atento a lo previsto por los arts. 67 y 68 del Pacto de San José de Costa Rica. Corresponde a los tribunales domésticos realizar siempre, y hasta agotar todas las instancias, una interpretación armonizante o adaptadora entre las reglas del Pacto de San José de Costa Rica y la Constitución Nacional.

También para un caso concreto, el Estado nacional (y sus tribunales) tienen que realizar los mejores esfuerzos para cumplir con las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y atender a las mismas. No tienen vigor de cosa juzgada, e incluso pueden no ser compartidas por la Corte Interamericana.

**4.3.2.** Para casos distintos a aquel donde la Corte Interamericana o la Comisión Interamericana vertieron su opinión consultiva, sentencia o recomendación, su criterio es relevante y no puede ser ignorado por los jueces nacionales, de modo que en principio debe seguirse por éstos.

**4.3.3.** Tal relevancia es notoriamente superior respecto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, en razón a que dicta sentencias definitivas.

**4.3.4.** Los tribunales locales estarían habilitados a apartarse de la jurisprudencia interamericana, pero solo “ante raras, muy especiales, graves y extraordinarias circunstancias que justifiquen la excepcionalidad de tal no seguimiento”.

**4.4.** Es importante para finalizar este segundo acápite dejar en claro que significa la acepción “en las condiciones de su vigencia”, tema que permanentemente genera debates en doctrina y en la aplicación de la normativa

<sup>12</sup> Sagüés, Néstor Pedro, “Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica”, en *Ius et Praxis*, año/vol. 9, número 001. Universidad de Talca, Chile, pp. 215-216.

a los casos concretos. La Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>13</sup> ha sostenido que “la ‘jerarquía constitucional’ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente ‘en las condiciones de su vigencia’ (art. 75, inc. 22, párr. 2, CN), esto es, tal como efectivamente rige en el ámbito supranacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación”, por lo que “la jurisprudencia de la Corte Interamericana debe servir de guía para la interpretación de los preceptos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”<sup>14</sup>, lo mismo que la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH) como se estableció en “Bramajo”.

## 5. OPERATIVIDAD DEL BLOQUE

**5.1.** La lamentable historia mundial no muy lejana, y en particular la argentina con la última dictadura militar, han llevado a profundizar los vínculos entre el orden constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos gracias a la conformación del Bloque de Constitucionalidad, venciendo progresivamente las posturas políticas y jurisprudenciales que permitieron establecer un régimen de impunidad. Por ello, es importante conocer los efectos jurídicos directos que producen las normas que componen el Bloque, y resulta así fundamental la labor de las instituciones y normas del sistema interamericano y del papel que cumplen los jueces

<sup>13</sup> Incluso algunos han ido más allá al entender que, como los tratados deben ser interpretados en las condiciones de su vigencia (art. 75, inc. 22, CN) y esta tarea le corresponde a los organismos creados por ellos, entonces sus opiniones forman parte de la regla de reconocimiento constitucional junto a la Ley Fundamental y la normativa internacional (cf., al respecto, Martínez, Santiago (2004), *La víctima y el juicio abreviado*, Buenos Aires: Di Placido, pp. 25 y siguientes).

<sup>14</sup> Si bien esto lo ha dicho la Corte en “Giroldi”, como indiqué en la nota nro. 5, lo cierto es que, ya antes de la reforma constitucional de 1994, en el fallo *Ekmekdjian c/Sofovich*, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que ‘la interpretación del Pacto debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos –uno de cuyos objetivos es la interpretación del Pacto de San José de Costa Rica’.

constitucionales –sobre todo en Argentina, donde el control constitucional es de tipo difuso–.

En este sentido, el principal efecto jurídico es el de la aplicabilidad directa de los instrumentos internacionales por los órganos de poder estatal, y para el caso de que su operatividad no sea directa, el Estado debe cumplir con su obligación internacional relativa a la adopción de medidas legislativas tendiente a ello.

Como contracara de lo anterior, surge la inconstitucionalidad de las actuaciones estatales contrarias a los derechos reconocidos en el Bloque, y que, como se dijo más arriba, por el control difuso argentino, cualquier juez, de cualquier instancia, puede declarar la inconstitucionalidad de todo acto del poder público que desconozca, viole o amenace gravemente los derechos garantizados en los instrumentos que hacen parte del Bloque, por ser tales normas superiores a las demás, siendo –por imperio de la Constitución– la Corte Suprema la encargada de salvaguardar la vigencia de la Constitución y de los instrumentos sobre derechos humanos que hacen parte del Bloque, así como conducirse con la buena fe que rige la actuación del Estado en el orden internacional, para que se cumpla cabalmente con los compromisos asumidos en materia de derechos humanos.

**5.2.** Se constituye así el Bloque Constitucional en reglas de interpretación y en instrumentos para limitar la validez de las normas subordinadas que sean aplicables a un caso concreto, razón por la cual resultan fuentes de derecho no solo para las autoridades públicas sino para todos los sujetos de derecho. Corresponde al Estado velar porque las normas internas sean acordes con el Bloque, inclusive en un Estado Federal como Argentina, y las normas provinciales que se arroguen competencias que corresponden al nivel nacional –según los Tratados y Declaraciones de Derechos Humanos que hacen parte del Bloque– son inconstitucionales, y pueden eventualmente comprometer la responsabilidad del Estado.

**5.3.** Para que se aprecie la incidencia del Bloque de Constitucionalidad en su operatividad más concreta, como son los procesos de preparación de los juicios, el Código Procesal Penal de Río Negro, en sus artículos marco referidos a los principios generales del proceso, toma e incluye la normativa constitucional como línea directriz, por ejemplo en el art. 1 y en el art. 6, los cuales establecen:

Artículo 1°.- Juicio Previo. Ninguna persona podrá ser penada sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso. Regirán de manera directa todas las garantías y derechos consagrados en la Constitución Nacional, Tratados Internacionales y la Constitución de la Provincia.”

Artículo 6°.- Rol de los Jueces. Los jueces cumplirán los actos propiamente jurisdiccionales velando por el resguardo de los derechos y garantías (...).<sup>15</sup>

Esta normativa también ha encontrado su anclaje jurisprudencial, cumpliendo así el concepto de “en las condiciones de su vigencia” como guía a respetar indefectiblemente. Concretamente en Río Negro, mediante resoluciones dictadas por el Tribunal de Impugnación, el cual es un Tribunal creado con la entrada en vigencia del Código actual, y que es un Tribunal único para toda la provincia llamado a revisar –de fondo– todas las sentencias dictadas por tribunales de juicio.

A título ejemplificativo, dicho Tribunal local –que hace las veces de casación–, ha respetado a lo largo de su corta historia (1 de agosto de 2017 a la actualidad) las líneas fijadas por el Bloque de Constitucionalidad y la jurisprudencia de la Corte IDH, por ejemplo en los casos nro. MPF-VR-00516-2017 [SD-213, de fecha 3-12-18], MPF-RO-01768-2017 [SD-34, de fecha 13-3-19]<sup>16</sup>, y OJU-CI-00337-2017 [SD-18, de fecha 20-3-18], casos en los cuales ha fijado que “La normativa sobre los plazos, se ajusta a las mandas constitucionales y convencionales, que el código local regula son los plazos del cumplimiento de las secuencias en el proceso (...)”, “el Código Procesal Penal de la provincia, regula las garantías y acciones constitucionales y convencionales, con un tratamiento político/jurídico”, y “el bloque de constitucionalidad que gobierna a todo nuestro

<sup>15</sup> Código Procesal Penal de la provincia de Río Negro, sancionado por Ley Provincial N° 5020. N. del A.: El destacado pertenece al original. Recuperado de <https://servicios.jusrionegro.gov.ar/inicio/web/normativa/documentacion/PPP%202017-TA-mayo%202017.pdf>

<sup>16</sup> Con la entrada en vigencia del actual CPP, el 1 de agosto de 2017 mediante Ley Provincial 5020, el Poder Judicial de Río Negro, ha creado un mecanismo para acceder a toda la jurisprudencia dictada en todas las instancias en materia penal. A ella se puede acceder desde la página [www.jusrionegro.gov.ar](http://www.jusrionegro.gov.ar) y dirigirse al buscador “fallos jurisdiccionales”. En tal lugar se encontrará una serie de campos para filtrar la búsqueda y acceder a los fallos completos de Foros de Jueces, Tribunal de Impugnación y Superior Tribunal de Justicia.

derecho, más allá de la división, sistematización, ramas, especialidades, fueros o denominaciones que existan en nuestro amplio mundo jurídico (...). Le incumbe al juez la debida aplicación del derecho, y ese selección se mueve a tenor del adagio *iura novit curia* (...)”.

Vemos de este modo, y en los tres casos ejemplificativos<sup>17</sup>, que el Bloque de Constitucionalidad se convierte en el faro que ilumina todo el proceso penal y que siempre se encuentra presente como guía para la resolución de los conflictos judiciales.

Esto ocurre por las propias características de los Tratados internacionales que forman parte de la ley suprema argentina, y a la cual toda la legislación inferior debe ceñirse, y de conformidad con la jurisprudencia de la Corte, las características que distinguen a los tratados sobre derechos humanos, entre los cuales se incluye la Convención Americana sobre Derechos Humanos, son: a) se inspiran en valores comunes superiores (centrados en la protección del ser humano); b) están dotados de mecanismos específicos de supervisión; c) se aplican de conformidad con la noción de garantía colectiva; d) consagran obligaciones de carácter esencialmente objetivo; e) tienen una naturaleza especial, que los diferencia de los demás tratados, los que regulan intereses recíprocos entre los Estados Partes; y f) su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de la nacionalidad de éstos, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes.

La incorporación de la normativa supranacional a la Constitución Nacional (art. 75, inc. 22, CN), influye fuertemente sobre las obligaciones del Estado y los límites a su poder penal preexistentes, a la vez que precisa mejor los alcances de los derechos y sus salvaguardas que reconoce a la víctima del delito y al sujeto penalmente perseguido<sup>18</sup>. Dicho en términos

17 Se cita a modo de ejemplo tres precedentes, porque es importante que el abogado litigante u operador judicial, conozca los precedentes que le serán útiles, y que una buena práctica será el estudio de la jurisprudencia del foro local en que se desarrolle.

18 “En esa línea de pensamiento, cabe agregar que todo aquel a quien la ley reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos, está amparado por la garantía del debido proceso legal consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional, sea que actúe como acusador o acusado, como demandante o demandado; y en todo caso media interés institucional en reparar el agravio si éste existe y tiene fundamento en nuestra Ley Fundamental” (CSJN, Carro Evangelista, 9/3/2004, voto en disidencia del juez Vázquez).

más vulgares, muchas “cosas” *no podrán ser más como eran*, y tiene como fundamento “los atributos de la persona humana”, que emanan de su “dignidad inherente”. Estos derechos son reconocidos por el sistema constitucional, que establece instituciones políticas y jurídicas que tienen “como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre” (Preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre –DADDH–), y también procedimientos y prohibiciones para proteger, asegurar o hacer valer su plena vigencia, para resguardarlos frente a su posible desconocimiento o violación<sup>19</sup>.

## 6. JURISPRUDENCIA DE INTERÉS SOBRE EL TEMA

Como se adelantó al citar al precedente “Giroldi”, los instrumentos internacionales deben ser aplicados “*en las condiciones de su vigencia*”, es decir, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, junto con la Corte Suprema, son la guía a seguir para la resolución de todos los conflictos judiciales –como mostramos en los precedentes rionegrinos antes indicados–, y en este apartado observaremos cómo ha sido su aplicación en algunos de los temas de mayor relevancia para el devenir diario en materia procesal penal.

Destacamos a continuación algunos temas:

### 6.1. Debido Proceso

Cuando hablamos de debido proceso, contenido en el artículo 8 de la Convención Americana, debe entenderse como aplicable, en lo esencial, a todas las garantías judiciales referidas en la Convención, constituyendo las condiciones necesarias para que los instrumentos procesales puedan considerarse como garantías judiciales. En este sentido la Corte IDH ha dicho en el caso “Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador” del 4/7/07 que

(...) el Estado tiene la obligación de asegurar que las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos y libertades consagrados en la

<sup>19</sup> Cafferata Nores, José I. (2011), *Proceso penal y derechos humanos*, 2° edición, Buenos Aires: Ed. Del Puerto, pág. 13.

Convención se mantengan vigentes en toda circunstancia, inclusive durante los estados de excepción. Este Tribunal ha entendido anteriormente que se consideran como garantías indispensables aquellos procedimientos judiciales que ordinariamente son idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos y libertades, las cuales serán distintas según los derechos afectados... Esas garantías judiciales indispensables deben subsistir para verificar la necesidad, razonabilidad y proporcionalidad de las medidas específicas adoptadas en ejercicio de estas facultades excepcionales.

En el caso “Cantos Vs. Argentina” del 28-11-02 en el que se exigía el pago de la tasa de justicia para acceder al procedimiento, la Corte IDH dijo que el artículo 8.1 de la Convención

(...) consagra el derecho de acceso a la justicia. De ella se desprende que los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos. Cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al precitado artículo 8.1 de la Convención.

Vemos de este modo que el debido proceso tiende puramente a asegurar al justiciable el acceso a la justicia, con el procedimiento adecuado para lograr una decisión definitiva sobre el litigio, sin que se provoquen gravámenes irreparables que afecten seriamente derechos o libertades fundamentales y/o que causen indefensión y o/que resulten violatorios de debido proceso (confr. Corte IDH Informes “Abella” y “Maqueda”).

Estos criterios sentados por La Corte han sido sostenidos en el tiempo mediante su jurisprudencial, inclusive, el organismo advirtió en el caso “Cruz Sánchez y otros Vs. Perú” del 17 de abril de 2015 que

El debido proceso se encuentra, a su vez, íntimamente ligado con la noción de justicia, que se refleja en: i) un acceso a la justicia no sólo formal, sino que reconozca y resuelva los factores de desigualdad real de los justiciables, ii) el desarrollo de un juicio justo, y iii) la resolución de las controversias de forma tal que la decisión adoptada se acerque al mayor nivel de corrección del derecho, es decir que se asegure, en la mayor medida posible, su solución justa.

En definitiva, todos los órganos que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana (confr. “Favela Nova Brasilia Vs. Brasil” del 16 de febrero de 2017).

## 6.2. Prisión preventiva

Sobre el tema se ha expedido la Corte IDH en el caso “Bayarri Vs. Argentina”, de fecha 30-10-08, en el que dijo que

(...) al ser la prisión preventiva una medida cautelar y no punitiva, existe una “obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia”. Proceder de otro modo equivaldría a anticipar la pena, lo cual contraviene principios generales del derecho ampliamente reconocido, entre ellos, el principio de presunción de inocencia.

Este caso fue elocuente puesto que a todas luces la detención cautelar resultaba desproporcionada, Carlos Bayarri había estado sujeto a proceso detenido aproximadamente trece años, violentándose así el art. 8.2 de la Convención Americana, por lo cual dejaba de ser una medida cautelar para convertirse indudablemente en una medida punitiva que desnaturalizaba la naturaleza jurídica de la prisión preventiva.

Como correlato de “Bayarri”, la CSJN ha sido respetuosa en su jurisprudencia, en el entendimiento de que el tiempo de las detenciones preventivas son consideradas razonables en virtud de la complejidad y de la naturaleza del delito imputado, aunque ello no justifica de por sí el mantenimiento de una medida de tal gravedad pues, sino que hay que meritar las pautas objetivas y subjetivas para presumir fundadamente que el imputado no intentaría eludir la acción de la justicia. También lo hizo la Cámara Nacional de Casación Penal en el fallo plenario “Díaz Bessone”, que limitó el alcance de la prisión preventiva, argumentando que los procesados con prisión preventiva, incluso aquellos acusados por delitos graves, tienen derecho a gozar de libertad durante el proceso siempre que no entorpezcan la investigación o haya peligro de fuga. Específicamente, el plenario sentó como doctrina que “no basta en materia de excarcelación



o eximición de prisión para su denegación la imposibilidad de futura condena de ejecución condicional, o que pudiese corresponderle al imputado una pena privativa de la libertad superior a ocho años”, sino que deben valorarse en forma conjunta con la existencia de riesgo procesal.

En este sentido, pacífica ha sido la jurisprudencia internacional y nacional, a tal punto que con meridiana claridad la Corte IDH en el caso “Montesinos Mejía Vs. Ecuador”, mediante la sentencia del 27 de enero de 2020 ha dicho que

(...) siendo la prisión preventiva una medida cautelar no punitiva, mantener privada de libertad a una persona más allá del tiempo razonable para el cumplimiento de los fines que justifican su detención equivaldría, en los hechos, a una pena anticipada, lo que atentaría no solo contra el derecho a la libertad personal sino también contra la presunción de inocencia contemplada en el artículo 8.2 de la Convención.

### **6.3. Imparcialidad**

El derecho a ser juzgado por un Tribunal imparcial se encuentra contenido en el art. 8.1 de la Convención, y la Corte IDH en el caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica” de 2-7-04, ha dicho que

La imparcialidad supone que el tribunal o juez no tiene opiniones preconcebidas sobre el caso sub judice”, y “se compone de elementos subjetivos y objetivos. La imparcialidad subjetiva del juez en el caso concreto se presume mientras no se pruebe lo contrario. A diferencia, la imparcialidad objetiva requiere que el tribunal o juez ofrezca las suficientes garantías que eliminen cualquier duda acerca de la imparcialidad observada en el proceso.

El mismo Tribunal Internacional, delineó aún más el concepto en el caso “Palamara Iribarne vs. Chile”, del 22-11-05, al decir que

La imparcialidad del tribunal implica que sus integrantes no tengan un interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes y que no se encuentren involucrados en la controversia (...) el juez o tribunal debe separarse de una causa sometida a su conocimiento cuando exista algún motivo

o duda que vaya en desmedro de la integridad del tribunal como un órgano imparcial. En aras de salvaguardar la administración de justicia se debe asegurar que el juez se encuentre libre de todo prejuicio y que no exista temor alguno que ponga en duda el ejercicio de las funciones jurisdiccionales.

En igual sentido, la Corte Suprema Argentina, en el caso “Llerena” del 17-5-05, ha sostenido que

(...) la imparcialidad del juzgador puede ser definida como la ausencia de prejuicios o intereses de éste frente al caso que debe decidir, tanto en relación a las partes como a la materia (...) puede verse la imparcialidad desde dos puntos distintos, uno objetivo y otro subjetivo. El primer enfoque ampara al justiciable cuando éste pueda temer la parcialidad del juez por hechos objetivos del procedimiento, sin cuestionar la personalidad, la honorabilidad, ni la labor particular del magistrado que se trate; mientras que el segundo involucra directamente actitudes o intereses particulares del juzgador con el resultado del pleito.

*A posteriori*, la Corte IDH en “Barbani Duarte y otros Vs. Uruguay”, de fecha 13-10-11, ha señalado que

(...) la exigencia de que una persona “sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial” es equiparable al derecho a un “juicio” o a “procedimientos judiciales” justos. Al respecto, la Corte Europea ha desarrollado el criterio según el cual un procedimiento justo supone que el órgano encargado de administrar justicia efectúe “un examen apropiado de las alegaciones, argumentos y pruebas aducidas por las partes, sin perjuicio de sus valoraciones acerca de si son relevantes para su decisión.

#### 6.4. Tutela judicial efectiva

La Corte IDH en reiteradas oportunidades se ha referido al tema. Por ejemplo, en el caso “Acosta y otros Vs. Nicaragua”, de fecha 25-3-17, en el cual se indicó que

De conformidad con la Convención, los Estados Parte están obligados a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violaciones de los derechos humanos (artículo 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8.1). Asimismo, el derecho de acceso a la justicia debe asegurar, en tiempo razonable, el derecho de las presuntas víctimas o sus familiares a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido e investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los eventuales responsables... Por ello, el deber de motivación es una de las “debidas garantías” incluidas en el artículo 8.1 para salvaguardar el derecho a un debido proceso del imputado y, en casos como el presente, también los derechos de acceso a la justicia y a conocer la verdad de los familiares, en relación con el artículo 25 de la Convención.

La reiteración de la Corte IDH en este tema viene dada hasta la actualidad desde el caso “Velásquez Rodríguez” del 29-7-88, oportunidad en que fundó su postura en los siguientes términos: “(...) por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercitarse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral”. Estos conceptos son los que generan las obligaciones estatales de respetar los derechos humanos y asegurar su plena vigencia, impuestas por la normativa supranacional, y se proyectan bilateralmente en el área de la administración de la justicia penal, expresándose en salvaguardas que pueden ser comunes para las víctimas del delito que reclaman justicia y para aquellos a quienes se les atribuye la comisión.

Lógicamente, la CSJN ha seguido también esta línea, y en el caso “Rivarola” del 27-5-04, con el fin de reparar la incertidumbre y desasosiego de los allegados a las víctimas-desaparecidas forzosamente-, ha dicho que “El derecho a conocer el destino de las personas desaparecidas, exige en un Estado de Derecho un compromiso estatal de protagonismo del sistema judicial, pues son los jueces a quienes la Constitución ha confiado la indelegable función de custodiar los derechos consagrados en ella.”

## 6.5. Derechos al Recurso

En materia de recursos, la incorporación de la normativa supranacional, al acordar jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN) al derecho al recurso del condenado (derecho de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior, art. 8.2.h, CADH; derecho que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, art. 14.5, PIDCP), se erige como otra garantía convencional primordial, y así lo ha definido la Corte IDH en el caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, de 2-7-04, al decir que

(...) el derecho de recurrir del fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica. El derecho de interponer un recurso contra el fallo debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada. Se busca proteger el derecho de defensa otorgando durante el proceso la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión que fue adoptada con vicios y que contiene errores que ocasionaran un perjuicio indebido a los intereses de una persona.

La Corte Suprema, en el caso “Casal”, resuelto el 20-9-05, después de un estudio completo sobre los recursos en el derecho argentino, explica que el paradigma en materia recursiva del sistema mixto era autorizar la revisibilidad de las sentencias por errores *in procedendo* o errores *in iudicando*, excluyendo las cuestiones de hecho y prueba. Pero demuele ese paradigma en los siguientes términos: “(...) no existe razón legal ni obstáculo alguno en el texto mismo de la ley procesal para excluir de la materia de casación el análisis de la aplicación de las reglas de la sana crítica en la valoración de las pruebas en el caso concreto (...)”. Y cierra diciendo con respecto a la casación:

No puede imponerse una interpretación restrictiva, basada sólo en el *nomen juris* del recurso y asignándole la limitación que lo tenía en su versión napoleónica, pasando por sobre la letra expresa de la ley argentina y negando un requisito exigido también expresamente por la Constitución Nacional y por sobre la evolución que el propio recurso ha tenido en la legislación, doctrina y jurisprudencia comparadas.

Invoca el bloque de constitucionalidad y concluye que es obligatorio revisar también las cuestiones de hecho la Corte, consagrando el estándar de la máxima previsibilidad: debe hacerse el máximo esfuerzo de revisión, es decir, debe revisarse todo lo revisable, salvo las cuestiones que surjan directamente de la inmediación.

En el caso “Rodríguez”, del 23-5-06, lo ratifica, expresando que

Más allá de la importancia que cabe reconocer al recurso de casación como instancia revisora de cuestiones penales, es necesario, a fin de que éste cumpla eficazmente con la garantía prevista en el art. 8.2. de la CADH, que no se efectúe una interpretación restrictiva o formalista para su procedencia (...) sino que permita con relativa sencillez al tribunal de casación examinar la validez de la sentencia recurrida.

Como se ve de este *racconto* jurisprudencial, tal garantía es, por un lado esencial, pero también una de las mínimas garantías procesales por las que se debe velar para un correcto mecanismo de enjuiciamiento, así reiterada y actualmente tiene dicho la Corte IDH en los casos “Amrhein y otros Vs. Costa Rica” del 25-04-18; en el caso “Gorigoitia Vs. Argentina” del 02-09-2019; en el caso “Rodríguez Revolorio y otros Vs. Guatemala” del 14-10-19; y en el caso “Girón y otro Vs. Guatemala” del 15-10-19; que el derecho de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior es una de las garantías mínimas que tiene toda persona que es sometida a una investigación y proceso penal.

## **6.6. Plazo razonable**

Este tema en particular requiere de un arduo y permanente estudio, y una adecuación del término “plazo razonable” a cada situación en concreto. En este sentido, la Corte IDH tuvo ocasión de indicar las pautas a tener en cuenta para discernir si nos encontramos ante la afectación procesal de esta garantía en el caso “Genie Lacayo Vs. Nicaragua”, del 29-1-97. Allí dijo que

El artículo 8.1 de la Convención también se refiere al plazo razonable. Este no es un concepto de sencilla definición. Se pueden invocar para precisarlo los elementos que ha señalado la Corte Europea de Derechos Humanos (...) se

deben tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; y c) la conducta de las autoridades judiciales.

El 12-11-97, en el caso “Suárez Rosero Vs. Ecuador”, la Corte IDH definió que el principio de “plazo razonable” al que hacen referencia los artículos 7.5 y 8.1 de la Convención Americana, “tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que esta se decida prontamente.”

En el ámbito nacional, recientemente la CSJN se expidió en el caso “Price” de fecha 12-8-21, haciendo eco a lo que ha venido diciendo la CIDH, sosteniendo que el plazo razonable será razonable en cada caso concreto. Así, señaló que

La circunstancia de que exista una estrecha relación entre la garantía del plazo razonable y el instituto de la prescripción no autoriza a derivar de ella la conclusión de que los tiempos previstos para la prescripción puedan ser utilizados sin más como baremo para determinar la “duración razonable del proceso penal”. Ello así, por cuanto la citada garantía puede infringirse aun cuando el delito puntual que se investiga no se encuentre prescripto (cfr. Fallos: 323:982 “Amadeo de Roth”, y “Espíndola, Juan Gabriel”, Fallos: 342:584, entre otros); mientras que, a la inversa, la prescripción puede operar en el marco de un proceso llevado adelante con una celeridad notable. Es preciso concluir, entonces, que se trata de supuestos diferentes, puesto que en un caso lo que está en juego es el tiempo que tiene el titular de la acción para comenzar a ejercer la persecución penal y en el otro, la diligencia con la que se lleva adelante una persecución ya iniciada. Una diferencia adicional entre ambos institutos reside en que la duración razonable de los procedimientos, en principio, no tiene relación directa con la gravedad de los delitos que constituyen el objeto del proceso, vínculo que sí es un elemento central de la prescripción (voto Lorenzetti).

Y consecuentemente al fallo antes citado –y casualmente en la misma fecha– la CSJN dijo en “Gomez” (12-8-21),

(...) en el caso particular, a pesar de tener por objeto un único hecho, configurativo de un ilícito común que no presentaba mayores complejidades probatorias, el proceso en el sub examine se ha dilatado hasta extenderse por casi

dieciocho años sin que se haya arribado todavía al dictado de una sentencia firme que determine, en forma definitiva, la situación procesal del imputado.

Claramente, para que el plazo pueda ser analizado en cuanto a su razonabilidad o irrazonabilidad, hay que ir al caso concreto y a sus circunstancias particulares (confr. Corte IDH, Caso “Quispialaya Vilcapoma Vs. Perú”, sentencia de 23-5-15).

## 6.7. Presunción de inocencia

Esta garantía es de suma importancia para todas las personas, y la existencia del bloque de constitucionalidad implica lo siguiente: por un lado, la introducción *expresa* en el derecho positivo argentino de máxima jerarquía del principio de inocencia, el que hasta entonces sólo podía deducirse de la Constitución Nacional (si nadie puede ser penado sin juicio previo, antes de que éste termine debe ser tratado como “no penable”); por otro lado, el de una formulación sumamente precisa de su contenido garantizador, al punto de que bien puede enunciarse diciendo que todo acusado es inocente (art. 26, DADDH) mientras no se establezca legalmente su culpabilidad (art. 8.2, CADH), lo que ocurrirá sólo cuando “se pruebe” (art. 14.2, PIDCP) que “es culpable”.

En este entendimiento, la Corte IDH en el caso “*Cantoral Benavides*”, de fecha 18-08-00, dijo que “El principio de la presunción de inocencia, tal y como se desprende del artículo 8.2 de la Convención, exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla”. En el Caso “*Canese*”, del 31-8-04, además de reiterar lo dicho en “*Cantoral Benavidez*”, fue más allá diciendo que

(...) en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. La Corte considera que el derecho a la presunción de inocencia es un elemento esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa y acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme. Este derecho implica que el acusado no debe demostrar que no

ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el *onus probandi* corresponde a quien acusa.

Este principio también ha sido receptado por nuestra CSJN, ya con un criterio sostenido en el tiempo, toda vez que desde “Napoli”, del 22-12-98, ha dicho en su octavo considerando que

(...) de modo coincidente con esos principios, la Corte Interamericana de Derechos Humanos –cuya jurisprudencia debe servir de guía para la interpretación del Pacto de San José de Costa Rica (Fallos: 318:514, considerando 11, segundo párrafo)– ha expresado que la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva, y que a su vez no debe constituir la regla general, como expresamente lo consagra el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 9.3), pues de lo contrario se estaría privando de la libertad a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida, en violación del principio de inocencia (8.2 del Pacto de San José de Costa Rica y 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) (confr. caso Suárez Rosero, sentencia del 12 de noviembre de 1997, párrafo 77).

Sobre este punto, recientemente la Corte IDH ha dicho que entre las garantías del inculpado, se dirige también a asegurar el principio de presunción de inocencia, ya que permite a quien se ve sometido al poder penal del Estado comprender las razones por las que fue posible obtener convicción sobre la imputación y la responsabilidad penal (confr. “Amrhein y otros Vs. Costa Rica”, sentencia de 25-4-18).

## 7. CONCLUSIÓN

De este modo el Bloque de Constitucionalidad, a partir del art. 75.22, que incorpora a la Constitución Nacional las principales declaraciones y tratados internacionales sobre derechos humanos, situándolos a su mismo nivel, implica un “sistema constitucional” integrado (“sincronizado”) por



disposiciones de igual jerarquía “que abreva en dos fuentes: la nacional y la internacional”.<sup>20</sup>

Aquellas “no se anulan entre sí ni se neutralizan entre sí, sino que se retroalimentan” formando un plexo axiológico y jurídico de máxima jerarquía, al que tendrá que subordinarse *toda la legislación* sustancial o procesal secundaria que deberá ser dictada “en su consecuencia” (art. 31, CN). Además, la paridad de nivel jurídico entre la Constitución Nacional y esa normativa supranacional, obliga a los jueces a “no omitir” las disposiciones contenidas en esta última “como fuente de sus decisiones”, es decir, a *sentenciar* también “en su consecuencia”. Es que, en general, cualquier Estado parte en un tratado, y en especial la Argentina, por el nivel constitucional de recepción de la normativa supranacional, tiene la obligación de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter, para hacer efectivos los derechos y garantías establecidos por aquel “plexo axiológico jurídico”, entre las que ocupan un lugar principalísimo las sentencias y decisiones judiciales.<sup>21</sup>

<sup>20</sup> Cafferata Nores, J., *op. cit.*, de donde se extrae esta idea, habla de un “nuevo sistema constitucional”. He decidido –humildemente– suprimir la palabra “nuevo”, toda vez que como dije en el inicio, tras casi treinta años de este sistema, si bien se encuentra en permanente evolución, profundización y estudio, ya debe ser internalizado como nuestro sistema normativo, y a treinta años, considero que ya ha dejado de ser nuevo.

<sup>21</sup> Cafferata Nores, J., *op. cit.*, pp. 3-6.



---

# Reparación integral con enfoque de justicia restaurativa

Un camino hacia la pacificación

**ELENA RUIZ\*, MÓNICA GOYE\*\*  
Y MARCELO ALVAREZ MELINGER\*\*\***

*"El valor clave es que, dado que la injusticia daña,  
la justicia debe sanar."*

*(Braithwaite, John, 2003)<sup>1</sup>*

A cinco años de la sanción de Código Procesal Penal de la Provincia de Río Negro, podemos afirmar que el nuevo sistema procesal ha devuelto a las partes directamente involucradas, víctimas e imputados, un protagonismo que se había perdido en los sistemas inquisitivos y mixtos, exhortando a los operadores judiciales a agotar esfuerzos y aportar herramientas eficaces que contribuyan a restablecer la paz.

El Artículo 14 del CPP ha representado un claro esquema de trabajo: "Los Jueces y Fiscales procurarán la solución del conflicto primario surgido a consecuencia del hecho, a fin de contribuir a restablecer la armonía

\* Comunicadora a cargo de la Delegación de Comunicación Judicial de la 3ra. Circunscripción Judicial.

\*\* Defensora Adjunta de la 3ra. Circunscripción Judicial.

\*\*\* Juez de Juicio de la 3ra. Circunscripción judicial.

1 Ríos Martín, J. y Olalde Altarejos A. (2011), "Justicia restaurativa y mediación: postulados para el abordaje de su concepto y finalidad" en *Revista de mediación*, N°. 8, págs. 10-19 (pág. 11). Recuperado de <https://revistademediacion.com/wp-content/uploads/2013/10/Revista-Mediacion-8-01.pdf>

entre sus protagonistas y la paz social”. Si bien la norma no establece cuáles son, en concreto, las herramientas procesales a aplicar, el código establece dos formas claras, los criterios de oportunidad en manos del Ministerio Público Fiscal y la suspensión de juicio a prueba y, como tercera opción en manos de la Defensa, la reparación concreta que introduce el Artículo 163 3° párrafo<sup>2</sup>, mecanismo a aplicar en la audiencia de control de acusación.

Claramente, estas posibles soluciones son para delitos de los considerados menores, que no afecten gravemente el interés público, en los que se encuentren imputadas personas que no sean funcionarios públicos y sin antecedentes penales, contribuyendo, en definitiva, a evitar que el sistema colapse por la cantidad de conflictos que se judicializan en sede penal, pero, si quisiéramos darle un objetivo más loable y preventivo, podríamos alcanzar criterios de bien común y por eso, resulta interesante el caso que venimos a relatar.

V. K, de nacionalidad ucraniana, vecino de Bariloche, fue víctima de un robo en su local comercial. Los autores fueron captados por las cámaras de seguridad e individualizados por el área de investigaciones de la Policía de Río Negro. Así se inició el proceso penal que tuvo como partes, a la víctima o damnificado y a dos jóvenes de esta ciudad, indicados como presuntos autores del hecho. Tras la individualización de los sospechosos, se fueron concretando los actos procesales que indica el código que, de manera cronológica y lineal, traza el camino que se transita en todos y cada uno de los procesos de índole penal.

Ahora bien, así como el Código Procesal Penal nos indica las distintas etapas que van desde el inicio de la investigación hasta su culminación, en este devenir lineal también exhorta a los operadores a aplicar salidas alternativas a una condena. Es ahí, donde la voluntad pacificadora del pueblo, a través de los legisladores que sancionaron el código, proponen un paradigma distinto. El sistema procesal de corte acusatorio adversarial otorga a las partes involucradas en el conflicto el lugar protagónico que siempre debieron tener, y coloca en cabeza de los operadores de la justicia una responsabilidad y un compromiso con la paz social. Para concretar esta misión se necesita apertura, compromiso y confianza. Apertura para

2 Artículo 163, 3° párrafo CPPRN: “La defensa (...) también podrá proponer una reparación concreta, siempre que no hubiere fracasado antes una conciliación (...)”.

corrernos de lugares conocidos y cómodos, compromiso para que la respuesta sea seria y justa, y confianza para con los justiciables, quienes acuden al sistema de justicia buscando herramientas y espacios de escucha activa que les provean alternativas de solución de sus contiendas. En este punto resulta importante señalar que, si bien en los delitos de instancia pública el Ministerio Público Fiscal expropia la acción, porque claramente el delito trasciende el interés personal afectando a la sociedad en su conjunto, la realidad nos indica que si bien la acción es de la Fiscalía, el conflicto sigue siendo de las partes, y es ahí donde surge la importancia de abrirnos a las alternativas que las propias partes demandan, caso contrario, el verbo “procurar” normatizado en el Artículo 14 pierde aplicabilidad en concreto.

En este caso en particular, consultada la víctima sobre qué esperaba del sistema de justicia, no dudó en indicar que no quería una respuesta represiva o punitiva, sino que quería saber, interiorizarse, hablar con los jóvenes imputados, para que le expliquen los motivos de sus actos e incluso poder brindarles un consejo. Al conocer la posición de la víctima, los imputados se abrieron también a esta posibilidad, y fue así que se concretó un espacio de escucha activa, un círculo restaurativo que tuvo presentes a los involucrados, quienes hablaron, se escucharon, se disculparon y hasta “chocaron su puño”, por el contexto pandémico que se vivía en el 2020, en símbolo de acercamiento y entendimiento, ante la imposibilidad de “darse la mano”.

El encuadre técnico fue a través de la herramienta que otorga el Artículo 163 3° párrafo del Código Procesal Penal a la defensa, quien, en las puertas del juicio, puede proponer una reparación concreta, pero lo novedoso ha sido la forma en que se canalizó esa reparación, que fue a través de un círculo restaurativo propiciado por la propia víctima, quien al mantener una comunicación telefónica indicó que le gustaría hablar con los imputados, que le expliquen por qué lo hacían, y transmitirle su parecer. A su vez, los imputados pidieron perdón y, en razón de que la víctima quería que devuelvan a la sociedad, en forma de tareas comunitarias, el perjuicio causado, el juez lo dispuso en el marco de la reparación integral, y así fue como parte de la sociedad, a través de la Fundación San José Obrero, participó de la iniciativa, ya que fue en ese lugar donde uno de los imputados realizó las tareas comunitarias.

Al celebrarse la audiencia de sobreseimiento, uno de los miembros de la Fundación resaltó el compromiso asumido por el joven, la participación en los talleres, a los cuales siguió concurriendo luego de haber cumplido las horas señaladas, con lo que el objetivo inicial se vio claramente superado.

## 1. EL ROL DE LA VÍCTIMA

La gestión del conflicto, como forma de abordar la conflictiva penal, nos exige un nivel de compromiso mayor. La víctima, en tanto sujeto afectado por la existencia del delito, constituye una parte central de este sistema procesal. En el articulado del código podemos advertir un mayor abanico de derechos y garantías que tiene como principal receptor a la víctima. Así, en el sistema penal de corte acusatorio, se permite la acusación privada aun cuando el representante de la acusación pública decida abandonar la acusación.

En el caso bajo análisis podemos aseverar que la víctima fue escuchada en sus inquietudes, y sus intereses respetados. Fue la propia víctima quien, interesada en dar un consejo y con la esperanza de ser escuchada, se abrió a la posibilidad de mantener un intercambio con los imputados. Ese interés, que quizás pueda no estar de acuerdo con el criterio de la Fiscalía, en los casos de delitos de instancia pública, debe ser ponderado teniendo como norte el Artículo 14 del CPP. Sin dudas, sus palabras grafican esta forma de ejercer la justicia, con el lenguaje del hombre de a pie, cuando recordó, en una de las audiencias previas, su pasado de inmigrante, su agradecimiento por un país que le dio acogida, aún sin saber el idioma. Hoy se siente parte de Bariloche y reconocido por sus vecinos. Además, contó con orgullo que “puedo también dar trabajo”, y agregó: “cuando vi el robo a través de las cámaras de seguridad me dio mucha bronca, pero gracias a Dios estoy del otro lado”.

La víctima aconsejó e invitó a la reflexión a los victimarios, la víctima perdonó, la víctima exigió la realización de horas comunitarias como forma de sanción, la víctima fue escuchada y escuchó, la víctima sanó, la víctima pacificó.

## 2. EL ROL DEL IMPUTADO

En el caso se dieron soluciones distintas para cada imputado. Luego del círculo restaurativo, a uno se le aplicó una suspensión de juicio a prueba por la existencia de otros legajos, los que fueron unificados; y al otro imputado se le aplicó la reparación integral del perjuicio causado, a tenor del Artículo 163 3° párrafo del CPP, y luego de cumplido se lo sobreescribió, ya que no tenía antecedentes ni legajos en trámite (solo registraba la aplicación de un criterio de oportunidad en un hecho de resistencia a la autoridad).

Los imputados, luego de conocer lo que la víctima pedía –un encuentro con ellos–, se mostraron abiertos a dicha posibilidad. En el marco de este encuentro, la escucha fue respetuosa y fructífera. El pedido de perdón conlleva la aceptación de la responsabilidad en los hechos, y esto sucedió. El pedido de perdón existió, la aceptación del perdón también, pero la respuesta institucional fue distinta a la sanción, superadora, reparadora, pacificadora.

Los imputados debieron enfrentar esa situación con humildad y hasta con vergüenza, vieron a la cara a la víctima, quien les contó los periplos que pasó, la vida dura que tuvo para integrarse y hacer un capital en un país distinto al de nacimiento, y los perdonó ante el pedido de disculpas, también exigió que realicen horas comunitarias para devolver a la sociedad el daño causado con su obrar, y que las mismas sean controladas.

Los imputados aceptaron esas condiciones y, nos animamos a decir, aceptaron los consejos sabiamente brindados. Los imputados tuvieron valor, se enfrentaron a la situación. Los imputados escucharon y pidieron perdón. Los imputados repararon aquello dañado, tanto para con la víctima, como con la comunidad. Los imputados recapacitaron, se avergonzaron, sanaron y se integraron. Los imputados restauraron y pacificaron.<sup>3</sup>

3 “En esta línea, también contribuye a sostener el postulado de la reinserción social como horizonte último del sistema penal y, singularmente, como orientación del sistema punitivo y penitenciario. La reinserción social de los infractores no es un mero y vano deseo alumbrado por los primeros ilustrados, retomado por el humanismo cristiano y los correccionalistas y asumido por todas las corrientes humanizadoras del Derecho penal. El referente de la reinserción –en muchos casos, sería más apropiado hablar de *inserción*– se asienta, como hemos ya indicado, en la perfectibilidad humana, en la innata capacidad de los seres humanos no sólo de modificar el entorno que habitan sino

### 3. EL ROL DE LA COMUNIDAD.

La exigencia de la víctima de la realización de horas comunitarias se concretó en la Fundación San José Obrero, institución que realiza un trabajo social fundamental para la integración de los jóvenes en el Barrio Malvinas de la ciudad de Bariloche. A través de uno de los socios fundadores, pudimos conocer cómo el joven se involucró en las actividades que propone la institución. Asimismo, transmitió que, aun habiendo cumplido las horas que se le habían impuesto, continuaba yendo a la fundación participando de talleres de oficios.

Esta intervención fue fundamental y trascendente. No solo permitió que se concrete la reparación que requería la víctima, sino que otorgó un espacio de integración a uno de los imputados, quien siguió asistiendo a los talleres que brinda la institución.

Estos espacios, pocos y autogestionados, resultan ser institucionales fundamentales para prevenir el delito o bien, como en el caso que nos ocupa, brindar un ámbito de integración para aquellas personas ya insertas en el ámbito penal, ofreciendo herramientas y formación que implican un alejamiento, principalmente de los jóvenes, de ambientes problemáticos, otorgando conocimiento sobre un oficio, que en muchos casos abre las alternativas laborales.

### 4. EL ROL DE LOS OPERADORES DE JUSTICIA

El ejercicio de la Defensa, aún más la pública, conlleva de manera intrínseca un serio compromiso social. No agota su alcance a la dimensión técnica, sino que involucra un alto compromiso a nivel humano. El prevenir erradicando ciertos hábitos de conducta mueve al Defensor a ofrecer ámbitos de reflexión, de tratamiento, que van mucho más allá del encuadre técnico y jurídico. Por eso, resulta de suma importancia contar con alternativas para que cualquier propuesta superadora de la respuesta punitiva pueda tener un encuadre legal. La herramienta que brinda el Artículo 163

de transformarse y perfeccionarse a sí mismos. Sin ella, no habría aprendizaje posible; la enseñanza, la transmisión de la experiencia, serían tareas inútiles." Ríos Martín, J. y Olalde Altarejos, A., *op. cit.*)



3° apartado del CPP se esgrime como un mecanismo concreto que permite a la Defensa, en ejercicio de los derechos de sus asistidos, para proponer una salida alternativa a la punitiva y, en el presente caso, junto con el compromiso personal, no solo de los imputados, sino principalmente de la víctima, permitió alcanzar la solución más justa al caso y más beneficiosa al bien común.

La judicatura, por su parte, resulta un eslabón central en la admisión de estas posibles soluciones. El Artículo 14 del CPP es un claro norte a seguir, pero sin propuestas claras de las partes y premisas superadoras, su concreción puede verse frustrada y es así, que en el entendimiento de que es esa norma y su interpretación armoniosa con el resto de la normativa, la que nos exhorta a utilizar mecanismos más restauradores que reparadores. No enfrascarse en ideas legalistas y elaborar un pensamiento crítico es la única forma de abrirse a un paradigma distinto como funcionarios públicos pacificadores.

Los operadores propiciaron, los operadores, acercaron, los operadores escucharon, los operadores propusieron y procuraron la solución.

## 5. JUSTICIA RESTAURATIVA COMO MECANISMO DE SANACIÓN, RESPONSABILIZACIÓN Y PREVENCIÓN

¿Qué es la justicia restaurativa?

“La justicia restaurativa es definida por las Naciones Unidas como una respuesta evolucionada al crimen, que respeta la dignidad y la equidad de cada persona, construye comprensión y promueve armonía social mediante la “sanación de la víctima, el infractor y la comunidad”<sup>4</sup>. Entre sus bondades se pueden señalar las siguientes:<sup>5</sup>

4 Bauché, E. (2019), “Justicia Restaurativa. Una mirada desde el paradigma de pacificación social y la experiencia judicial” en *Revista de Derecho Procesal Penal*, Número: 2019 (1 - Nuevas dimensiones del principio de legalidad en el proceso penal. Justicia restaurativa - I).

5 Naciones Unidas (2006), *Manual sobre programas de justicia restaurativa*, Serie de Manuales sobre Justicia Penal. Recuperado de [https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual\\_sobre\\_programas\\_de\\_justicia\\_restaurativa.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf)

<b>Las víctimas del delito tienen la oportunidad de...</b>	<b>Los delincuentes tienen la oportunidad de...</b>
Participar directamente en la solución de la situación y de las consecuencias del delito.	Reconocer su responsabilidad en el delito y entender los efectos del delito en la víctima.
Recibir respuestas a sus preguntas sobre el delito y el delincuente.	Expresar emociones (aun remordimiento) por la ofensa.
Expresar el impacto del delito sobre ellos.	Recibir apoyo para reparar el daño causado a la víctima o a la familia.
Recibir restitución o reparación.	Disculparse con las víctimas.
Restaurar, cuando sea adecuado, la relación con el delincuente.	Restaurar su relación con la víctima, cuando sea adecuado.
Lograr cierre.	Lograr cierre.

## 6. BREVES PALABRAS FINALES

Como operadores intervinientes podemos definir esta forma de solución como una en pocas. Si bien fue novedoso el planteo y la forma de abordaje.

De manera personal creemos realmente en la eficacia de estos encuentros. Creemos y vivimos con la plena convicción de aportar a los justiciables soluciones más justas, pero a veces ciertas resistencias, y el eficientismo judicial, encuentran en el castigo su forma más simplista de solucionar las contiendas.<sup>6</sup>

Este análisis, inevitablemente, nos lleva a plantearnos si realmente estamos preparados para enarbolar la bandera de la justicia restaurativa, y ello también nos llama a reflexionar si el actual modelo cumplirá las expectativas propuestas. Eso lo dirá el camino a recorrer, en definitiva. como todos los procesos, serán mejor meritutados dentro de un tiempo. Es posible que el eficientismo de evitar la congestión de los tribunales, cumplir con las estadísticas y el número de legajos, pero sin robustecer

<sup>6</sup> “En nuestro país, tendemos a confundir la propagación de métodos de solución de conflicto, como ser la mediación, la conciliación, la reparación integral, la *probation* y la remisión, con la puesta en marcha de un modelo que implica mucho más el simple encuentro entre las partes con el objeto de reparar el daño causado. No es posible sostener que nuestro sistema penal se nutra de un discurso restaurativo, sino más bien de la utilización de mecanismos ‘alternativos’ a la aplicación de una pena con una mirada reparadora solo para algunos casos y con un fin netamente vinculado con la descongestión de los tribunales” Lemkin, R. (2021), “Hacia un enfoque restaurativo del sistema penal”, en Ledesma, A. (dir), *El debido proceso penal*, Vol. 11, Buenos Aires: Hammurabi, pág. 21.

ámbitos de escucha activa, donde el interés de las partes y el efecto de las consecuencias de las acciones disvaliosas no cumplan con la manda de la pacificación, cuando el espíritu del presente sistema procesal es que tengan definitivamente un efecto restaurador en los hábitos y en el espíritu.

Para restaurar hay que detenerse, hay que escuchar, en ámbitos de tranquilidad y temple, sino la respuesta se vuelve vacía de contenido.

Por eso resulta oportuno, en este marco de recopilación sobre casos novedosos, poner sobre la mesa este tema que nos invita a reformularnos la pregunta: ¿estamos en condiciones, como estructura y como humanos, a receptar en nuestra labor diaria, programas de justicia restaurativa en el sentido estricto de su aplicación? La pacificación es el camino de construcción de una sociedad más justa y equilibrada, y si este caso sirve como un ejemplo para proseguir, es válido y fortalece el optimismo de su aplicación. Estamos en un tiempo primigenio, ello nos alienta a seguir capacitándonos, no sólo en la materia que nos compete, sino también en la articulación de la interdisciplina, herramienta fundamental para aplicar justicia restaurativa.

En este particular momento (otoño del año 2022) no podemos dejar de considerar que de la mano de este inmigrante ucraniano (V.K.) se acercó y se concretó la Paz.

## 7. AUTORES

Esta invitación que propuso el Colegio de Magistrados nos alentó y nos dio la posibilidad de plasmar en un artículo un caso que a los tres autores nos conmovió profundamente. En la ilusión de que sea un caso testigo, pero fundamentalmente, un “se puede”, fue que esos ejes nos alentaron a escribir, lo que significa en definitiva compartir la experiencia. Agradecemos muy especialmente esta posibilidad.

A los tres autores nos une, además de un respeto y cariño personal, una misma mirada sobre el tratamiento de los temas, cada uno en su área. Marcelo Alvarez Melinger, un juez experimentado que ha recorrido todos los caminos de la carrera judicial y con una tarea destacada en la Defensa Pública; Mónica Goye, una joven defensora que además fue empleada, que se ha formado en este tema, y que en la tarea cotidiana privilegia el tiempo de escucha de cada asistido; Elena Ruiz, comunicadora social,

que también tuvo el honor de trabajar como empleada en la Defensa Pública y que, junto a magistrados y funcionarios, intenta cada día ayudar a que los medios de comunicación sepan que detrás de cada caso, hay personas vulneradas y familias esperando un regreso, no solo físico sino, y fundamentalmente, un regreso a una vida en paz.

---

## Hacia un modelo de formación continua, para la consolidar la reforma procesal penal

Problema: el cambio de paradigma en el proceso  
penal ¿genera nuevas necesidades en la  
capacitación de las/los operadores del sistema?

**MIGUEL ÁNGEL CARDELLA\***

Desde fines de siglo pasado, surgieron procesos de reforma penal en Latinoamérica que han tenido su impacto en nuestra región patagónica, en la administración de justicia y la enseñanza universitaria<sup>1</sup>. Estos procesos transformaron los códigos procesales, basados en un paradigma inquisitorio, en otros basados en un paradigma acusatorio<sup>2</sup>. Río Negro cuenta con un nuevo Código Procesal Penal bajo el paradigma acusatorio adversarial, sancionado en el 2014, y en vigencia desde agosto del 2017.

Este cambio ha constitucionalizado definitivamente el sistema procesal y dejado de lado el sistema inquisitivo colonial, cuya cultura impregnó el derecho en nuestro país durante los últimos 200 años. La reforma procesal penal deja atrás un paradigma colonial, yendo hacia otro democrático.

\* Juez del Tribunal de Impugnación de la Provincia de Río Negro. Docente de la carrera de Abogacía mediante concurso público de la UNRN.

1 Marull, F. y Narvaja, S. (comp.) (2019), *Programa de formación para profesores universitarios en litigación oral: manual de ejercicios*, 1a edición, Santa Rosa: Universidad Nacional de La Pampa, E-Book. Recuperado de <https://www.unlpam.edu.ar/cultura-y-extension/edunlpam/catalogo/libros-de-interes-sociocomunitario/litigacion-oral-manual-de-ejercicios>

2 Rua, G. (2018), *Estudios sobre el sistema penal adversarial*. Buenos Aires: Didot.

A partir de este proceso, en Río Negro se han producido grandes cambios, como el fortalecimiento de la independencia e imparcialidad de los/as jueces, las funciones del Ministerio Público Fiscal y de la Defensa (pública/particular), la instauración de un sistema de audiencias con peticiones y resoluciones caracterizado por la oralidad, la contradicción e igualdad de armas, la tutela judicial efectiva y la protección de la víctima del delito, el sistema de garantías constitucionales y convencionales, la solución del conflicto primario y la aparición de la Oficina Judicial y, además, la participación ciudadana en la administración de justicia a través de los jurados populares, a partir del 1ero de marzo de 2019.

Es importante detenernos en que los cambios de paradigmas en el derecho precisan verdaderas transformaciones en las *prácticas* del derecho. Esto, sin dudas, incluye la necesidad de formación en los nuevos paradigmas y prácticas a los/as operadores del sistema (judicatura y los Ministerios de la Acusación y la Defensa).

Imaginemos una persona que ha sido recientemente designada como juez/a. Un/a abogado/a que se presenta a un concurso de antecedentes y oposición, será elegido/a en base a su experiencia y a su formación de grado, y eventualmente de posgrado. Luego del proceso de selección, se designa a quien queda seleccionado/a, y esta nueva funcionaria o funcionario de inmediato puede realizar audiencias, ordenar medidas, comenzar una investigación estratégica y hacer lugar a peticiones o resolver pretensiones procesales de la Fiscalía o la Defensa e incluso, dictar una sentencia.

Pero, ¿qué formación ha adquirido esta persona en las facultades de derecho? ¿Está preparado/a para todas las tareas que su nuevo rol requiere que conozca? La formación en derecho históricamente se ha caracterizado por ser de un fuerte componente teórico, sustentado en una enseñanza enciclopedista tradicional y transmisiva de normas jurídicas, con ausencia de análisis y de su práctica para el ejercicio profesional. Varios autores han dado cuenta de esta tradición en la enseñanza del derecho.<sup>3</sup>

3 Gozaini, A. (2001), *La Enseñanza del Derecho en la Argentina*, Buenos Aires: EDIAR.; Gerbaudo, G. y Gómez, A. (2014), "La enseñanza del Derecho Procesal Penal. Experiencias educativas" en *Revista sobre enseñanza del Derecho*, año 12, número 24, 2014, pp. 143-164; y Böhmer, M. (2005) "Metas comunes: La enseñanza y la construcción del

El fuerte componente teórico de la formación tradicional en derecho no brinda capacitación para los operadores judiciales en nuevas habilidades básicas como son saber narrar hechos, analizar, argumentar, negociar y decidir. En este esquema podemos encontrar grandes problemas si se puede asumir los cargos de juez/a, fiscal, defensor/a sin conocimientos sobre manejo de audiencias, técnicas de mediación, conciliación, negociación; realización de peticiones y argumentación oral; aspectos sociales y psicológicos de las relaciones humanas; teoría del conflicto. También podemos sumarle cuestiones como la ética e independencia judicial, la utilización de precedentes para resolver conflictos, la relación con los medios de comunicación social y el nuevo contexto donde se involucran las redes sociales.

Esta vacancia en la formación de los operadores judiciales puede ser cubierta por las Escuelas Judiciales como un complemento de formación teórica y práctica, y también por el Colegio de Magistrados y Funcionarios provincial que alberga estos intereses en su formación.

Es de destacar que la formación judicial continua es vista como una necesidad por parte de expertos en la temática. Como indica Alberto Binder, es necesario que los centros de formación judicial preparen planes curriculares que acompañen al sistema de justicia.<sup>4</sup> En este caso, lo necesario es un modelo de formación continua que acompañe y fortalezca la reforma procesal penal recientemente sancionada en Río Negro.

Nuestra provincia cuenta con la Escuela de Capacitación Judicial, que fue prevista por la Constitución Provincial como una atribución del máximo tribunal provincial (artículo 206 inciso 8vo) y fue gestada en el año 1995. Más tarde, la Resolución N° 397/2011 del Superior Tribunal de Justicia, modificó su estatuto y organigrama estableciendo la misión y funciones de esta Escuela, a saber: “La Escuela de Capacitación Judicial funciona como una unidad académica destinada a prestar sus servicios de capacitación y educación continua al Poder Judicial. Su propósito es la formación integral de todo el personal de la Administración de Justicia, entendiendo por tal a los empleados, funcionarios y magistrados del Poder Judicial” (artículo 2).

derecho en la Argentina” en *Revista Sistemas Judiciales*, año 2005, Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA).

- 4 Binder, A. (2004), “Los oficios del jurista: la fragmentación de la profesión jurídica y la uniformidad de la carrera judicial” en *Revista Sistema Judiciales*, Ceja, año 1 n° 1 - 2004.

Frente a la reforma procesal y a la necesidad formativa de los operadores, la Escuela de Capacitación Judicial de Río Negro se presenta como la institución más adecuada para brindar una formación integral continua a juezas, jueces, fiscales y defensores del sistema procesal penal para su consolidación, y para que la misma deje de ser esporádica y dispersa.

Se requiere la producción de conocimientos a fin de capacitar a juezas, jueces, fiscales y defensores/as del fuero penal, ya que de su formación depende la calidad del sistema procesal que se construya, y “la construcción de la legitimidad del Poder Judicial depende exclusivamente de la calidad de sus servicios y constituye la aspiración más elemental del Estado de Derecho”.<sup>5</sup>

De este modo, la Escuela Judicial es uno de los institutos adecuados para capacitar a quienes asumen nuevas funciones y nuevas prácticas.<sup>6</sup> La Organización Internacional de Formación Judicial, indica que todos los miembros del poder judicial deberían recibir formación antes o al recibir su nombramiento, y deberían también recibir capacitación regular a lo largo de sus carreras. En esa dirección, la formación judicial es esencial para garantizar los altos estándares de competencia y desempeño, y para preservar la independencia judicial, el poder judicial y las instituciones judiciales de capacitación deben ser responsables del diseño, contenido y distribución de la formación judicial.<sup>7</sup>

El otro, como recién hicimos mención, es nuestro Colegio profesional, que lleva adelante un acompañamiento en la formación y promoción de actividades vinculadas con la reforma procesal penal. La concreción y publicación de este libro demuestra su claro compromiso.

De este modo, tenemos que prepararnos para una renovación pedagógica, en función del cambio de paradigma procesal penal, estar dispuestos a la necesaria formación especial de sus operadores/as y, desde

5 Coppola, P. (2021), “La debilidad del sistema judicial”, en web institucional INECIP, pág. 2. Recuperado de <https://inecip.org/noticias/sin-vueltas-3-la-debilidad-del-sistema-judicial/>

6 Por ejemplo, una modalidad de estructura de sentencia (si había o no que indicar los hechos, con quē precisión señalar los fundamentos de los recursos que se hacen en forma oral), cómo podemos interrogar a las partes cuando no comprendemos a que apunta su presentación o una aclaración y otras muchas cuestiones. Pero concretamente nunca se indicó cómo deliberar.

7 V. <http://www.iojt.org>



luego, atentos a establecer un proceso de evaluación de esa formación judicial.

Estas líneas contienen el deseo que esta lectura aliente el compromiso de proponer y acceder a un modelo de formación frente a la reforma procesal penal que dé satisfacción a la capacitación continua a las y los operadores para sustentar y consolidar la reforma procesal penal.



---

## Presencias y ausencias de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en el Código Procesal Penal de la Provincia de Río Negro

**ROMINA CECILIA BRUNO\*, LAURA KROTTER\*\*  
Y MARIANELA UGARTEMENDÍA\*\*\***

En la Provincia de Río Negro se están cumpliendo cinco años de la vigencia del Código Procesal Penal –Ley 5020–, y si bien de su articulado surge que se han previsto diferentes aspectos destinados a garantizar los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos, la regulación de los procesos seguidos contra quienes cometen delitos siendo menores de edad aún no ha sido legislada, pese al compromiso plasmado en el art. 2 de esa ley, de dictar el “Código Procesal Penal Juvenil en un plazo de seis meses”.

- \* Coordinadora de la Comisión de Derechos del Niño, Niña y Adolescente/Penal Juvenil del Colegio de Magistrados y Funcionarios de Río Negro. Abogada, Magister en Derechos Humanos (UNLP), Especialista en Justicia Constitucional y Derechos Humanos (Universidad de Bolonia, Italia), Especialista en Derecho Penal y Criminología (UNLP) y Diplomada en Justicia y Prácticas Restaurativas (UCASAL). Relatora General del Superior Tribunal de Justicia de Río Negro –Secretaría Penal STJ–.
- \*\* Integrante de la Comisión de Derechos del Niño, Niña y Adolescente/Penal Juvenil del Colegio de Magistrados y Funcionarios de Río Negro. Abogada. Defensora de Menores e Incapaces de Viedma.
- \*\*\* Integrante de la Comisión de Derechos del Niño, Niña y Adolescente/Penal Juvenil del Colegio de Magistrados y Funcionarios de Río Negro. Abogada. Relatora General de la Defensoría General de Río Negro.

En la práctica se han presentado diferentes situaciones vinculadas con el alcance de los derechos y garantías, tanto de víctimas como de victimarios menores de edad, que fueron generando destacables precedentes. Asimismo, en el caso puntual de las personas menores de edad imputadas, ante la ausencia de normativa procesal específica, los casos debieron resolverse con las herramientas existentes, surgiendo algunos aspectos que han dado lugar a interesantes debates.

En el presente artículo abordaremos algunos de esos temas, a partir de las resoluciones judiciales donde han sido tratados.

## 1. PERSONAS MENORES DE EDAD IMPUTADAS

### 1.1. Intervención de querellantes particulares

Una de las cuestiones que debieron resolverse fue si debían admitirse o no querellantes particulares en este tipo de procesos. El Código Procesal anterior excluía de manera expresa esa posibilidad (Ley 2107, art. 68), y en la actualidad, ante la inexistencia de un Código Procesal específico sobre la materia que indique tal exclusión, únicamente contamos en el plano legal provincial con lo enunciado en la Ley 4109, que regula de manera más general los derechos y garantías procesales, además de principios generales tales como el interés superior del niño, norma que –como se verá– ha resultado de aplicación al analizar esta cuestión.

Este tema llegó al Superior Tribunal (causa “Rojas Milton Gastón Y V. J.A. S/Homicidio Agravado”, Legajo N° MPF-BA-02904-2017, Sentencia n° 16/18 de fecha 19/06/18) en un legajo donde se impugnaba una sentencia que no era definitiva, en tanto el querellante había sido admitido, se había homologado un acuerdo de juicio abreviado, pero esa parte no había realizado ninguna acusación y todavía no había tenido lugar la audiencia donde se evaluaría la eventual pena que le podría corresponder al adolescente que fuera declarado responsable. Se sostuvo que no podía saberse todavía si su actuación le ocasionaría un perjuicio al imputado, por lo que no se hizo lugar al planteo. El Superior Tribunal convalidó así lo argumentado por el Tribunal de Impugnación, sin perjuicio de aclarar que la decisión no implicaba una toma de postura sobre la cuestión de fondo, ya que ésta podía ser replanteada.

Por su parte, el Tribunal de Impugnación tuvo la oportunidad de expresarse sobre el tema en diferentes pronunciamientos. El primero a destacar es el dictado el 11 de julio de 2018 en el Legajo MPF-VI-00728-2017 “S. J. F. Y Otro S/ Homicidio –Sentencia n° 104/18–, en el que la Defensora de Menores Patricia Arias había impugnado –entre otras cuestiones– la decisión del Juez de Revisión que confirmaba la constitución del querellante en el proceso. En dicha oportunidad, el Juez Adrián F. Zimmerman, en su voto que conformó la mayoría, sostuvo que de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 1 y 2 de la Ley 5020, si bien aún no se ha aprobado el Código Procesal Penal Juvenil, de ninguna forma puede entenderse que existe un vacío normativo sobre la cuestión, puesto que rige la ley 4109, de cuyo art. 68 inc. b se desprende el derecho y la garantía de los adolescentes imputados por un delito penal a “ser investigado por un fiscal”, que no es igual a un querellante (en cuanto a funciones, atribuciones, etc.), y que prevalece frente al derecho e interés legítimo a querellar, según el art. 10 Ley 4109. El Juez Miguel A. Cardella, por su parte, conformó la mayoría aclarando que ya había expresado su postura en el caso “Rojas”, confirmada luego por el STJ, agregando aquí que corresponde decidir a favor de la protección especial convencional del joven menor de edad, porque de lo contrario habría una retrocesión sobre la prohibición de constitución de parte querellante que estaba prevista en el art. 68 de la Ley 2107.

Esa postura mayoritaria se consolidó como criterio del Tribunal de Impugnación en posteriores decisiones, como las dictadas el 4 de diciembre de 2018 en el Legajo MPF-CI-02312-2017 “S., A.A S/Homicidio Agravado Por El Uso De Arma De Fuego” –Sentencia n° 215/18– y el 12 de diciembre de 2018 en el Legajo MPF-VI-01399-2017 “C. L. E. S/ Abuso Sexual” –Sentencia n° 222/18–. En el último de los casos referidos, la Jueza María Rita Custet Llambí, además de fundar su postura en lo previsto en el art. 68 de la Ley 4109, comenzó su voto recordando que en el tema resulta de ineludible aplicación el *corpus iuris* de niñez y los principios de derechos humanos, al considerar que

(...) las acciones en infracción a la ley penal cometidas antes de los 18 años -aun cuando fueran juzgados luego de que el infractor cumpliera esa edad- se encuentran sujetas a la aplicación de las reglas especiales derivadas de la Convención de los Derechos del Niño (art. 37 y 40) (...) En el régimen penal juvenil se ha sostenido que “el elemento retributivo del derecho penal ordinario

es inapropiado dentro del sistema de justicia juvenil” (Informe CIDH Derecho Penal Juvenil y Derechos Humanos en las Américas, 2011). En concordancia con tal principio el anterior régimen procesal excluía expresamente la querella en los casos en que los acusados fueran personas menores de edad (art. 68 Ley 2107 T.O. 4270 -derog.-). El desconocimiento de tal límite al *ius puniendi* afectaría no sólo los principios derivados de la Convención de los Derechos del Niño sino también el principio de la no regresividad en el reconocimiento de derechos humanos. Esto tiene su razón de ser en que -dentro del marco del derecho penal juvenil- el avance punitivo se relaciona estrictamente con el interés público que persigue el fiscal relacionado con “promover la reintegración del niño y que este asuma una función constructiva de la sociedad” (art. 40 CDN). En esa línea el Comité de los Derechos del Niño (ONU) “subraya que la protección del interés superior del niño significa que los tradicionales objetivos de la justicia penal, a saber, la represión o el castigo, deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia restitutiva cuando se trate de menores delincuentes” (Observación General 14) en función del Interés Superior del Niño (art. 3). Dicha finalidad, reintegrativa y restaurativa, ha sido asumida como compromiso por el Estado Argentino al suscribir la Convención de los Derechos de Niño. En nuestros ordenamientos tal carga reposa en cabeza del Ministerio Público Fiscal y Jueces constitucionales (por aplicación de la doctrina del Control de Convencionalidad) y difícilmente coincidan con los intereses perseguidos por la parte querellante;

agregando que, de conformidad a todo ello,

(...) queda claro que en el caso los hechos acaecidos durante el lapso temporal en que el imputado era menor de edad se encuentran alcanzados no sólo por los principios convencionales citados, sino también, por la limitaciones impuestas por la Ley 4109 que deriva y reglamenta dichos principios. En especial el art. 68 inc. b impone el derecho a ser investigado por “un fiscal”, excluyendo la posibilidad de participación de la querella tal como fuera sostenido por el Tribunal de Impugnación en el precedente [“S.J.F.”]’ (Se. 104/18).

## 1.2. Audiencias reservadas, no públicas

Este tema también fue abordado por el Tribunal de Impugnación en el precedente “S.J.F.” antes comentado, donde nuevamente se acogió la pretensión de la Defensa del adolescente, aunque, a diferencia del ítem anterior, se resolvió de manera unánime.

La Defensa había pedido celebrar la audiencia donde solicitaría el sobreseimiento de su representado, menor de edad, en los términos del art. 73, inc. 1 del CPP con carácter reservado. Ante el rechazo del Juez de Revisión, el planteo llegó al Tribunal de Impugnación. Según se reseña en la sentencia, la Defensa argumentó que en la audiencia que se había realizado –y que sería retomada– “hubieron varios planteos y aunque no se resolvió el sobreseimiento, durante el período de tiempo que duró esa audiencia el joven fue expuesto frente al público, se dieron su nombre y sus datos personales” y destacó que “se debe cuidar la privacidad del proceso en todas sus etapas en las que está inmerso un joven menor de edad”. Mencionó –entre otros fundamentos– el “proyecto de ley enviado por el STJ al Poder Legislativo, en tanto, “si bien es un proyecto de ley refleja que el STJ ha adoptado el trato diferenciado respecto de los imputados menores de edad”.

Vale aclarar que, sobre este punto, el Ministerio Público Fiscal prestó conformidad con el planteo de la Defensa del Joven, por considerar –entre otros argumentos– que el derecho a la publicidad no es absoluto, y por coincidir en que la exposición del joven puede afectar su integridad y su desarrollo, y que corresponde al Estado garantizar su seguridad y el plus de derecho que tiene.

Al resolver, el Tribunal de Impugnación lo hizo a partir de la aplicación de las leyes provinciales. Sostuvo que si bien no se había aprobado todavía el “Código Procesal Penal Juvenil” previsto en el art. 2 de la ley 5020, “de ninguna forma puede entenderse que existe un vacío normativo sobre la cuestión puesto que rige la ley D 4109 que ‘tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes de la Provincia de Río Negro’ (art. 1)”, a lo que sumó que

Se aplica el Código Procesal Penal ley 5020 con las restricciones/adaptaciones que surgen de los derechos y garantías específicos (que detalla el artículo 68 en sus incisos), que emanan de los lineamientos reconocidos en normas

internacionales de derechos humanos, muchas de ellas con jerarquía constitucional, encaminadas a hacer efectiva una mayor protección a los niños, niñas y adolescentes que sean sometidos a procesos de responsabilidad penal juvenil. Ello así en razón de que el orden jurídico debe ser interpretado como un todo armónico, evitando aquel sentido que “(...) ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras, y adoptando como verdadero, el que las concilie, y deje a todas con valor y efecto” (CSJN, Fallos T. 1, pág. 300).

Puntualizó entonces que “(l)as niñas, los niños y los adolescentes imputados por un delito penal tienen el derecho y la garantía a que ‘toda actuación’ del proceso penal sea ‘estrictamente confidencial’ (art. 68, inc. f) de la ley D 4109)” y que ese “derecho y garantía de los menores imputados no es más que un supuesto especial para que las audiencias se realicen totalmente en forma privada (conf. art. 73, ley 5020)”.

### **1.3. Persona menor de edad, privación de libertad, ausencia de riesgo procesal y sistema de protección integral de la infancia y la adolescencia**

La cuestión referida a la competencia jurisdiccional para disponer medidas proteccionales respecto de personas menores de edad también fue objeto de resolución en estos años de vigencia del Código Procesal Penal.

El tema fue tratado por el Tribunal de Impugnación en la sentencia dictada el 12 de abril de 2019, en el Legajo MPF-BA-00830-2019 caratulado “Q.L.M y Otros c/ V.A., V.M.E, L.M.E y V.A”, en la que se resolvió hacer lugar a la impugnación deducida por el Defensor de Menores Javier Ospital, anulando por falta de competencia las resoluciones de los Jueces de Garantías y de Revisión que, respectivamente, habían ordenado y confirmado la internación de los menores de edad V. y L. en Centros Socio-Educacionales; se dispuso también que se haga saber a la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia (SENAF), que deberán tomar urgente intervención en los términos del art. 39 de la ley D N° 4109, a efectos de la protección integral de los referidos adolescentes.

Para así resolver, el Juez Carlos M. Mussi –voto al que adhiere la Jueza María Rita Custet Llambí– sostuvo que

(...) el Juez de Garantías se ha extralimitado en sus funciones al disponer medidas de protección privativas de la libertad en contra de adolescentes -A. V. y



de M. L.-, y fundadas solo en el pretexto de “protegerlos”, sin haber respetado garantías del debido proceso que impone el sistema de protección integral de la infancia y adolescencia (Ley nacional 26.061 y Ley provincial D 4109).

Con cita del art. 33 de la Ley 26061, consideró que la competencia para disponer la institucionalización de los adolescentes en orden a su estado de vulnerabilidad es exclusiva de los organismos administrativos protectores reglados por la ley 4109, y tal decisión debe ser revisada (en los términos del art. 9 de la Convención de los Derechos del Niño) por la autoridad judicial competente, que en el caso de la provincia de Río Negro son los jueces de familia (conf. art. 40 Ley D 4109).

En ese sentido, afirmó que para privar de libertad de manera cautelar a un menor de edad punible la justicia penal tiene que corroborar la configuración de riesgos procesales –al igual que en el caso de los adultos–, o sea, “(...) cuando este puede de algún modo entorpecer la investigación penal o no atender los llamados para comparecer ante la justicia, y la disposición de su restricción ambulatoria debe en ese caso, ajustarse a los términos de los artículos 109 a 110 del CPP, naturalmente en instituciones autorizadas para la privación de libertad de los menores de edad”.

Se desprende con claridad del antecedente referido que para los supuestos en los que se busca brindar una “protección integral” a la persona menor de edad, las medidas a adoptar son las previstas en los art. 36 a 46 de la ley 4109, siendo el organismo administrativo el encargado de disponerlas, con el posterior y correspondiente control jurisdiccional del fuero de familia.

## **2. PERSONAS MENORES DE EDAD VÍCTIMAS**

### **2.1. Declaración de personas menores de edad en carácter de testigos, como anticipo jurisdiccional de prueba**

El tema referido a la interpretación que debe darse al art. 150 apartado 4) del Código Procesal Penal llegó a instancia de Tribunal de Impugnación en el Legajo MPF-VI-00491-2021 “N. W. F. M. S/ Abuso Sexual, Amenazas, Privación Ilegítima De La Libertad”, en virtud de un planteo realizado por la parte defensora, quien alegaba la afectación de garantías convencionales

previstas en favor del imputado, a raíz de la recepción del testimonio de una testigo menor de edad (17) mediante el dispositivo Cámara Gesell. Afirmaba la defensa que, en principio, a partir de los 16 años las personas menores de edad no deben declarar mediante dispositivo Cámara Gesell, salvo que la Defensa de Menores demuestre el riesgo de que la declaración se realice de modo directo.

El 4 de agosto de 2021 el Tribunal de Impugnación resolvió no hacer lugar al recurso deducido por la defensa, por considerar la inexistencia de gravedad tal que habilite la instancia, y convalidó de esa manera, la decisión del Juez Revisor Juan M. Brussino Kain quien dispuso que la recepción de la declaración testimonial debía realizarse mediante el dispositivo de Cámara Gesell.

Para así resolver, el referido Juez manifestó en audiencia que es indudable que el art. 150 del Código Procesal Penal establece como principio que la declaración de personas menores de edad es a través del dispositivo de Cámara Gesell, y si bien ello no implica que todas las declaraciones deban llevarse a cabo bajo este mecanismo, es clara la existencia de un principio general en dicho sentido. Sostuvo que a modo de excepción se puede prescindir de dicho dispositivo, en caso de que exista opinión favorable de la Defensoría de Menores y ante la inexistencia de riesgo para el testigo, aclarando que dicha opinión jurídica en el marco del proceso penal, debe ser fundada.

Fundamentó su postura en que los arts. 3 y 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño que establecen claramente un plus proteccional que, en confrontación con lo alegado por la defensa, debe primar, afirmando que el derecho del niño a ser oído es la pieza fundamental en esta cuestión tratada, valorando que en el caso la joven ya se había expresado en relación a su deseo de declarar bajo la modalidad de Cámara Gesell (así lo había hecho saber a la Defensora).

Afirmó que no hay vulneración del derecho de defensa y, en consecuencia, no hay agravio. Si bien ponderó que existen restricciones a los principios de inmediación y contradicción, ello tiene fundamento suficiente en el plus proteccional ya mencionado. Resaltó que en el caso de que la joven hubiese estado de acuerdo y la Defensora de Menores se hubiese expresado en ese mismo sentido, nada obstaría a que la adolescente pudiera declarar fuera del dispositivo Gesell, pero al no darse estas dos circunstancias, la cuestión estaba resuelta.

Valoró que el legislador diagramó el anticipo jurisdiccional de prueba de esta manera porque tuvo en cuenta la situación especial de las personas menores de edad. Mencionó que si bien es cierto que el art. 150 es deficiente en su técnica legislativa, la resolución previa desconoció que si el legislador estableció una regla general y dos requisitos para la excepción al uso del dispositivo bajo análisis, ello no fue por olvido ni ignorancia, en tanto el Código Procesal Penal ha sido sancionado por unanimidad. Sostuvo que si ello fuera un error, existen mecanismos para solucionarlo como la reforma legislativa, instancia que permitiría brindarle mayor claridad a su redacción.

A su vez consideró que en el caso, además de valorarse la niñez de la testigo, debe mirarse la cuestión desde una perspectiva de género, ponderando los hechos sobre los que trata la investigación. Entendió entonces que debe primar la obligación de proteger a las personas mujeres menores de edad, cuando tienen que declarar ante un tribunal en cuestiones tan graves como las que se investigaban en ese proceso.

Afirmó que la protección del art. 150 tiene su razón de ser y reiteró que la entrevista bajo el dispositivo Cámara Gesell, como principio, es lo que establece la ley como modalidad menos lesiva para la persona menor de edad.

### 3. REFLEXIONES FINALES

Como miembros de la Comisión de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes – Penal Juvenil del Colegio de Magistrados y Funcionarios de Río Negro, vemos con beneplácito la jurisprudencia procesal que se ha ido gestando y consolidando en la materia a lo largo de estos cinco años de vigencia del Código Procesal Penal acusatorio.

Las resoluciones emanadas de los jueces y juezas de la provincia, sobre todo en instancias revisoras, han resultado de suma trascendencia a la hora de fijar criterios procesales respetuosos de los derechos y garantías de las personas menores de edad víctimas o victimarias de delitos.

Sin embargo, respecto de las personas menores de edad imputadas, tales avances significativos en materia jurisprudencial no suplen la relevancia de contar con normas procesales específicas a la brevedad. Hemos manifestado nuestra preocupación al respecto a la Comisión Directiva y,

a través de ella, a la Legislatura rionegrina. Si bien sabemos que, como hemos visto, su falta de sanción no ha impedido la resolución de los casos concretos que se han venido tramitando, tenemos la convicción de que su existencia, además de brindar certeza sobre estas temáticas a los y las operadores del Sistema de Justicia, redundará en una mayor protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes de nuestra provincia sometidos a procesos penales.

---

# La reforma procesal de familia y su impacto en el proceso penal

**VANESA CASCALLARES\* Y VERÓNICA VILLARRUEL \*\***

## 1. INTRODUCCIÓN

Con la implementación de la reforma procesal penal conf. Ley 5020, en el año 2017 la Fiscalía tomó mayor protagonismo en la investigación de hechos acaecidos en contexto de violencia de género. Allí y con el devenir del avance de este nuevo sistema procesal se hizo palmaria la necesidad de implementar medidas de resguardo de la mujer víctima, en pos de (primordialmente) neutralizar el riesgo procesal de entorpecimiento a la investigación penal, y permitir de esta manera el desarrollo de la investigación y el proceso penal. Concordantemente, también la de asegurar la integridad psicofísica de la mujer en cumplimiento de las normas internacionales suscriptas por el Estado Argentino (Belem Do Pará y CEDAW).

En cuanto a la adopción de medidas cautelares en el fuero penal, las mismas solían coexistir con las adoptadas en el fuero de familia en función de los procesos iniciados en el marco de la Ley 3040 (reformada por ley 4142). De hecho, la infracción a las medidas adoptadas en el fuero de

\* Abogada, Agente Fiscal de la Unidad Fiscal Descentralizada de Villa Regina desde el año 2018.

\*\* Abogada, Especialista en Derecho Penal y Ciencias Penales, Agente Fiscal de la Fiscalía N° 2 de General Roca, Ex Fiscal Adjunto de la Unidad Fiscal Descentralizada de Villa Regina.

Familia en muchas ocasiones dio origen al inicio de investigaciones penales por delitos, como lo es la desobediencia a una orden judicial.

Al tránsito de esta reforma procesal penal, se agregó que en el año 2020, mediante Ley 5396, se produjo la entrada en vigencia del Código Procesal de Familia, delimitando la intervención de los juzgados de familia en aquellos hechos traídos a su conocimiento, los que *prima facie* constituyen ilícito penal.

Establece el nuevo texto normativo del ámbito de familia, que los organismos de ese fuero deben adoptar medidas de resguardo urgentes (art.148 CPF), con inmediata vista a la fiscalía a efectos de que continúe el seguimiento de la situación, provocando el archivo del expediente de familia ante el cumplimiento del plazo o condiciones de disposición de la medida cautelar. Es decir que, en el caso de avizorar la existencia de un delito penal, el Juzgado de Familia (o el Juzgado de Paz en su caso) solo debe adoptar medidas cautelares urgentes y dar vista a la Fiscalía, debiendo a tal efecto observarse lo establecido en el Protocolo de Actuación para el abordaje de la violencia Familiar y de Género en el Fuero de Familia, Juzgado de Paz, Ministerio Público y Policía Provincial aprobado por la Acordada 15/2022 de Superior Tribunal de Justicia Provincial.

Ahora bien, la intervención de la Fiscalía en los casos de violencia de género no puede solo limitarse a la investigación del hecho penalmente reprochable. Estos delitos, por las particularidades de sus actores, los que se diferencian de otros delitos como los de contenido patrimonial (robos, estafas, etc.), no pueden ser abordados de manera aislada pretendiendo lograr éxito en su investigación y en la solución del conflicto base. Es absolutamente necesario articular con los organismos dependientes de los restantes poderes del Estado, a fin de trabajar de manera conjunta con el fin de empoderar a la mujer y permitir que la misma transite el proceso de manera libre y sin condicionamientos.

Es eso precisamente lo que nos proponemos exponer en estas breves palabras, comentando al lector nuestra experiencia obtenida en el día a día de la Fiscalía en la que prestamos funciones.

## 2. NUESTRA EXPERIENCIA EN LA UNIDAD FISCAL DESCENTRALIZADA DE VILLA REGINA

### 2.1. Estado de situación

Con la entrada en vigencia del Código Procesal de Familia, comenzamos a anoticiarnos de hechos presuntamente delictivos canalizados por distintos medios como ser: por vistas conferidas por el juzgado de familia, las que eran acompañadas de dispositiva de medidas cautelares; denuncias radicadas por mujeres en función de la Ley 3040; por noticia *criminis* de comunicación con organismos externos al Poder Judicial (por ejemplo: áreas de salud pública, Secretaría de Igualdad y Género, etc.).

Frente a ese anoticiamiento se nos presentaban varios desafíos. Primero determinar si del mismo surgía *prima facie* la comisión de un hecho con relevancia jurídico-penal.

Seguidamente, y en el caso de la existencia de un ilícito penal, ¿qué hacer con los hechos que constituyen delitos de lesiones leves? Teniendo presente que los mismos, conforme lo prescripto por el Art. 72 inc. 2 del Código Penal, son dependientes de instancia privada, lo que requiere que la víctima inste la acción. Esto porque en las entrevistas que se les realizan a las víctimas y/o denuncias por ellas formuladas en sede policial, no se les consulta sobre su deseo de instar la acción o bien, si ello ocurre, las mismas se pronuncian de manera negativa.

Frente a esta situación, hemos adoptado la postura más amplia, en cuanto entendemos que la investigación, persecución y castigo de los delitos cometidos en contexto de violencia de género es una obligación del Estado Argentino, conforme al plexo normativo legal, constitucional y convencional vigente<sup>2</sup>, lo que implica un interés público en la persecución de

2 Bloque normativo que se encuentra compuesto por la ley N° 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que desarrollan sus relaciones interpersonales (2009), adherida por el Estado de la provincia de Río Negro en el año 2011, a través de la ley N° 4.650; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1981), la cual fue incorporada al texto de la Constitución Nacional en su reforma del año 1994 (art. 75, inc. 22); y por la ley N° 26.171 (2006) que aprueba el Protocolo Facultativo de la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 6 de octubre de 1999;

estos delitos que justifican el accionar de oficio de la Fiscalía. Sobre todo en aquellos casos en los cuales las víctimas radican denuncias en el marco de la Ley 3040, manifestando expresamente no querer accionar penalmente, empero que en el análisis de la situación en particular la misma resultaba de gravedad. Se agrega además que en muchos de esos casos víctima y victimario registraban procesos previos (en trámite o concluidos) en el fuero de familia y/o penal, denotando una problemática histórica en el seno de esa relación, que requería que los organismos judiciales actuaran con la debida diligencia reforzada (v.gr. “Campo Algodonero”, Corte IDH).

A todo ello, solía sumarse que frente a la citación cursada por parte de la Fiscalía a la mujer, la misma no comparecía. Entonces, consultábamos las constancias existentes en el fuero de familia, donde constatábamos que no existía nuevo contacto de ese fuero con la víctima con posterioridad a la radicación de la denuncia, la que se debía a la incomparecencia de la mujer a las citaciones y notificaciones, agravándose aún más la situación ante la existencia de niños, niñas y adolescentes (hijos de la pareja y/o de parejas anteriores). Va de suyo que ante este panorama, nuestra actitud era de intervención, no con fines paternalistas sino más bien de prevención, pues sabido es que la violencia no controlada solo escala en su intensidad y gravedad.

Así iniciamos investigaciones de oficio, tratando de llegar a la víctima utilizando las herramientas disponibles, tanto las propias del sistema penal como echando mano del auxilio y cooperación de organismo externos al Poder Judicial.

De la práctica, logramos percatarnos de que nos encontrábamos ante una víctima en situación de vulnerabilidad, que muchas veces no comparecía a las citaciones cursadas porque había retomado la relación con el agresor; retorno que muchas veces (por no decir todas) no era libre, sino condicionado a situaciones de dependencia económica, habitacional, emocional (por ejemplo: “mi hija se duerme llorando pidiendo por su padre”), psicológica, entre otras.

En este contexto se reiteraban los hechos de violencia, y originaban nuevos expedientes de familia (que se acumulaban al ya existente), y nuevos legajos penales; y así sucesivamente, y el conflicto no cesaba. Por

y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, denominada “Convención de Belem Do Pará”.



el contrario, el conflicto se incrementaba en cuanto a la gravedad de las consecuencias (mayor nivel de violencia); mayor poder del hombre ofensor sobre la mujer ante la inexistencia de una respuesta de la justicia frente a la reiterada comisión de hechos (impunidad). Esto a su vez generaba dos situaciones: sensación de impunidad en el hombre agresor, y mayor temor de desamparo en la mujer víctima ante la inacción de la Justicia.

Por otro lado, en los casos en que la mujer sí comparecía a las citaciones, se generaba su revictimización ante las múltiples intervenciones sobre ella por parte de los distintos organismos (Equipo Técnico Interdisciplinario –en adelante ETI–, Oficina de Atención a la Víctima –en adelante OFAVI–, etc.), de los distintos fueros, y el transitar de la mujer por varios edificios judiciales o, en el mejor de los casos, en distintos organismos en el mismo edificio.

Ambas reformas procesales, de familia y penal, permitieron que ambos fueros tuviéramos un trato más informal, tendiente al tratamiento coordinado del conflicto, interviniendo de manera conjunta y con la ayuda de los organismos pertinentes, evitando la sobreintervención de la víctima, pero sobre todo permitiendo que la problemática fuera abordada desde sus raíces.

## **2.2. La labor realizada frente a estos casos**

Ante este estado de situación, es nuestra intención comentar y compartir con el lector distintas experiencias que vivimos, planteando las particularidades del caso, las dificultades con las que nos encontrábamos y cómo, en ese entonces, pudimos sortearlas con las herramientas con las que contábamos.

Seguidamente describiremos paso por paso cómo hemos abordado la problemática en nuestra tarea diaria.

Primer Paso: El anoticiamiento. Principalmente la puesta en conocimiento del hecho sucedía a través de la Comisaría de la Familia, unidad especializada en la temática, con las herramientas adecuadas. Por ello resultaba necesario que esa unidad de orden público posea comunicación permanente con el Juzgado de Familia y el Ministerio Público Fiscal. Esto permitía el abordaje inmediato de las situaciones agudas, y el conocimiento sobre denuncias y/o antecedentes de la situación, los cuales se encontraban exteriorizados muchas veces en exposiciones; otras, en

intervenciones de la comisaría en función del código de faltas o ley orgánica de la policía, circunstancias que nunca llegaban a conocimiento de organismos judiciales.

En ese sentido, articulábamos con los responsables de las unidades de orden público y muy especialmente con la Comisaría de la Familia, para lograr que los funcionarios se comunicaran de manera informal e inmediata (la mayoría de las veces a través de la aplicación Whatsapp), ante la toma de escrito por parte de la unidad policial, sea cual fuere el fuero en el que se orientara el escrito (es decir sea denuncia por Ley 3040 o penal). Esta articulación nos permitió tomar conocimiento inmediato de la situación y captar la problemática a tiempo; no dilatando la intervención supeditándola a la puesta en conocimiento formal.

Así, no debíamos esperar a que el fuero de familia nos corriera vista; pero además se sumaba el conocimiento que los funcionarios policiales tenían sobre la problemática en particular, esto es, la historicidad del conflicto, la que muchas veces no se encuentra plasmada en constancia judicial alguna.

Segundo Paso: Coordinación del trabajo en conjunto. Producido el anoticiamiento se coordinaba ese conocimiento, adquirido por el Ministerio Público Fiscal, con la Secretaría de Igualdad y Género y/o Jueza del Juzgado de Paz o Familia. Este compartir de la información, totalmente informal (de manera telefónica y/o personal) lo era con el fin de articular la disposición de medidas urgentes e inmediatas de resguardo de la víctima dentro de las posibilidades de cada fuero, sin que las mismas impliquen superposición entre sí (por ejemplo: consigna policial permanente, rondines policiales, etc.), y asegurando que dichas medidas resultaran lo más eficaces posible.

Por su parte, es dable destacar que la implementación del sistema SEON en la gestión de expedientes del fuero de familia, y la vinculación de los funcionarios a los procesos allí registrados, ha beneficiado en cuanto a la celeridad de la toma de conocimiento de las medidas adoptadas por el fuero de Paz o de Familia y las intervenciones por ellos dadas, permitiendo acceder a los informes confeccionados por los organismos de ese fuero (por ejemplo: Equipo Técnico Interdisciplinario).

Tercer Paso: Evaluación de las medidas proteccionales. Esas medidas eran posteriormente evaluadas, no solo en su sostenimiento en el tiempo,

cumplimiento, sino también en su modificación o sustitución en el caso de ser necesario.

Traemos como ejemplo un caso en el que intervenimos, en cual a través de las comunicaciones con el Juzgado de Familia acordamos que la consigna policial en el domicilio de la víctima fuera ordenada por dicho Juzgado, y a su vez, que la orden de detención del imputado la dispusiera el Ministerio Público Fiscal en los términos del art. 108 C.P.P. A ello le siguió, temporalmente, la detención efectiva del agresor, permitiendo de esa manera su notificación fehaciente respecto de las medidas cautelares dispuestas en el fuero de Familia (prohibiciones de acercamiento que en el caso aún no habían sido notificadas), como así el requerimiento de la Fiscalía de la audiencia de formulación de cargos y medida cautelar (art. 99; 100 cc y ss. CPP) para resguardar los fines del proceso.

Una vez producida la audiencia y dispuesta la prisión preventiva como medida cautelar en el fuero penal, nuevamente nos comunicamos con el Juzgado de Familia anoticiándole lo acaecido en dicha audiencia, y se analizó la conveniencia o no de mantener, modificar o sustituir las medidas proteccionales dictadas en el marco de la ley 3040; ello teniendo en cuenta que aún con el agresor en prisión preventiva debía evaluarse mantener la medida de custodia policial ante la posibilidad de represalias por parte de los familiares y/o allegados del imputado hacia la víctima o sus bienes.

Vale aclarar que frente a esta situación hoy día, con la vigencia de la Acordada 15/2022 del STJ, el proceder sería distinto, ya que las medidas adoptadas en el fuero de familia dejarían de subsistir una vez que el Ministerio Público Fiscal tome intervención y solicite otras medidas, o requiera la continuidad de las mismas ante el/la Juez/a de garantías.

No obstante, es dable remarcar que desde el fuero penal y conforme lo prescriben los arts. 12, 52 inc. 3, 59, cc y ss del C.P.P., Ley 26.485 de Protección Integral de las Mujeres y Ley 27.372 de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos, el Ministerio Público Fiscal se encuentra habilitado para requerir al/a la juez/a o imponer *in audita parte* medidas de protección en resguardo de la integridad psicofísica de la víctima, las cuales incluso pueden ser adoptadas de oficio.

### 2.3. La intervención con la víctima en el fuero penal

Mención particular merecen las reacciones y posturas adoptadas por las víctimas ante el inicio y avance del proceso penal.

Muchas víctimas acompañan el avance del proceso con su asistencia a las citaciones que les son cursadas desde la Fiscalía y organismos intervinientes (siempre en el intento de que las mismas sean las menos posibles en pos de no entorpecer el desarrollo normal de la vida de la mujer). Otras en cambio, se comportan de manera reticente a las citaciones, y ello debe ser evaluado con perspectiva de género.

En algunas ocasiones la mujer no comparece a las citaciones porque ello le provoca complicaciones en su trabajo; en otras la ausencia se funda en la imposibilidad de dejar solos a sus hijos; muchas otras, atenta contra su presentación la distancia que la separa del centro de justicia, vinculado además a las dificultades económicas para procurar su traslado a la sede judicial.

Allí cobra relevancia la intervención y apoyo de organismos del Estado como la Secretaría de Igualdad y Género, que a través de sus programas ayuda a las mujeres a sobrellevar y mantener la separación del varón agresor desde el punto de vista económico (más allá del apoyo psicológico y acompañamiento de los operadores).

La Fiscalía cuenta con un recurso muy importante, la Oficina de atención a la víctima (OFAVI<sup>3</sup>). Este organismo interviene y articula con organismos de otros poderes del Estado como la Secretaría de Igualdad y Género (en adelante SIG) y Secretaría de la Niñez Adolescencia y Familia (en adelante SENAF), áreas de servicio social de los municipios, etc.

Lo fundamental es el trabajo conjunto, evitando la sobreintervención a la víctima, concentrando en la medida de lo posible, todas las intervenciones en una sola oportunidad (OFAVI - SIG/SENAF; OFAVI - entrevista en Fiscalía), evitando la revictimización y permitiendo que la información vertida por la víctima sirva para los fines de cada uno de los organismos partícipes en el marco de su incumbencia profesional.

3 Su creación, misiones y funciones se establecieron mediante I.G. N° 16/17 P.G., reglamentando las funciones que establece el art. 43,1 de la Ley K 4199 de Ministerios Públicos de Río Negro.

El trabajo en conjunto con organismos como los mencionados y también con organizaciones no gubernamentales de apoyo a mujeres víctimas de violencia de género, resulta de fundamental importancia para el abordaje integral de la situación de vulnerabilidad de la mujer, pero ello también redundará en un beneficio procesal: la víctima comparece a las citaciones posibilitando intervenciones, y con ello la confección de informes y dictámenes de los profesionales, los que serán utilizados en el proceso penal que se sigue contra el ofensor.

No debemos pecar de inocentes y pretender que una mujer que ha sido víctima de violencia psicológica, física y/o económica ejercida por su pareja, una vez producida la separación del mismo y el cese de las conductas violentas, pueda valerse por sí misma sin apoyo y ayuda. Requiere que le sean otorgadas herramientas válidas que le permitan lograr su empoderamiento. Este empoderamiento es un proceso, no se logra solo con el cese de la violencia. Una mujer que ya no es violentada por un hombre no deja de ser víctima si el Estado la abandona a su suerte, sin vivienda, sin una fuente de ingresos que le permita solventarse y sostener la separación del agresor. Esta situación se agrava aún más si existen hijos en la pareja.

Ese estado de vulnerabilidad puede generar que la víctima retome la convivencia con el agresor. Va de suyo que ese “volver” no es libre, no es voluntario; la mujer se ve arrinconada a tomar la decisión de retomar la relación violenta a efectos de procurar el cumplimiento de sus necesidades más básicas así como la de sus hijos. Muchas veces, la no comparecencia a citaciones cursadas a la mujer se debe precisamente a que retornó la relación bajo estos condicionamientos.

El abordaje de la problemática de género requiere una intervención interdisciplinaria y de los distintos organismos del Estado (de todos los poderes del Estado), que brinden contención y apoyo a la mujer y sus hijos en el transitar de esta nueva vida sin violencia; sin que los mismos sufran carencias que los lleven a volver (por necesidad) con el agresor, donde la violencia será de una escala mayor a la anterior a modo de represalia y escarmiento para que no intente la vía legal nuevamente.

## 2.4. Comentario a un caso particular

¿Alguna vez tuvieron a una víctima cuya retractación haya llegado al punto de encontrarnos en una audiencia con ella sentada junto al Defensor? ¿Dejamos, como funcionarios, de solicitar medidas cautelares y de resguardo ante la postura de pretensa retractación de la víctima?

Nos sucedió. En nuestro ejemplo, verídico, la víctima se retractaba en esta audiencia de su primera denuncia, formulada de manera conjunta con la hermana del ofensor, por lesiones proferidas a ambas así como también a la hija menor de la víctima y victimario.

Esa primera denuncia había generado por parte de la Fiscalía la solicitud e imposición de medida urgente de prohibición de acercamiento mediante la modalidad de caución juratoria (art. 102 inc. 1 CPP). Aclaramos: el caso se desarrolló durante el año 2020, en plena pandemia y sin la implementación (aún) de la modificación del art. 110 in fine del CPP en cuanto a la procedencia de la prisión preventiva (Conf. Ley 5.509, en vigencia desde el 05 de Enero de 2022).

Coordinamos la intervención de la SIG, quien a través de sus operadores y luego de múltiples evaluaciones y encuentros con la denunciante, emitió un informe poniendo en conocimiento de la Fiscalía el estado de vulnerabilidad y riesgo de la víctima y de sus hijos menores, su situación económica, y que, finalmente, había retornado a la convivencia con el agresor mudándose con sus hijos al domicilio que el hombre había denunciado en el proceso penal, tornándose reticente a las intervenciones del organismo.

En razón de ello, se dispuso desde la Fiscalía que personal policial se apersonara en el domicilio a efectos de corroborar la presencia de la mujer y sus hijos; y ante la imposibilidad de ello (pues nadie atendía a los llamados de la policía) se ordenó la detención del hombre en función del art. 108 del CPP. Horas después, el hombre junto a la mujer se hicieron presentes en la unidad policial manifestando éste “la necesidad de radicar exposición policial” a fin de poner en conocimiento que había retomado la convivencia con la mujer y sus hijos; ello en una clara maniobra del hombre de justificar la permanencia de la mujer en el domicilio. En esas circunstancias los efectivos policiales hicieron efectiva la detención.

Seguidamente, se requirió una nueva audiencia de ampliación de formulación de cargos (por el hecho de la desobediencia a una orden judicial)

y medida cautelar de prisión preventiva. Esa audiencia, llevada a cabo mediante la plataforma Zoom, contó con varios intervinientes: Fiscalía, Defensa Oficial, imputado y Juez de Garantías. Lo novedoso es que se encontraba presente personal de la SIG y la víctima, solo que esta última se encontraba en el despacho de la Defensa Oficial, requiriendo el uso de la palabra y manifestando que la denuncia que diera origen al legajo y posteriores medidas cautelares, había sido radicada de manera falsa (negaba la existencia de los hechos).

El desarrollo de la audiencia implicó la participación activa del personal de la SIG, quien explicó detalladamente la situación de vulnerabilidad en la que se encontraban inmersos la víctima y sus hijos menores, lo que justificaba tanto el retorno de la relación, la convivencia, y la actitud de reticencia a las intervenciones, así como también la retractación efectuada en la audiencia, circunstancia que también estaba apuntalada por el informe de OFAVI.

Aún en contra de la voluntad manifestada por la víctima en la audiencia, la que a todas luces no era libre, la Fiscalía requirió la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva del imputado, fundada en el peligro procesal de entorpecimiento de la investigación, a efectos de permitir que la mujer y su hija (víctima de las lesiones) pudieran desempeñarse libre y sin condicionamientos a lo largo de la investigación; así como también permitir el abordaje por parte de la SIG y de la SENAF. De esta manera, se logró que la niña prestara declaración mediante dispositivo de cámara Gesell, contando lo sucedido, las agresiones sufridas por parte de su padre y las reacciones de su madre.

Esto da cuenta de que el trabajo interdisciplinario y de organismos fueron, sin duda alguna, los que permitieron llevar a cabo la investigación de manera exitosa, permitiendo escuchar a la víctima y comprender las actitudes por ella desplegadas, en el marco de sus vulnerabilidades que la llevaban a favorecer al agresor no solo en desmedro de su integridad psicofísica sino también de la de sus hijos, víctimas directas e indirectas de la violencia. Este proceso concluyó con la aplicación de un procedimiento de juicio abreviado por acuerdo pleno.

### 3. CONCLUSIONES

Desde la implementación del proceso penal acusatorio (2017), y transcurridos poco más de dos años y medio, la reforma del nuevo Código Procesal de Familia acaecida en el año 2020 nos vino sacar de la zona de confort, desafiándonos nuevamente a reinterpretar y utilizar de modo eficaz las herramientas con las que contábamos para el abordaje de los conflictos suscitados en el seno de relaciones asimétricas de poder.

Ambos códigos tienen en común la preeminencia de los principios de oralidad, celeridad e informalismo, dando suma preponderancia al fin pacificador del conflicto (art. 14 CPP y art. 7 CPF) y al abordaje de los mismos con perspectiva de género.

Desde este punto de partida, y en el entendimiento de que no puede escindirse la investigación penal de hechos delictivos suscitados en el seno de este tipo de relaciones de su verdadero trasfondo, el cual la mayoría de las veces se expresa a través de un proceso iniciado en el fuero de familia, comprendimos que el conflicto es único y debe ser tratado de esa manera.

Para ello, se hizo necesario llevar a cabo un trabajo coordinado entre los operadores de ambos fueros, gestionando la utilización de los recursos y herramientas que nos proporciona cada plexo normativo, sin olvidar la interacción sumamente importante con los organismos externos al Poder Judicial; ello en pos de mejorar la respuesta al conflicto y visibilizar al real destinatario del servicio.

Nos propusimos como norte dotar a la víctima de un ámbito en el que pueda expresar libremente su voluntad, ya sea durante el tránsito del proceso penal en cada una de sus etapas o en la elección de una salida alternativa al conflicto; asegurándonos que esa voluntad sea producto de una elección libre y sin condicionamientos, implementando para ello las medidas de resguardo necesarias, pero tendiendo también a lograr su empoderamiento dentro y fuera del proceso, para que pueda desarrollar una vida libre de violencia.

Hoy, transitados cinco años de la implementación de la reforma del Código Procesal Penal de Río Negro, y poco más de dos años desde la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal de Familia, podemos decir que hemos encontrado una manera de trabajo coordinada entre ambos fueros que ha funcionado para el logro del objetivo propuesto, hoy



fortalecido por la Acordada 15/2022 STJ; ello, sin desconocer que la realidad de los conflictos que abordamos en común se encuentra en constante cambio, requiriendo que estemos abiertos a la revisión permanente de nuestros procesos y maneras de abordaje de estos conflictos.



---

## Fuero penal y fuero de familia

### Una articulación imprescindible para el abordaje de la violencia familiar y de género

**ANDREA TORMENA\* Y CAROLINA GAETE\*\***

#### **1. INTRODUCCIÓN. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS.**

LEY 3040, MODIFICADA POR LEY 4241

Nos proponemos en este artículo analizar la importancia de la debida articulación y coordinación entre el fuero de familia y el fuero penal específicamente en relación a la modificación introducida por la ley 5509<sup>1</sup>.

Como sabemos, el sistema normativo constitucional-convencional, en relación a la temática de la violencia familiar y de género, está encabezado por la Convención sobre la eliminación de todas las formas de

\* Abogada UNCO. Mediadora. Especialista en Derecho de Familia. Especialista para la Magistratura. Diplomada en Argumentación Jurídica. Jueza de Familia – UP16 General Roca. Presidenta del Colegio de Magistrados/as, Funcionarios/as de Río Negro. A cargo de la Dirección de políticas de género, igualdad y diversidad de la Federación Argentina de la Magistratura y la Función Judicial.

\*\* Abogada UNCO. Especialista en Derecho de Familia. Especialista para la Magistratura. Secretaria de Familia – UP16 General Roca.

<sup>1</sup> Sancionada el 17/06/2021, Promulgada el 29/06/2021 mediante Decreto N° 654/2021, Publicada en el BO el 5/07/2021 bajo el Nro. 5995.

discriminación contra las mujeres o CEDAW<sup>2</sup>, por la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer o “Convención de Belém do Pará”<sup>3</sup>, y por la Ley Nacional 26485<sup>4</sup> de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en donde desarrollen sus relaciones interpersonales.

La provincia de Río Negro ha sido pionera en materia legislativa, entre otras cosas, en relación al abordaje de la violencia familiar y de género. La Ley 3040, sancionada en el año 1996, fue el primer instrumento en la provincia en relación a la temática<sup>5</sup>. La norma tuvo por objeto establecer el marco preventivo y el procedimiento judicial a seguir para la atención de situaciones de violencia familiar.

Específicamente, y en relación al tema en estudio, ante el incumplimiento de las medidas de protección adoptadas, el art. 24 preveía la posibilidad de ordenar la asistencia obligatoria del agresor y grupo familiar a programas educativo-terapéuticos, el apercibimiento del acto cometido y/o la realización de trabajos comunitarios<sup>6</sup>.

Posteriormente, en el año 2007, la ley 3040 fue modificada por la ley 4241<sup>7</sup> que rige actualmente. Su objetivo es establecer las garantías, prin-

2 Aprobada en nuestro país por Ley N° 23179, Sancionada: Mayo 8 de 1985, Promulgada: Mayo 27 de 1985.

3 Aprobada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) el 9/7/1994.

4 Sancionada: Marzo 11 de 2009 - Promulgada de Hecho: Abril 1 de 2009.

5 Sancionada el 16-10-1996, Promulgada el 25-10-1996 por Decreto N° 1816/1996 Publicado en el Boletín Oficial del 31-10-1996, pág.1, Nro. 3412. Entrada en vigencia el 08-11-1996.

6 Art. 24. Ante la comprobación de los hechos denunciados o del incumplimiento de las medidas adoptadas, el Juez determinará la asistencia obligatoria del agresor y del grupo familiar a programas educativo-terapéuticos, por el tiempo necesario establecido según los dictámenes profesionales y sin perjuicio de disponer algunas o varias de las siguientes medidas complementarias, según las circunstancias del caso: a) Apercibimiento del acto cometido. b) Realización de trabajos comunitarios durante los fines de semana, cuya duración se determinará conforme a la evolución de la anterior conducta del agresor o abusador, entre un mínimo de tres (3) meses y un máximo de dos (2) años, bajo la supervisión del Centro de Atención Integral, que informará periódicamente al Juez interviniente sobre el cumplimiento de la medida.

7 Aprobada en 1a Vuelta el 4/10/2007, Sancionada el 8/11/2007, Promulgada el 23/11/2007, por Decreto 1371/2007 - BO 3/12/2007, Nro. 4573

cipios, acciones y procedimientos destinados a: a) La prevención, sanción y erradicación de la violencia en el ámbito de las relaciones familiares; b) la asistencia integral de los integrantes de las familias involucradas en situaciones de violencia. Establece los principios que deben regir los procedimientos y mecanismos pertinentes: gratuidad, celeridad, confidencialidad, profesionalidad, capacitación y no victimización.

A su vez, el art. 29 establece las sanciones ante los hechos de violencia en la familia que no constituyan delito o ante el incumplimiento de las medidas dispuestas, previéndose para esos casos multa, arresto y/o trabajos comunitarios<sup>8</sup>.

## 2. CÓDIGO PROCESAL DE FAMILIA

En el año 2019, luego de más de tres años de intenso trabajo, debate e intercambio entre integrantes del fuero de familia del Poder Judicial y de abogados y abogadas de la provincia de Río Negro, se aprobó la ley N°

<sup>8</sup> Artículo 29. SANCIONES. Los hechos de violencia en la familia comprendidos en la presente ley y que no constituyan delitos tipificados en el Código Penal o el incumplimiento de las medidas dispuestas, serán sancionados con: a) MULTA. La pena de multa será fijada por el Juez teniendo en cuenta la gravedad de los hechos y la capacidad económica del autor en una suma equivalente a un (1) hasta diez (10) salarios mínimos, vitales y móviles. El monto de la multa deberá ser abonado en el término de tres días contados a partir de la fecha de la sentencia que la dispuso. El incumplimiento de pago dará lugar a la conversión de la multa en arresto en los términos del párrafo siguiente. b) ARRESTO. La pena de arresto consistente en la privación de libertad será fijada por un término que no podrá exceder los cinco días, pudiendo diferirse su cumplimiento a los días no laborales. c) TRABAJOS COMUNITARIOS. El Juez, teniendo en cuenta la naturaleza del hecho y la personalidad del autor, podrá determinar la suspensión de la ejecución de la sanción impuesta, en los términos de los párrafos precedentes, disponiendo en su caso la realización de trabajos comunitarios. El trabajo comunitario consistirá en la prestación de trabajos a favor de la comunidad o del Estado, que se realizarán durante los fines Legislatura de la Provincia de Río Negro de semana y se determinarán de acuerdo a la profesión, oficio u ocupación del autor. La duración del trabajo comunitario podrá determinarse entre tres meses a dos años y deberá ser supervisado por la persona o autoridad que el Juez designe, quien informará periódicamente sobre su cumplimiento. En caso de incumplimiento de la medida, el Juez ordenará la ejecución de la sanción cuyo cumplimiento había sido suspendido.

5396<sup>9</sup> que puso en vigencia el Código Procesal de Familia (en adelante CPF), primero en la especie en nuestra región y uno de los primeros también a nivel nacional.

En relación a la temática de la violencia familiar y de género, el CPF incluye un apartado especial, dada la envergadura de la cuestión. Si bien a nivel provincial contábamos con el plexo normativo conformado por la ley D-3040, 2007, modificada por la ley 4241, 2011 y por la ley D-4650 que adhiere a la Ley Nacional 26485, se plasmaron en el nuevo cuerpo las normas de naturaleza procesal respectivas.

Y es justamente en el procedimiento que corresponde aplicar ante una denuncia de violencia familiar y de género en el que se advierten las mayores novedades en relación a la temática, así como en la delimitación concreta de las competencias del fuero de familia y de la justicia penal.

El nuevo Código ha eliminado aquellas sanciones previstas en la ley 3040 modificada por la ley 4241 de arresto, multa y trabajo comunitario dado que, sobre todo la primera, resultaba de dudosa constitucionalidad al prever una pena privativa de la libertad dispuesta en un fuero que no es el punitivo.

Se ha dicho que la normativa de forma queda así claramente diferenciada y alojada en el cuerpo legal al que pertenece, y la materia continúa siendo la establecida en el articulado de la ley D-3040, cuyo capítulo III queda suplido por las disposiciones del CPF, al igual que el capítulo II del Título III de la Ley D-4650, en lo que correspondiere a la competencia del fuero de familia<sup>10</sup>.

El art. 153 del CPF establece que en caso de incumplimiento de las medidas protectorias dispuestas –generalmente exclusión del hogar, prohibición de acercamiento, abstención de producir actos que perturben o intimiden–, la judicatura debe hacer comparecer inmediatamente a quien incumplió para que explique su proceder, evaluar la conveniencia de modificar o ampliar las medidas protectorias, requerir el auxilio de la fuerza pública para asegurar la concurrencia de quien incumplió y el acatamiento de

9 Sancionado el 20/09/2019, Promulgado el 07/10/2019 por Decreto N° 1354/2019, Publicado en el B.O.P. N° 5815 el 10 de octubre de 2019.

10 Piccinini, Liliana (2020), *Código Procesal De Familia De Rio Negro Comentado*, coordinado por Pájaro María Marcela y Fredes Paula, art. 136, Bariloche: Sello Editorial Patagónico, p.139.

las medidas, comunicar las mismas al lugar de trabajo, estudio, asociación profesional, sindical y otras organizaciones sociales a las que pertenezca la persona accionada, y disponer cualquier otro tipo de medida acorde con la conflictiva planteada, teniéndose en cuenta si ha existido reiterancia, resistencia o conducta evasiva por parte de la persona denunciada.

Por su parte, la ley 26485 en su art. 32 regula las sanciones frente al incumplimiento reiterado de las medidas ordenadas en miras a brindar soluciones más eficaces a las víctimas. La primera de ellas es una llamado de atención o advertencia al agresor. La segunda es una comunicación de los hechos de violencia al lugar donde trabaja o al sindicato o al colegio profesional si se tratara de un profesional independiente. La tercera es la asistencia obligatoria del agresor a programas reflexivos, educativos o terapéuticos, tendientes a la modificación de la conducta. Parte de la doctrina ha agregado que, además, la judicatura podría aplicar astreintes al reticente que no concurra a los programas educativos fijados.<sup>11</sup>

Volviendo a nuestra normativa interna, el CPF prevé en su art. 154 que el incumplimiento de las medidas protectorias dispuestas –las que tiene carácter de autosatisfactivas–, cuando fuese constatado que medió clara intención de violar las prohibiciones o de omitir las obligaciones impuestas, da lugar al pase de las actuaciones al Ministerio Público Fiscal, en orden al delito de desobediencia a la autoridad. Esta consecuencia debe ser claramente explicada a la parte accionada al momento de notificársele la resolución que dispone la medida. Este artículo coincide con el último párrafo del art. 32 de la ley 26485<sup>12</sup>.

Ambas normas dejan en claro que desoír y no cumplir con lo dispuesto por la judicatura constituye el delito de desobediencia judicial (art. 239 del Código Penal). En nuestra provincia el art. 154 CPF se encuentra en concordancia con la Doctrina del STJ. Aquello que constituye delito debe recibir tratamiento en el fuero penal<sup>13</sup>.

La práctica demuestra que en muchas ocasiones, en la audiencia respectiva, se comprueba que efectivamente existió incumplimiento de la

11 Medina, G. y Yuba, G. (2021), *Protección Integral a las Mujeres. Ley 26.485 comentada*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, pág. 744.

12 “Asimismo, cuando el incumplimiento configure desobediencia u otro delito, el juez deberá poner el hecho en conocimiento del/la juez/a con competencia en materia penal.”

13 Piccinini, L. (2020), *op. cit.*, art. 154, p.155.

prohibición de acercamiento, pero que ello obedeció a una situación circunstancial, ocasional y casual. En otros casos, se puede constatar que ese incumplimiento fue deliberado y que no es susceptible de explicación o justificación alguna, dando clara muestra de un accionar dirigido a desobedecer o ignorar la manda judicial. Es en este último supuesto en que la normativa procesal indica que corresponde el pase al Ministerio Público Fiscal, en consonancia con el art. 138 CPF que establece que la intervención del juzgado de familia no excluye el ejercicio de la acción penal que pudiera corresponder si se trata de delitos tipificados en el Código Penal y leyes complementarias, por lo que, si de los hechos denunciados surge o resulta la comisión de un delito, la autoridad que recepte debe dar intervención inmediata al Ministerio Público Fiscal, remitiendo copias de las actuaciones y medidas adoptadas. En supuesto de delitos cometidos contra niñas, niños o adolescentes por parte de sus representantes legales el Ministerio Público actúa de oficio.

Con la denuncia del presunto incumplimiento pueden acompañarse constancias que acrediten que el mismo fue deliberado (por ejemplo prevenciones policiales ante un eventual llamado de la persona víctima o certificados médicos que acrediten lesiones). Entendemos que, en estos casos, la remisión al Ministerio Público Fiscal debe ser inmediata, sin necesidad de indagar en una audiencia con la persona denunciada.

### 3. ESBOZO DE PROTOCOLO DE ACTUACIÓN

Una interpretación armónica y sistémica de la normativa de familia y penal en esta articulación obligada e imprescindible en pos de la protección de la persona víctima de violencia familiar y de género, y a manera de esbozo o ensayo tentativo y siempre perfectible para pensar en un Código de Buenas Prácticas o Protocolo de actuación, implicaría entonces el siguiente circuito:

- 1) Ante la denuncia de una situación de violencia familiar y/o de género en el fuero de familia, la judicatura adopta las medidas protectorias que el art. 148 CPF prevé, por ejemplo la exclusión del hogar y la prohibición de acercamiento de la persona denunciada a la víctima.



- 2) Se notifica a la persona denunciada de estas medidas incluyendo la explicación detallada de que su incumplimiento implica la comisión del delito de desobediencia a la autoridad y que se dará intervención a la justicia penal.
- 3) Ante la denuncia de incumplimiento de la medida decretada en el fuero de familia, se cita a audiencia a la persona denunciada a fin de requerir las explicaciones pertinentes.
- 4) Si de esa audiencia se extrae que el incumplimiento no es susceptible de explicación o justificación alguna dando claras muestras de un accionar dirigido a desobedecer o ignorar la manda judicial, se da inmediata intervención al Ministerio Público Fiscal en virtud del delito de desobediencia a la autoridad, detallando cuál es la medida que se violó y la constancia de la notificación.
- 5) Ya en el fuero penal, y en el ámbito de investigación de aquel delito, se podrá ordenar la prisión preventiva de la persona denunciada, en consonancia con los arts. 109 y 110 del Código Procesal Penal, modificados por la ley 5509.

Es dable destacar, en relación al tema que nos ocupa, que con posterioridad a la confección del presente artículo y con anterioridad a la edición de este libro, el Superior Tribunal de Justicia de la provincia y la Procuración General aprobaron las prácticas de actuación forense para abordar la violencia familiar y de género a través de la Acordada N° 15/2022 delimitando la intervención de cada organismo, tanto del fuero penal como de familia. Sin dudas este instrumento facilitará en gran medida la articulación respectiva y necesaria en pos de brindar una adecuada respuesta a la persona víctima.

#### **4. ALGUNAS ESTADÍSTICAS. CONCLUSIONES**

De las estadísticas oficiales de la provincia de Río Negro surge que en el año 2021, en el fuero de familia, las denuncias de violencia han alcanzado el número de 9551, lo que implica el 53,97% de la totalidad de las causas

que ingresan en el fuero. A su vez, se contabilizan 1250 incidentes de violencia en causas ya iniciadas<sup>14</sup>.

Los números son verdaderamente alarmantes, por lo que la llegada de nuevas herramientas para abordar y tratar las situaciones de violencia familiar y de género son siempre bienvenidas y alentadoras.

La incorporación al Código Procesal Penal de la posibilidad de decretar la prisión preventiva ante el incumplimiento de medidas protectorias ordenadas en el fuero de familia al configurarse el delito de desobediencia a la autoridad, ha implicado un claro avance en pos de la protección de las víctimas de violencia ya que, tras una adecuada y necesaria articulación entre ambos fueros, se cierra el círculo que se inicia con la denuncia, pasando por el decreto de las medidas respectivas, ya que ante su incumplimiento se prevé la posibilidad de una medida privativa de la libertad al denunciado incumplidor. Se llena el vacío dejado con la entrada en vigencia del CPF, que suplió el procedimiento previsto en la ley 3040, modificada por ley 4241 en cuanto a la sanción de arresto, dejando esta medida en el ámbito correspondiente.

Según datos aportados por la Oficina Judicial de la ciudad de General Roca, desde la entrada en vigencia de la ley 5509 (1/01/2022), en la Segunda Circunscripción Judicial de la provincia de Río Negro, de los procesos por desobediencia a la autoridad, se han detectado ocho trámites en los que se ha solicitado la prisión preventiva por incumplimiento a medidas protectorias decretadas en el fuero de familia (art. 239 C.P.), de los cuales en siete se ha hecho lugar a la solicitud.

Aunque sabemos que esta nueva herramienta no solucionará de lleno las situaciones de violencia familiar y de género, seguramente coadyuvará a asegurar la integridad física y/o psíquica y/o emocional de la mujer víctima, permitiendo dar una respuesta adecuada, eficaz y concreta en pos de la protección correspondiente, actuando con la debida diligencia -reforzada- que la normativa supralegal impone.

14 V. <https://servicios.jusrionegro.gov.ar/web/gobiernoabierto/estadisticas/suplementos/informe2021.pdf>

---

## Del expediente a la audiencia

La gestión por procesos y la evaluación  
de resultados como soporte del sistema acusatorio

**ING. FABIÁN MITIDIERI\* E ING. SANTIAGO MIGUELEZ\*\***

### 1. INTRODUCCIÓN

La organización tradicional de la justicia en Juzgados y Cámaras ubica a la Gestión Administrativa del proceso penal bajo la responsabilidad de los propios magistrados, quedando así éstos a cargo de ambas tareas: jurisdiccionales y administrativas.

Este tipo de organizaciones con jueces al frente de las dos funciones, y sus equipos de trabajo realizando tareas a requerimiento del juez, van quedando obsoletas ante la creciente demanda de eficacia y eficiencia en la prestación del servicio de justicia que la ciudadanía manifiesta en el actual contexto social.

Este modelo organizacional de *Juez Gerente* generalmente no destina profesionales abocados a la gestión administrativa y la asistencia a los magistrados, y de este modo todos los recursos disponibles se orientan fundamentalmente a la tarea jurisdiccional, sin enfocarse en la efectividad de la gestión.

\* Director General de Oficinas Judiciales de Río Negro.

\*\* Sub-Director de Oficinas Judiciales de Río Negro a cargo de la Unidad de procesos y mejora continua.

La experiencia de las distintas reformas muestra que las leyes procesales deben apalancar un enfoque que no solo fije procedimientos, sino que ponga el acento en los resultados, en la facilidad del trámite y la celeridad en su tratamiento.

La reforma procesal penal establecida por la Ley 5020 de la Provincia de Río Negro<sup>1</sup> cumple con esas premisas, en tanto no solo cambia las normas jurídicas del proceso (código procesal penal) sino que también provoca un nuevo diseño de las estructuras judiciales al separar las funciones judiciales de las administrativas, estableciendo así una nueva metodología para la toma de decisiones.

*La razón de la aparición de la Oficina Judicial Penal* no se debió únicamente al cambio de paradigma procesal, sino además a *la inexistencia de una verdadera gestión administrativa* en el marco del sistema procesal anterior.

## 2. LA OFICINA JUDICIAL PENAL DE RÍO NEGRO

La Audiencia Oral y Pública pasó a ser el *corazón* del nuevo Código Procesal Penal; la administración de su agenda y la gestión de diversos factores que esto acarrea hicieron necesaria la creación de la Oficina Judicial Penal<sup>2</sup>.

La *Oficina Judicial Circunscripcional* sirve de soporte y apoyo a la actividad jurisdiccional, encargándose exclusivamente de las tareas relativas a la función administrativa, quedando reservada toda tarea jurisdiccional a los jueces.

Constituye una nueva organización de carácter instrumental que asiste a la actividad de los Foros de Juezas y Jueces. Cuenta con una sede en cada ciudad cabecera de Circunscripción Judicial: Viedma (1°CJ), General Roca (2°CJ), Bariloche (3°CJ) y Cipolletti (4°CJ); existiendo a su vez subdelegaciones en las ciudades de: San Antonio Oeste (1°CJ), Villa Regina y Choele Choel (2°CJ). El Superior Tribunal de Justicia puede a su vez

<sup>1</sup> Puesta en Vigencia: 1/8/2017

<sup>2</sup> Artículo 30, Ley N°5020 – Código Procesal Penal

disponer la creación de otras subdelegaciones de la Oficina Judicial Penal<sup>3</sup> en caso de considerarlo necesario.

El organismo se encuentra a cargo de un Director o Directora, quien decide todas las cuestiones inherentes a la gestión humana: permisos, suplencias, licencias, actividades a cumplir, áreas de trabajo donde desempeñarse, reportando a la Gerencia de Gestión Humana en lo que corresponda<sup>4</sup>.

La *especialidad en la gestión* de la Oficina Judicial se basa en la lógica de procesos y los mismos deben estar orientados a *resultados* y no a las *acciones*, como ocurría en el sistema procesal anterior. Esta nueva manera de gestión requiere del uso de información estadística para planificar el trabajo y evaluar estos resultados.

### 3. “LA JUSTICIA NO PUEDE GARANTIZAR RESULTADOS, DEBE GARANTIZAR PROCESOS”<sup>5</sup>

Esta frase hace alusión a que el poder judicial aporta a la pacificación de la sociedad, provee herramientas para resolver aquellos conflictos que los ciudadanos no pueden resolver por sí mismos, y en tal contexto los *resultados* del funcionamiento del sistema de justicia son necesariamente insatisfactorios, ya que la justicia es un absoluto y el servicio de justicia administra situaciones cuyo resultado escapa a su función y alcance. Por ende, *poner el foco en los procesos*, organizar su funcionamiento, brindar eficiencia y eficacia a las tareas programadas, es lo que permite maximizar la calidad y celeridad del servicio brindado a la ciudadanía.

Así entonces desde las oficinas judiciales se miden resultados diferentes a los anteriores, ya que son aquellos *resultados de la gestión de los procesos* que forman parte de nuestra actividad administrativa, cuya eficacia y eficiencia impacta positivamente en la correcta ejecución de las tareas jurisdiccionales.

3 Artículo 66, Ley N°5190 – Orgánica del Poder Judicial

4 Artículo 67, Ley N°5190 – Orgánica del Poder Judicial

5 Lehmann, Kevin, Jornadas “Justicia, Medios y Sociedad”, Universidad Nacional de Río Negro, 5 y 6 de Octubre de 2017.



2. Administrar de manera eficiente los recursos asignados con el objeto de ejecutar las estrategias planificadas.
3. Evaluar los resultados de su gestión para contribuir con la mejora continua de los procesos.

#### 4.2. Principios de la Oficina Judicial

Para el cumplimiento de su misión y la consecución de sus objetivos, las Oficinas Judiciales ejercerán sus funciones con arreglo a los principios de jerarquía, división de funciones, coordinación y control:

- a) *Principio de Jerarquía*: además de las funciones legales y reglamentarias establecidas, deberá cumplir con las políticas generales de Administración de recursos humanos, materiales, tecnológicos y presupuestarios; como así también los análisis estadísticos e informes que determinen la Dirección General de Oficinas Judiciales y el STJ.
- b) *Principio de división de funciones*: conforme el artículo 30 del CPP –ley 5020– la Dirección de la Oficina Judicial será responsable de todas las cuestiones administrativas que le competan debiendo abstenerse de realizar cualquier tipo de tarea de carácter Jurisdiccional. Este principio busca lograr una justicia más ágil, cercana y eficiente.
- c) *Principio de coordinación*: las Oficinas Judiciales de las diferentes circunscripciones en conjunto con la Dirección General, establecerán mecanismos de coordinación a fin de lograr una gestión administrativa uniforme en toda la provincia.
- d) *Principio de Control*: la Oficina Judicial, junto con la Dirección General, deberán establecer y mantener procesos de control del Área que le permitan medir, analizar y evaluar el desempeño de la gestión y que sirvan de herramienta para corregir cualquier desvío de los objetivos.

## 5. MODELO ORGANIZACIONAL

Los protocolos del modelo organizacional son uniformes en todas las Oficinas Judiciales de la Provincia y están adecuadamente documentados e informados a todos los integrantes de la Organización. La estructura de la Organización se compone de la siguiente manera:

- *Dirección General de Oficinas Judiciales*: máxima autoridad que coordina a las Direcciones de las Oficinas Judiciales en función de las políticas establecidas por el STJ.
- *Dirección de la Oficina Judicial*: órgano ejecutivo de máxima responsabilidad de la Oficina Judicial Circunscripcional en el marco de la presente reglamentación y toda otra normativa sobre ella.
- *Subdelegaciones de la Oficina Judicial*: órganos ejecutivos dependientes de la Dirección de la Oficina Judicial correspondiente, que están radicados en otras ciudades diferentes de la cabecera de Circunscripción Judicial.
- *Subdirecciones de la Oficina Judicial*: órganos ejecutivos que tienen a su cargo las Unidades que determina el Manual de Funciones de la Oficina Judicial Penal. Son dependientes directos de la Dirección de la Oficina Judicial.
- *Unidades*: son las áreas operativas conducidas por personal con conocimiento y experiencia en las competencias que se les asignen, e integradas por personal profesional, administrativo o de servicios. Reportan a cualquiera de las anteriores.

## 6. ESTRUCTURA ORGANIZACIONAL

### *Dirección General de Oficinas Judiciales*

Se introduce en la Ley Orgánica del Poder Judicial de la provincia de Río Negro<sup>7</sup> una figura innovadora en las estructuras tradicionales denominada *Dirección General de Oficinas Judiciales*. Este organismo genera principalmente las siguientes ventajas:

<sup>7</sup> Ley 5190, arts. 63 al 70.



- 1) Unificar criterios de trabajo y protocolos de actuación para las distintas Oficinas Judiciales de la provincia.
- 2) Definir indicadores específicos que posibiliten comparar el rendimiento de cada Oficina Judicial, a fin de detectar y rescatar las mejores prácticas utilizadas y volcarlas en nuevos protocolos de actuación. Esto adapta los criterios de trabajo, posibilitando la mejora continua de la eficacia y eficiencia de los procesos.
- 3) Concentrar la toma de decisiones estratégicas sobre el funcionamiento de las Oficinas Judiciales respecto del resto de los operadores jurisdiccionales.
- 4) Formalizar una comunicación directa con el Superior Tribunal de Justicia, lo cual permite mayor ejecutividad en la implementación las políticas definidas por la organización.

#### Estructura Provincial de las Oficinas Judiciales y la Dirección General



## 7. FUNCIONES DE LA OFICINA JUDICIAL

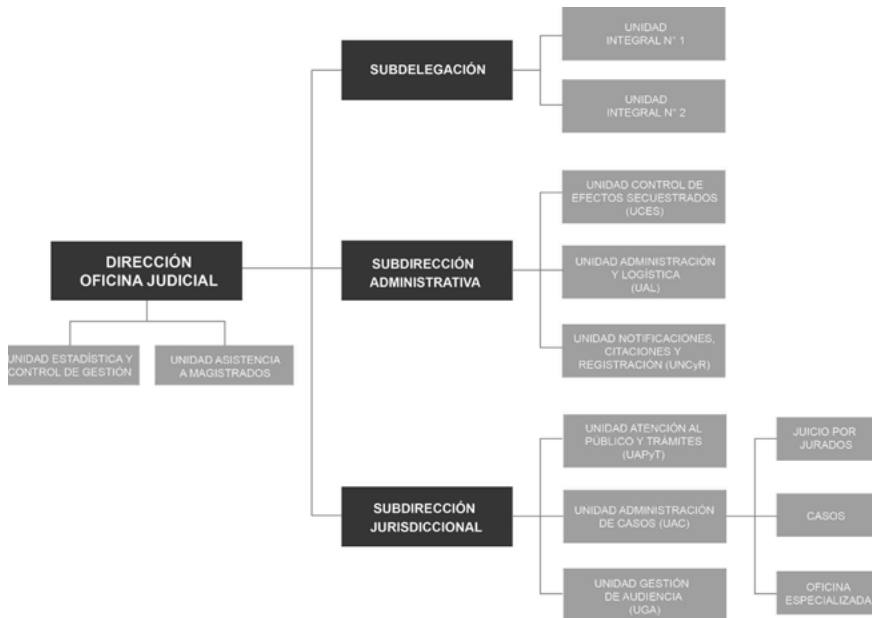
Las funciones que son responsabilidad de la Oficina Judicial se enumeran de forma detallada a continuación:

- 1) Planificar y administrar la agenda judicial, de acuerdo a la política de gestión del sistema de audiencias y a los protocolos y reglamentos aprobados por el Superior Tribunal de Justicia.
- 2) Decidir sobre los pedidos de postergación y/o reprogramación de audiencias que aún no hubieren iniciado.

- 3) Observar criterios objetivos de distribución del trabajo, atendiendo a la diversa gravedad y urgencia de los casos evitando tomar criterios rígidos de asignación.
- 4) Efectuar las reasignaciones de Juezas y Jueces para las audiencias programadas, en caso de ausencia licencia, vacancia o cualquier otro impedimento, procurando la efectiva realización de la audiencia y que la decisión no afecte la disponibilidad de las Juezas y los Jueces para instancias posteriores al proceso.
- 5) Controlar el cumplimiento de las audiencias programadas, llevando un debido registro donde se asiente duración, demoras incurridas e índice de audiencias suspendidas, el que será remitido a la Presidencia del Foro y al Superior Tribunal de Justicia.
- 6) Elaborar protocolos de actuación para el traslado y conducción de personas privadas de su libertad a las audiencias en los días y horas establecidos.
- 7) Custodiar, iniciar o mantener la cadena de custodia sobre las evidencias físicas que se presenten en la Oficina asegurando su disponibilidad en el proceso.
- 8) Confeccionar una carpeta judicial, para cada caso, a los efectos de registrar las decisiones jurisdiccionales que se dicten, bajo criterios de desformalización, debiendo archivarlas una vez finalizadas.
- 9) Llevar un registro actualizado de los datos personales de abogadas y abogados litigantes, fiscales y defensoras y defensores públicos de la Circunscripción Judicial, para facilitar la inmediata comunicación.
- 10) Registrar y resguardar las audiencias en soporte digital, garantizando la inalterabilidad de los registros y su acceso a las partes y a todos los órganos jurisdiccionales intervinientes.
- 11) Extender certificaciones y constancias referentes a las actuaciones del despacho.
- 12) Proponer proyectos de capacitación y evaluación, con el objeto de realizar los ajustes necesarios para lograr los objetivos propuestos.
- 13) Mantener el suministro de insumos necesarios en el despacho judicial.
- 14) Realizar la gestión del recurso humano en pos del logro de los objetivos y para un servicio de justicia de calidad, promoviendo y colaborando en su desarrollo y en la capacitación del mismo asociada a la mejora continua de los procesos de trabajo.

- 15) Velar por la atención de profesionales y público en general
- 16) Realizar actos de mero trámite que no supongan actividad jurisdiccional.

### Estructura base de las Oficinas Judiciales Circunscripcionales



## 8. NORMATIVA PARA EL DESARROLLO DE LAS TAREAS DE LAS OFICINAS JUDICIALES

El funcionamiento de las Oficinas Judiciales Penales se basa en lo establecido por las *Leyes Provinciales* y por las *Acordadas del Superior Tribunal de Justicia* de Río Negro. Adicionalmente, la normativa interna está compuesta por *Procedimientos de Trabajo e Instructivos de Actuación*<sup>8</sup>.

La gestión por procesos implica la identificación de los distintos procesos específicos de trabajo. A continuación se presenta el Mapa de Procesos de la Oficina Judicial, donde puede observarse la ubicación de cada norma dentro del funcionamiento global de la organización.

<sup>8</sup> V. <https://jusrionegro.gov.ar/web/servicios/OJP/externo.php?item=237>



*¿Quién hace?:* A grandes rasgos, el Manual de Funciones de la Oficina Judicial del Fuero Penal define las responsabilidades y funciones de las Unidades Operativas.

*¿Cómo se hace?:* Los procedimientos de trabajo, organizados según los procesos de Agendamiento de Audiencias, Notificaciones y Comunicaciones, Secuestro y Cadena de Custodia, establecen la forma en que se realizan estas actividades, quedando los instructivos de trabajo como explicativos de tareas más específicas.

*¿Qué hace?:* El sistema de gestión de las oficinas judiciales está orientado a atender fundamentalmente dos actividades principales:

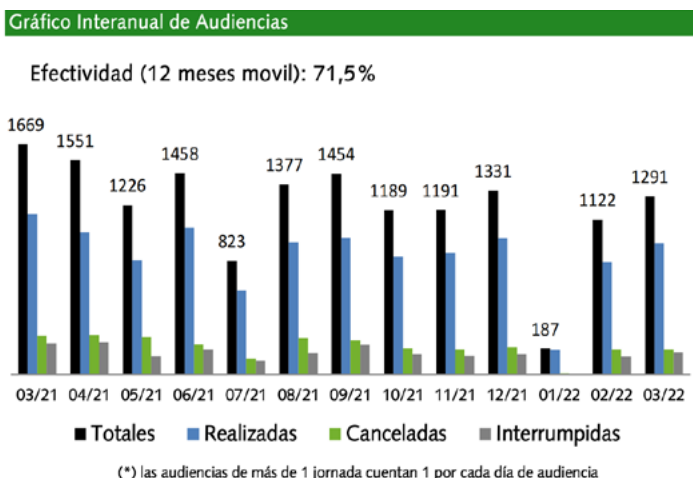
- Realización de Audiencias
- Respuesta a Solicitudes Jurisdiccionales

A tales efectos, los procedimientos de trabajo se fundamentan en dar solución a estos requerimientos y las mediciones de la gestión están orientadas a la verificación de la eficacia y eficiencia de la respuesta a los mismos.

### 8.1. Indicadores de actividad de las tareas

Con el objeto de evaluar el nivel de actividad respecto de la realización de audiencias y la efectividad en su agendamiento, se requirió la elaboración de un *reporte mensual provincial*<sup>9</sup>, dividido por circunscripción judicial, de los indicadores a evaluar y seguir. Este reporte nos permitió revisar de forma periódica el estado de situación y tomar acciones que permitan mejorar la eficacia en el agendamiento de audiencias.

A continuación se visualiza un ejemplo con 13 meses de actividad:



Este reporte, al estar separado para cada Circunscripción Judicial<sup>10</sup>, nos permite tener una visión comparativa de las diferentes Oficinas Judiciales de la Provincia y tomar las mejores prácticas de la que posea indicadores de mejor desempeño:

<sup>9</sup> Estadísticas Oficinas Judiciales. V. <https://jusrionegro.gov.ar/web/servicios/OJP/externo.php?item=238>

<sup>10</sup> Ley N°5.190, Art. 69, inc. "e".

**Audiencias de Marzo por Circunscripción y Promedio Diario**

Estado	Viedma		Gral Roca		Bariloche		Cipolletti		Total
Finalizadas	149	81%	338	82%	260	63%	205	72%	952 74%
Canceladas	16	9%	58	14%	85	21%	19	7%	178 14%
Interrumpidas	18	10%	15	4%	66	16%	62	21%	161 12%
<b>Total</b>	<b>183</b>		<b>411</b>		<b>411</b>		<b>286</b>		<b>1291</b>
<b>Promedio día</b>	<b>9,2</b>		<b>19,6</b>		<b>19,6</b>		<b>13,6</b>		<b>61,9</b>

Observando estos informes se visualiza que se están realizando un promedio de 61,9 audiencias diarias en la provincia (Marzo 2022) repartidas de la siguiente manera: 9,2 la 1°CJ; 19,6 la 2°CJ, 19,6 la 3°CJ y 13,6 la 4°CJ.

Según se indica en el primer gráfico, la Efectividad Anual Móvil se encuentra en el 71,5%, lo cual pone en evidencia que de cada 10 audiencias programadas 7 se realizan y 3 fallan por diferentes motivos. El seguimiento de este indicador permite analizar los motivos de los fallos y las posibles mejoras a realizar para obtener una mejor efectividad y calidad en el agendamiento y notificación de las audiencias presenciales, semi presenciales y remotas.

## 9. INNOVACIÓN EN AUDIENCIAS REMOTAS

Es importante destacar que la situación generada por la pandemia de la enfermedad denominada Coronavirus (Covid-19), generó la necesidad de explorar sobre nuevas herramientas para la realización de audiencias remotas y semi presenciales. Esto ha posibilitado la utilización de las herramientas Zoom, Policom o Jitsi, con la consecuente posibilidad de realizar audiencias en “Salas Virtuales”.

Esta nueva modalidad y su eficacia para la realización de audiencias, sin trasladar a los participantes de sus respectivos lugares, posibilitó aprobar por Acordada del Superior Tribunal de Justicia la metodología que protocoliza y permite la realización de este tipo de audiencias, según la conveniencia de utilización del método, independientemente de que exista una emergencia sanitaria<sup>11</sup>.

<sup>11</sup> Acordada STJ N°47/2021

## 10. SOLICITUDES JURISDICCIONALES

Son aquellos requerimientos que ingresan a las oficinas judiciales circunscriptivas, que los asignan a los magistrados sin necesidad de mediar una audiencia. En esta instancia se evalúa el nivel de actividad respecto del ingreso de los requerimientos por tipo. Para ello se elabora un reporte mensual provincial y cuando existe la posibilidad se analizan los tiempos medios de respuesta a las Solicitudes Jurisdiccionales. Esto nos posibilita evaluar tanto la eficacia de las respuestas como los tiempos de respuesta que luego darán idea de la eficiencia del proceso de respuesta a los requerimientos de las partes involucradas en los legajos.

A continuación se muestra el apartado de solicitudes jurisdiccionales incluido en el reporte estadístico mensual de las Oficinas Judiciales:

Solicitudes Jurisdiccionales más frecuentes	%	12 meses	mar-21	mar-22	variación
Mero Trámite	27%	5146	571	455	-20%
Suspensión/modificación de fecha de audiencia	11%	2104	221	204	-8%
Ingreso de informes	10%	1983	178	239	34%
Respuesta a vista	8%	1610	211	55	-74%
A. 138/141 Autorización Ordenes Allanamiento	8%	1573	147	132	-10%
A. 143/149/191 Entrega / Destrucción Efectos Secuestrados s/Aut. Juez	5%	918	67	84	25%
A. 155 Sobreseimiento – Medidas Alternativas/Criterio de oportunidad	4%	778	52	64	23%
Mero Trámite Jurisdiccional	4%	691		125	
Otros Artículos	23%	4266	428	336	-21%
<b>Total de Solicitudes Jurisdiccionales</b>	<b>100%</b>	<b>19069</b>	<b>1875</b>	<b>1694</b>	<b>-10%</b>

En cuanto a los tiempos medios de respuesta de las mismas, podemos graficarlo anualmente:



## 11. CONCLUSIÓN DE EXPEDIENTES TRANSITORIOS DEL ANTERIOR CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA LEY P 2107<sup>12</sup>

La necesidad de establecer una conclusión ordenada, prolija y lo más breve posible de los procesos penales iniciados con el anterior Código Procesal Penal (Ley N° 2107), generando de esta forma un proceso gradual de implementación del sistema acusatorio hasta su pleno funcionamiento, nos llevó a disponer normas de carácter procesal y las medidas necesarias para realizar la transición entre ambos sistemas, afectando en la menor medida posible la prestación del servicio de justicia. De esta forma se estableció lo siguiente:

*Causas en los Juzgados de Instrucción:* se resolvió enviarlas al Ministerio Público en sus diferentes estados como: falta de mérito, procesamiento firme, instrucción abreviada, averiguación de paradero, etc.; a fin que el mismo defina su archivo o readecuación al nuevo Código Procesal Penal. Las causas que hubieran tenido el requerimiento de elevación a juicio, se readecuaron al trámite del nuevo proceso penal, por medio del Requerimiento de Apertura a Juicio<sup>13</sup> y a posterior la realización de la Audiencia de Control de la Acusación<sup>14</sup>.

*Causas radicadas en las Cámaras Criminales:* continuaron con el anterior Código Procesal Penal debiendo las Cámaras en lo Criminal planificar su agenda incluyendo las fechas posteriores a la entrada en vigencia del nuevo código e informar al Director/a de la Oficina Judicial de cada Circunscripción para que sea cargada en el nuevo sistema de gestión de audiencias

Para poder cumplir con este objetivo se creó, dentro del Primer Manual de Funciones la Oficina Judicial Penal, una Unidad Transitoria Ley N° 2107, que tenía las funciones de relevar la totalidad de casos pendientes, en instancia de juicio criminal o correccional, del anterior CPP Ley N° 2107 y elaborar un plan tentativo que contemple el seguimiento y cumplimiento de los plazos establecidos en la ley orgánica, para avanzar en la conclusión de estas causas.

<sup>12</sup> Acordada STJ N° 16/2017

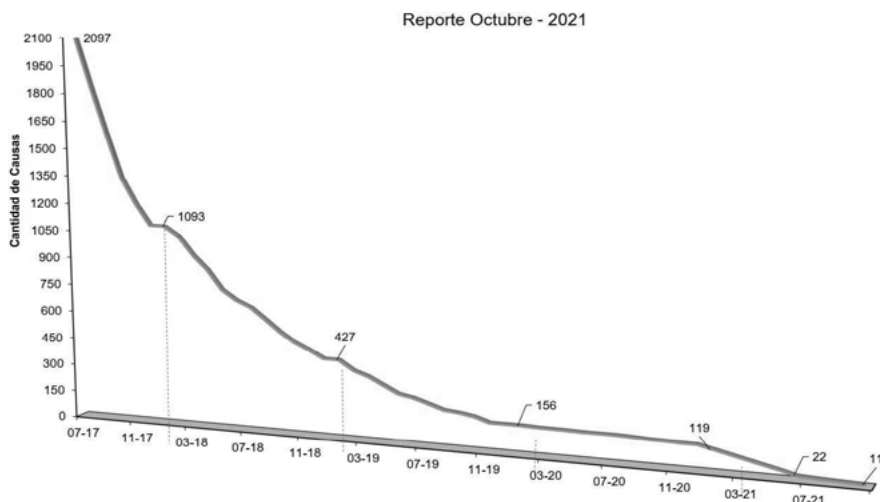
<sup>13</sup> Artículo 159, Ley N°5020 – Orgánica del Poder Judicial

<sup>14</sup> Artículo 162, Ley N°5020 – Orgánica del Poder Judicial



La mencionada Unidad Transitoria fue absorbida por la Unidad Administración de Casos en la Segunda Revisión del Manual de Funciones de la Oficina Judicial Penal, debido a la favorable evolución en la resolución de las Causas Penales del anterior Código Procesal Penal.

A continuación se presenta un gráfico de evolución de las causas pendientes y una discriminación por estado y circunscripción judicial.



## 12. REALIZACIÓN DE JUICIOS POR JURADOS POPULARES

El Juicio por Jurados Populares fue instituido por la Ley Provincial N° 5020, a partir del 01/01/2018, fecha que fuera luego prorrogada al 01/03/2019 por la Ley Provincial N° 5192.

La entrada en vigencia, a partir del año 2019, de los juicios por jurados populares generó la necesidad de reformular el Manual de Funciones de la Oficina Judicial Penal, a fin de prever las actividades necesarias para la atención de estos Debates.

### *Sorteos*

El primer sorteo realizado el 24/10/2018 por el Tribunal Electoral fue de 2100 jurados (1050 masculinos y 1050 femeninos, distribuidos entre las 4 circunscripciones judiciales). Luego del proceso de convocatoria y presentación de declaraciones juradas, se publicaron los listados definitivos en el Boletín Oficial el 25/04/2019, totalizándose 1131 jurados (571 femeninos y 560 masculinos) en condiciones de ser sorteados para los juicios que se

realizaran; es decir, un 54% de los sorteados inicialmente. Estos listados fueron utilizados durante 2020 y 2021.

El segundo sorteo fue de 2300 jurados y se realizó el 14/04/2021. De igual manera, se publicaron los listados definitivos en el Boletín Oficial el 10/02/2022, totalizándose 1114 jurados (601 femeninos y 513 masculinos) en condiciones de ser sorteados para los juicios que se realizaran; es decir, un 48% de los sorteados inicialmente. Estos listados serán utilizados durante 2022 y 2023.

Esta disminución en la efectividad de la convocatoria obedece a varios factores, resaltándose entre ellos el hecho de que los padrones electorales utilizados para citar a los ciudadanos no cuentan con información actualizada de sus domicilios, lo cual resulta una limitación cada vez más significativa.

El proceso consiste en la elaboración de los listados provisorios y definitivos de los ciudadanos que podrían ser nominados jurados (depuración / sorteos / notificación), la programación y coordinación de las audiencias para sorteo del Juez Profesional y de los ciudadanos integrantes de los jurados<sup>15</sup>, la capacitación a los Jurados sobre los alcances de las normas que regulan sus deliberaciones, el llenado de los formularios y el deber de pronunciar veredicto en sesión secreta y continua. Finalmente, la coordinación con las áreas correspondientes de los medios logísticos que garanticen la plena participación de los jurados durante todo el proceso.

Originalmente, la Ley 5020 contemplaba la conformación de tribunales de jurados de 7 integrantes para delitos con penas requeridas entre 12 y 25 años, y de 12 integrantes para aquellas mayores a 25 años de prisión o reclusión. Esta configuración se modificó por Ley Provincial N° 5413 a fines de 2019, unificándose la conformación del tribunal de jurados populares a 12 integrantes para cualquier delito con penas requeridas mayores a 12 años.

Del 2 al 5 de marzo de 2020 se realizó en Bariloche el primer juicio por jurados populares de la Provincia de Río Negro, y posteriormente a raíz de las restricciones sanitarias impuestas en virtud de la pandemia, se dispuso por Ley Provincial N° 5.442 la suspensión del juicio por jurados hasta fin del año 2.020.

<sup>15</sup> Artículo 192, Ley N°5.020

A la fecha se han realizado de manera exitosa 7 juicios por jurados populares en la provincia, de acuerdo a la siguiente distribución:

- 1° CJ– Viedma: 2
- 2° CJ – Gral. Roca: 1
- 3° CJ – Bariloche: 3
- 4° CJ – Cipolletti: 1

### 13. INDICADORES DE LABOR JURISDICCIONAL

La implementación de la reforma procesal penal fue acompañada con el desarrollo del sistema informático PUMA, que permitió el registro y medición de la actividad desarrollada por tipos de audiencias en las diferentes etapas del proceso penal, así y durante los casi 5 años de la implementación se puede mostrar la cantidad de audiencias realizadas, destacando las principales del proceso en el siguiente cuadro:

#### Judicialización de Legajos

Ago-2017 - Feb 2022	Viedma	Roca	Bariloche	Cipolletti	Total	Porcentaje
Legajos Ingresados a la OJU	4.112 18%	8.578 37%	6.010 26%	4.474 19%	23.174 100%	
<b>Audiencias Finalizadas</b>	<b>6.137</b>	<b>12.454</b>	<b>8.915</b>	<b>8.079</b>	<b>35.585</b>	
Formulaciones de Cargo	1847	3834	3149	2276	11106	31,21%
Controles de Acusación	132	819	615	691	2257	6,34%
Juicios Abreviados	496	1030	583	637	2746	7,72%
Suspensión Juicio a Prueba	514	736	727	730	2707	7,61%
Debates de Juicio Oral	58	340	137	218	753	2,12%
Juicios por Jurados	2	1	3	1	7	0,02%

A medida que se avanzó en la implementación de la Reforma Procesal Penal, y ante los requerimientos de datos jurisdiccionales emitidos por diversos organismos como CSJN, JUFEJUS, Ministerio de Justicia de la Nación, CNPT, Foro Patagónico, entre otros, se evidenció la necesidad de avanzar en el estudio específico de determinados indicadores, a partir de los datos *duros* que se encontraban en los expedientes digitales y las sentencias penales registradas en el protocolo electrónico. A estos efectos, se comenzó con un análisis de las sentencias emitidas a fin de conseguir algunos indicadores, que a nuestro criterio, eran importantes o podían ser requeridos en alguna oportunidad.

Es destacable señalar que el protocolo electrónico de sentencias penales registra a la fecha el siguiente estado de situación:

Año	01 Viedma		02 Gral Roca		03 Bariloche		04 Cipolletti		Totales	
	Sentencias definitivas	Sobre-seimientos	Sentencias definitivas	Sobre-seimientos	Sentencias definitivas	Sobre-seimientos	Sentencias definitivas	Sobre-seimientos	Sentencias definitivas	Sobre-seimientos
2017	99	83	104	209	62	120	121	86	386	498
2018	240	254	389	630	269	174	318	97	1.216	1.155
2019	263	179	529	751	345	372	311	169	1.448	1.471
2020	185	131	321	381	189	174	278	150	974	836
2021	229	296	608	474	282	356	411	228	1.530	1.354
2022	38	61	122	111	60	67	90	41	310	280
Total	1.055	1.004	2.073	2.556	1.207	1.263	1.529	771	5.864	5.594
	18%	18%	35%	46%	21%	23%	26%	14%	11.458	
	18%		40%		22%		20%		100%	

Algunos de los temas relevados para los diferentes organismos solicitantes son los siguientes:

- Femicidios
- Menores imputados
- Vejaciones
- Juicio por Jurados

Esta información es sistematizada y enviada de manera periódica a los requerientes.

#### 14. INDICADORES DE “GESTIÓN” JURISDICCIONAL

La implementación del Sistema Informático PUMA, para la gestión de audiencias y solicitudes jurisdiccionales, permitió la posibilidad adicional de realizar diversos tipos de mediciones sobre los tiempos promedio en las diferentes etapas del proceso penal. Estos indicadores son extraídos eventualmente y con el solo objeto de tener datos de referencia del proceso penal, y no se envían a otros organismos ni tampoco se exponen de manera pública, pero permiten tener una idea general de los tiempos medios de resolución de los procesos penales.

Como indicadores relevantes, nos interesa mostrar los siguientes:

Hito Procesal	Legajos Totales	Legajos (*) legajos con 1 o más audiencia finalizada y sentencia dictada	plazo en días corridos		
			Promedio	Mínimo	Máximo
Formulación de Cargos	6.851	(*) legajos con 1 Formulación de Cargos finalizada			
Control de Acusación	2.276		147	7	607
Debate Juicio Oral	637		251	40	691
Juicio Abreviado	1.774		130	-	691
Susp. Juicio a Prueba	1.345		90	-	723
Sentencia	2.082		194	-	991

## 15. TRIBUNAL DE IMPUGNACIÓN PENAL

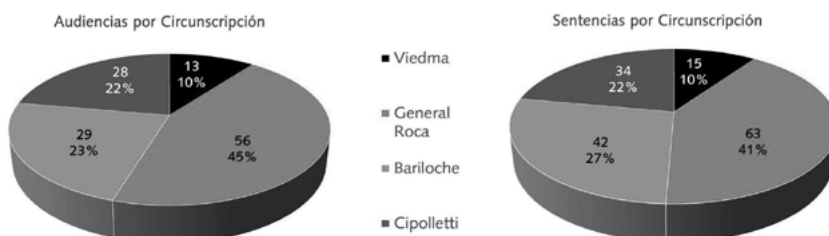
El Código Procesal Penal<sup>16</sup> crea la nueva figura del Tribunal de Impugnación Penal<sup>17</sup> que es competente principalmente para resolver sobre las impugnaciones ordinarias a las sentencias definitivas.

Este tribunal, compuesto por 4 jueces o juezas, tiene su sede permanente en la ciudad de Viedma, capital de la provincia, teniendo la facultad de poder constituirse en la jurisdicción de ocurrencia del hecho (Art, 57 Ley Orgánica 5190).

El tribunal se integra con 3 jueces o juezas seleccionados por sorteo o secuencia de asignación aleatoria por medio de la Unidad del Tribunal de Impugnación, que oficia las veces de Oficina Judicial del Tribunal, y depende de la Dirección General de Oficinas Judiciales Penales.

De manera mensual se registra la actividad realizada respecto de la resolución de Audiencias por Impugnaciones de Sentencias, Impugnaciones de diversos Autos Interlocutorios y Quejas; también se analiza la procedencia del requerimiento y la cantidad de Sentencias que se emiten por cada Circunscripción judicial:

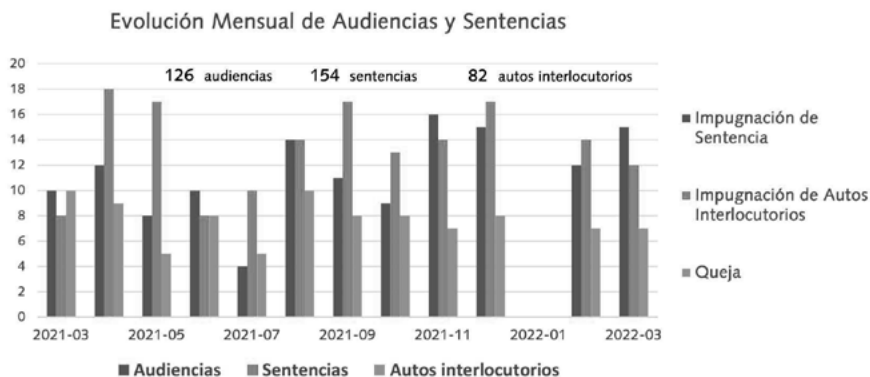
### Tribunal de Impugnación – Reporte de Audiencias y Sentencias Marzo 2022



<sup>16</sup> Ley N° 5.020

<sup>17</sup> Artículo 25, Ley N° 5.020

A continuación se muestran las cantidades de audiencias, sentencias y autos interlocutorios de los últimos 13 meses (marzo 2021 – marzo 2022):



## 16. CONCLUSIONES

La experiencia de los años transcurridos en el marco de la Reforma Procesal Penal dan cuenta de que la creación de las Oficinas Judiciales Penales ha permitido una real separación entre las funciones administrativa y jurisdiccional dentro del proceso, posibilitando a las juezas y jueces concentrar su labor en las actuaciones y decisiones jurisdiccionales, mientras las oficinas judiciales absorbieron la función administrativa de forma plena, incorporando criterios de planificación, gestión de procesos y recursos a nivel provincial.

El finiquito de las causas del sistema mixto (Ley N° 2107) fue avanzando en paralelo a la implementación del nuevo Código Procesal Penal, y en un plazo razonable ya han sido finalizadas la inmensa mayoría de las causas, quedando solamente activas algunas rebeldías, incumplimientos de pautas de reglas de conducta (*probation*), y las causas con recursos en la CSJN.

La centralización de las decisiones administrativas en la Dirección General de Oficinas Judiciales permitió la planificación de actividades a fin adoptar criterios comunes de trabajo y la comparación por resultados de cada Oficina Judicial Circunscripcional para incorporar la mejora continua a través de la medición de procesos, administrando eficientemente los recursos disponibles y la gestión humana abocada a los mismos.

La incorporación de nuevas tecnologías, ya sea planificada o en respuesta a situaciones contingentes como el caso de la pandemia, así como

también la realización de los juicios por jurados populares, demostraron la adaptabilidad del sistema judicial a los cambios que se han producido y que continuarán gestándose en función del contexto tecnológico, social y global en el que estamos inmersos.

El uso de datos estadísticos y niveles de actividad del sistema monitoreados desde este organismo sirve como apoyo a la toma de decisiones estratégicas, respecto de diversos recursos edilicios, tecnológicos y de gestión humana.

Los análisis de los niveles de actividad de cada circunscripción y su comparación han funcionado como una herramienta de análisis fundamental para la toma de decisiones respecto de las designaciones de empleados y funcionarios en las Oficinas Judiciales. Por otra parte, permitieron evaluar la integración y composición de los Foros de Jueces y Juezas Penales y las Subdelegaciones por parte del Superior Tribunal de Justicia a fin de mantener un mejor equilibrio entre la asignación de recursos y la demanda del servicio de justicia.





---

## Argumentación jurídica y sistema adversarial

El desafío de los nuevos tiempos  
en el proceso penal de Río Negro

**MARCELO CHIRONI\***

### 1. INTRODUCCIÓN

La sanción del Código Procesal Penal de Río Negro (Ley N° 5020) ha implicado un radical cambio de método, filosofía, ideología y fundamentalmente, ha modificado sustancialmente la manera de pensar el proceso y la consecuente actuación de sus actores.

El ingreso al sistema adversarial no solo supone un cambio, profundización y delimitación sustancial de roles de sus operadores, sino que además trae como desafío la oralidad, la que se impone prácticamente en la totalidad de sus etapas. Esto se ve cristalizado a través de un sistema de audiencias que se suceden desde la de formulación de cargos, atravesando las de medidas cautelares, de revisión de actos procesales, de control de acusación y mérito de la prueba, hasta el propio juicio oral y público (este último con jueces técnicos y con jurados populares según el caso). La dinámica del proceso hace necesario que, prácticamente en la totalidad de los casos, defensores, fiscales y jueces deban efectuar sus planteos, defender sus posturas y resolver las cuestiones traídas a consideración, de manera oral e inmediata.

\* Juez de Juicio de la 1ra. Circunscripción Judicial.

Ello trae como consecuencia la imposibilidad, en el caso de las partes, de escribir o leer sus argumentos, y en el caso de los jueces, la de “mirar el expediente” antes de resolver las incidencias que se plantean en el proceso. Particularmente en el caso de fiscales, defensores y abogados querellantes o representantes de las víctimas, la calidad de la información que suministren será de vital importancia para la resolución del conflicto puesto a consideración, en tanto solo a partir de aquella se obtendrá una decisión jurisdiccional.

Respecto de la magistratura, la dinámica impuesta obliga, en la gran mayoría de los casos, a respuestas y decisiones inmediatas luego de receptar los planteos de las partes, lo que necesariamente exige al Juez la capacidad de resolver con conocimiento de la materia sobre la que versa la cuestión, siendo además imperativo que la decisión sea lo suficientemente justificada, sólida y solvente.

Tal solvencia y solidez, tanto en la presentación de los argumentos de las partes como en la utilización de aquellos en la resolución de los conflictos por los jueces, ya no encuentran suficiencia en la mera invocación de las normas jurídicas o en la operación clásica de subsunción al caso concreto, sino que imponen la necesidad de justificar tales decisiones en una construcción que excede en mucho aquella primitiva visión de la mera motivación normativa.

Por otra parte, la comunicación y el lenguaje cobran un papel preponderante, en tanto de acuerdo a cómo comuniquemos al otro nuestros argumentos, dependerá grandemente el éxito de nuestro propósito, y por añadidura el del sistema de justicia.

La argumentación como teoría ha tenido ese desafío, desde sus inicios allá por la segunda mitad del siglo XX, profundizada hasta nuestros días en un largo camino a través de las distintas etapas de su evolución, donde pueden apreciarse los inestimables aportes de Theodor Viehweg, Chaïm Perelman, y Stephen Toulmin, y en el último tercio los de Neil Mac Cormick y de Robert Alexy (teoría estándar), hasta llegar a nuestros días a Manuel Atienza, entre otros, referente indiscutido de las teorías contemporáneas.

Esto es, la de entender la argumentación como una manera de pensar el derecho, o como señala el maestro ovetense, concebir el derecho como argumentación.

En el marco del proceso penal, al igual que en cualquier rama del derecho, se advierte la necesidad impostergable de un cambio en la forma

de plantear las posturas y de resolver los conflictos, en base a esquemas argumentativos que dejen de lado los viejos silogismos y formalismos (o al menos procurar que sean utilizados en su justa dimensión), para dar paso a una nueva concepción del derecho aplicado.

De allí la importancia de la teoría de la argumentación jurídica en la actualidad, donde a partir de la concepción democrática y republicana de gobierno, se impone la tarea de imbuir en el ánimo y la práctica de los actores del proceso penal la necesidad de dar respuestas que estén a la altura de dicha concepción, donde la solidez de los argumentos, esas buenas razones que se dan en apoyo a las pretensiones y en su caso a las soluciones jurídicas que se dan en el marco del proceso, permitan un mejoramiento concreto y palpable de la calidad de la actividad judicial, en favor de la sociedad.

Para ello, el trabajo de jueces, defensores, fiscales y abogados en general, no se agotará en la mera exposición de argumentos que sustenten sus posturas. Será necesario además que esos argumentos sean de calidad. El esforzado estudio de los casos, el conocimiento del derecho aplicable (comprensivo de normas, precedentes jurisprudenciales y doctrina), y el uso de destrezas y técnicas particulares de esta teoría, entre otras cuestiones, se erigen en inexcusables obligaciones para una argumentación de calidad no solo para la parte proponente, sino también para quien tendrá a su cargo en definitiva la resolución del conflicto.

Ahora bien, y como se señalara previamente, indisolublemente ligado a ello, se encuentra el problema de la comunicación. Y el interrogante acerca de *cómo comunicamos nuestros argumentos*, lejos de ser una cuestión sencilla y resuelta en el sistema judicial, atraviesa una importante crisis.

De nada sirve comprender la importancia de la argumentación jurídica en el trabajo diario del derecho, sino logramos comunicar adecuadamente los argumentos que sustentamos en favor de las teorías del caso que se explican y sostienen.

Para ello habrá de tenerse en cuenta la composición de los distintos tipos de auditorios según la actividad procesal que se desarrolle, receptores de la actividad argumentativa de los actores del proceso. No será lo mismo un auditorio conformado por jueces técnicos que aquel conformado por jurados populares. Cada uno tendrá características y particularidades que los harán sustancialmente distintos, y distinta será la estrategia que deberán utilizar las partes para comunicar los argumentos que funden sus

pretensiones. El previo estudio, análisis y conocimiento de ellos, se constituye en una obligación inexcusable para el argumentador, pues sin conocer las características del receptor del mensaje, será imposible comunicar en debida forma las razones que sustenten su postura.

Por otra parte, la necesidad de un cambio profundo en la comunicación dentro del sistema de justicia (comprensivo tanto de la actividad judicial como de la actividad privada de abogados y hombres de derecho en general, la administrativa y aún la legislativa) es innegable.

La simpleza y claridad del lenguaje, la utilización de canales de comunicación adecuados, el estudio de las distintas maneras de comunicarnos, son puentes entre el sistema de justicia y el ciudadano de a pie, que necesariamente deben tenderse si realmente entendemos que aquel sistema es un servicio, y que los actores del mismo (jueces, fiscales, defensores, patrocinantes) son servidores públicos abocados a la tarea de contribuir a una justicia a tiempo, efectiva, simple y de calidad. Tanto el justiciable (inserto en el sistema judicial, en ocasiones por decisión propia y en otras, compulsivamente) como el ciudadano en general, deben recibir tanto del sistema de administración de justicia como de sus actores, una clara explicación de lo que se discute y se resuelve tanto en el ámbito judicial como en el extrajudicial.

Como se expondrá más adelante, si los principales protagonistas del proceso (imputado, víctima y aún testigos) no alcanzan a comprender lo que se dice en una audiencia o en una sentencia, el proceso será solo demagogia, aquellos no habrán entendido para qué fueron convocados pese a que se decidieron cosas que los afectaron, y su participación habrá sido meramente formal.

El desafío se centra en que la teoría de la argumentación jurídica no quede solamente en discusiones doctrinarias, sino que se erija en un instrumento capaz de mejorar la calidad del servicio de justicia, teniendo en cuenta que de acuerdo a cómo comuniquemos nuestros argumentos dependerá el éxito de nuestras pretensiones en particular y la mejora del sistema en general.

El objeto de este trabajo será el de efectuar una mirada sobre la actividad de las partes y el juez en las audiencias de Revisión y las del Debate Oral, dos de las más significativas en el proceso penal en lo que a la temática argumentativa y comunicación respecta.

En estas audiencias, la actividad de las partes es esencialmente argumentativa, en tanto volcarán sus pretensiones mediante argumentos que las sostengan, con el claro objetivo de persuadir o convencer al Juez (técnico o popular según el caso) de que asiste razón a su postura, en desmedro de la de la contraparte.

En virtud de la necesidad de poner límite al objeto del trabajo, la cuestión se centrará en la actividad discursiva de las de las partes (alegaciones), dejando en claro que el trabajo de aquellas es más amplio, sobre todo en el marco de las audiencias de juicio oral donde el examen y contra examen de testigos por parte de los letrados, ocupan también un lugar de absoluta preponderancia. Sin embargo, previo a la producción de la prueba y con posterioridad a ella, las instancias de alegatos aparecen como las máximas contenedoras de los argumentos que utilizarán para sostener su postura y lograr que el Juez las asuma como propias.

Por otra parte y en lo que a la actividad del juez concierne, más allá de las cuestiones incidentales propias del devenir de las audiencias, se encuentra la de decidir por una u otra teoría del caso, con las mismas (o tal vez mayores) obligaciones de fundar sus decisiones, ya no solo en el marco de aplicación de silogismos clásicos o fórmulas netamente lógicas de subsunción, sino con la necesidad de fundar razonadamente su postura sobre el caso traído a análisis y solución.

Como se verá más adelante, las características de una y otra audiencia, harán que las decisiones del magistrado tengan particulares aspectos que las distinguen, desde que en algunos casos la decisión será en forma oral e inmediata y en otros la posibilidad de deliberación será mayor y la resolución será escrita y con un plazo mayor para dictarla.

En definitiva, el objeto del presente es aportar una visión sobre la finalidad de estas audiencias, sobre el rol de sus actores, sus interesados directos e indirectos (entre los primeros jueces, fiscales, defensores, víctimas e imputados; y entre los segundos, tribunales superiores, la opinión pública, la sociedad en general) de un modo que permita ser comunicado, entendido, compartido y puesto a consideración y debate, de manera clara, concreta y consistente, intentando poner sobre la mesa de discusión, elementos que podrían resultar útiles para una mejor administración de justicia.

## 2. LAS AUDIENCIAS DE REVISIÓN ORDINARIA Y LAS DE JUICIO ORAL Y PÚBLICO EN EL PROCESO PENAL DE RÍO NEGRO

Como se señalara al comienzo, la sanción del Código Procesal Penal de Río Negro (Ley Nº 5020) ha implicado un cambio sustancial de modelo procesal, abandonando el tradicional sistema mixto, el que a su vez ha modificado el rol de sus actores

Así, el juez asume realmente un rol de tercero imparcial en el proceso (recordemos que en el proceso tradicional el magistrado tenía a su cargo la investigación y el juzgamiento en un doble rol de dudosa transparencia e imparcialidad), en tanto la acusación se encuentra bien definida en el rol del Fiscal o el Querellante, como también el rol del acusado y su defensa técnica.

El sistema adversarial no solamente evita la superposición de roles como el anterior sistema, sino que además proporciona las herramientas para que las partes interactúen en igualdad de armas.

En ese marco entonces, podríamos afirmar que una audiencia es una reunión de las partes del proceso con el juez donde aquellos le aportan la información para que este resuelva un asunto que le someten a su consideración.

El nuevo proceso penal posee características distintivas bien definidas en relación a los sistemas mixtos o denominados inquisitivos. Así, cada paso tiene un sentido y un objetivo, dotando a cada tipo de audiencia de una especificidad que la hace única. Sin embargo, como veremos, éstas tienen componentes comunes tales como la oralidad, la contradicción y la intermediación, principios inherentes a este sistema procesal, que dotan de transparencia al proceso.

Brevemente, puede señalarse que la oralidad implica tomar decisiones en el marco del proceso a través de la información que le brindan al juez cada una de las partes, en una instancia de mayor transparencia, donde las partes argumentan y contra argumentan.

Íntimamente ligado a ello se encuentra el principio de contradicción, porque es precisamente a partir de la argumentación y contraargumentación de las partes en ejercicio de sus derechos, donde se produce información que es volcada al juez para decidir el conflicto. Dicha información es sometida a un control por la otra parte y viceversa.

Por último, la inmediación trae como consecuencia la ausencia de representantes o delegados de las partes. Los actores reales del proceso (juez, fiscal, imputado, defensor, víctima constituida en querellante) toman contacto directo entre sí. Todos tienen pleno conocimiento de lo que sucede en la audiencia, de lo que plantean las partes y de lo que allí se resuelve por parte del juez interviniente.

Las audiencias de Revisión Ordinaria y las de Juicio Oral y Público son dos de las instancias medulares tanto en relación al proceso penal adversarial como a la temática que nos ocupa, por ser tal vez el momento de mayor actividad contradictoria, desde que en ellas necesariamente se suscitará un debate en el cual cada parte procurará que su postura triunfe por sobre la de su contraparte.

En el contexto del proceso, sin duda alguna estas audiencias reflejan una notable paridad de actuación, a diferencia de otras en las cuales una de las partes suele tener cierta preeminencia por sobre la otra (v.gr. Audiencia de formulación de cargos).

## **2.1. Audiencia de Revisión Ordinaria**

Las audiencias de revisión ordinaria tienen el claro objeto de que un tribunal revise lo decidido por otro, a partir de la impugnación interpuesta por la parte agraviada.

El control de las decisiones judiciales se encuentra minuciosamente reglado en Libro V (en seis Títulos) del Código Procesal Penal, donde se establecen normas generales de aplicación, qué decisiones resultan impugnables, quiénes se encuentran legitimados para ello, los órganos intervinientes y el procedimiento de la impugnación (trámite), entre otras cuestiones.

En lo medular, y de modo general, puede decirse que cuando una de las partes del proceso (imputado, querellante, fiscal) se ve perjudicada por una decisión jurisdiccional, tiene derecho a recurrirla a través del remedio procesal denominado en el código ritual, como *impugnación*. Allí la parte intentará revertir una decisión que le es adversa, y evitar los efectos que le resultan perjudiciales de esa resolución, resultando una verdadera garantía procesal.

La importancia de estas revisiones es que serán resueltas en el marco de una audiencia contradictoria, a partir de las alegaciones de las partes

en favor de cada una de sus posturas, y la resolución será dictada de forma inmediata, todo ello inexcusablemente de forma oral (a excepción de las revisiones de sentencias condenatorias o absolutorias en las que el Tribunal de Impugnación, como órgano competente, dicta sus pronunciamientos por escrito, razón por la cual han de quedar fuera del análisis del presente trabajo).

Y es aquí donde tanto el rol de las partes resulta fundamental, porque de acuerdo sus desempeños en la audiencia, a la calidad de la información que suministren y básicamente a los argumentos que presenten al Juez, se definirá la suerte del planteo o de su postura ante la decisión a revisarse.

No puede dejar de resaltarse, aunque más adelante se profundizará sobre el punto, que el Tribunal llega a la audiencia sin conocimiento previo del legajo y por tanto, le es totalmente ajena la cuestión a resolver, por lo que será de vital importancia aquella información, y no solamente por la calidad de su contenido, sino por la forma en la que la parte comunicará sus pretensiones, para de esta manera poder persuadir o convencer al magistrado de que su postura es la que razonadamente mejor representa la solución aplicable al caso.

La audiencia comenzará con la exposición de la parte que resulte agravada por la decisión recurrida, quien tendrá la tarea de aportar elementos de convicción suficientes para que el tribunal revisor recepte su postura y deje sin efecto la solución adoptada por el juez interviniente en la instancia anterior, para luego dar lugar a la controversia a partir del traslado a la contraparte quien intentará convencer al magistrado de que la decisión adoptada por su antecesor es la correcta.

Hasta aquí nada nuevo hemos dicho en materia recursiva en tanto en más o en menos, los procesos de impugnación en todos los fueros poseen esta característica. Lo que torna singular al proceso penal adversarial es, como adelantáramos, que tanto las partes como el juez deberán dar fundamentos a sus pretensiones y a sus decisiones de formas inmediata y oral. Y por ello la insistencia de que aquellas deberán suministrar información de calidad, desde que los Jueces no cuentan con los antecedentes del caso.

En ese marco entonces, la decisión que tome el magistrado dependerá ciertamente del conocimiento del caso, la habilidad del orador para presentar sus razones, y fundamentalmente, de la calidad de los argumentos



que esgriman las partes, desde que el juez no solo desconoce los antecedentes del caso como adelantáramos, sino que además únicamente podrá decidir en base a aquellos, sin poder pronunciarse sobre cuestiones no traídas a discusión.

Expuestas entonces las razones de las partes, será el Juez de la audiencia quien determine cuál de estos caminos habrá de tomarse en el marco del proceso, de forma oral, fundando en derecho a través de un razonamiento que justifique su decisión.

No es una tarea menor la del magistrado, desde que más allá de que deberá tomar parte por una de las posturas esgrimidas por las partes, tal elección no lo eximirá de la obligación de fundamentar por qué habrá de adoptar una de ellas. Ello lo llevará a efectuar una construcción razonada de su decisión, que además deberá ser oral e inmediata.

## **2.2. Audiencia de Juicio Oral y Público**

En la audiencia de Juicio Oral y Público, también llamada Audiencia de Debate, es probablemente el momento en el cual los actores del proceso penal desarrollen su actividad en su máxima expresión. Este segmento del proceso se encuentra regulado en el Libro IV (en tres Títulos) y regula el procedimiento a llevarse a cabo en materia de juicio oral y público con jueces técnicos, jurados populares y procedimientos especiales. El debate se iniciará con los llamados alegatos de apertura de las partes. Allí, los acusadores (públicos o privados) explicarán el hecho materia de reproche de penal, es decir, el hecho por el cual se acusa a quien ha sido llevado a juicio, adelantarán las pruebas que producirán para dar sustento a la acusación, y calificarán en el hecho conforme a alguno de los delitos contenidos en el Código Penal.

Luego la defensa hará lo propio a los fines de desestimar tal acusación, expresando las líneas de su defensa (también el acusado podrá hacer pleno uso de su derecho de defensa y declarar cuando lo considere oportuno).

Ello representa todo un desafío, en tanto el discurso inicial implica delimitar el objeto sobre el cual va a versar el juicio, y la forma en que este se presente será fundamental para influir en el ánimo del juzgador. Nuevamente, los argumentos que se esgriman y cómo se comunicarán al receptor, tendrán una función determinante.

Así, puede decirse que el alegato de apertura no solo define la teoría del caso que cada parte presentará ante quien deba decidir acerca de la existencia del hecho y la participación del acusado, sino que además se constituye en una promesa de lo que sucederá en el juicio.

Seguramente además ambas partes comenzarán sus discursos con sendas conclusiones (que serán sin dudas, el objetivo final de cada una de ellas en el juicio), para luego ligar estas con las pruebas producidas por cada una, mediante un esquema argumentativo que permita convencer al Juez o al Jurado que la solución que propugna es la más justa.

La acusación (en manos de la Fiscalía, de la Querella o de ambas) seguramente comenzará diciendo que en el trascurso del juicio probará que el hecho explicado al principio de la audiencia ha acaecido, y que el acusado es el autor penalmente responsable del mismo.

La defensa indicará otra conclusión. Afirmará que probará en el debate que el hecho no ha ocurrido, que su defendido no es el autor, o por ejemplo, que aún ocurrido aquel y participado en el mismo su cliente, existe una causa que lo eximirá de su responsabilidad penal. En la continuidad, acusación y defensa producirán las pruebas por ellos ofrecidas, para finalizar con los alegatos de clausura.

Probablemente sean estos los de mayor importancia y en los que, en el marco de la teoría de la argumentación jurídica, alcancen su punto máximo en la estructura del proceso. En ellos, las partes habrán de evaluar las pruebas producidas en el juicio e intentarán convencer al Juez (técnico o popular) de que la teoría del caso por los mismos sustentada, es la que ha triunfado.

Al igual que en los alegatos de apertura, en los de clausura en principio, las partes volverán cada uno sobre sus conclusiones, ahora ya con la totalidad de la prueba producida.

La concatenación de las premisas con esas conclusiones será la ardua tarea de aquellas, en tanto el éxito o el fracaso de la imposición de la propia teoría del caso dependerá, en parte es cierto, del conocimiento de las normas y los hechos, pero tan o más importante aún será la de presentar al juzgador un relato donde los buenos argumentos, la razonabilidad y la justificación se impongan por sobre los de la contraparte.

Ahora bien, el juicio oral y público tiene dos modalidades bien definidas, en tanto de acuerdo a la pretensión punitiva invocada por la acusación en el requerimiento acusatorio, y volcado en el Auto de Apertura a juicio que

dictará el Juez de la audiencia de Control de Acusación (Art. 168 del CPP), en base al delito por el cual sea acusado el imputado, la competencia para juzgar podrá recaer sobre un tribunal conformado por jueces técnicos o sobre un jurado popular (Juicio por Jurados).

Esto definirá claramente las estrategias de acusación y defensa, en tanto el auditorio será absolutamente distinto en uno u otro caso.

Toma enorme trascendencia la actividad argumentativa y la forma en que se producirá la comunicación de esos argumentos, porque la actuación de Fiscalía, Querella y Defensa deberá ser necesariamente distinta y particular según que el receptor de sus respectivas teorías del caso sea un tribunal conformado por jueces técnicos o legos, como tratará de analizarse más adelante.

### **3. ARGUMENTACIÓN JURÍDICA. UN DEBER DE LOS OPERADORES DEL SISTEMA, UN DERECHO DEL JUSTICIABLE**

Hasta aquí se ha efectuado una somera descripción estas audiencias, y de la actividad que desarrollan en ella los actores del proceso. Se ha resaltado en el punto anterior tanto la tarea de las partes al plantear sus teorías del caso, como la del juez al momento de resolver la controversia, de fundar con buenas razones sus pretensiones o decisiones, es decir, presentar sus argumentos.

Advertimos entonces la importancia que tiene el discurso argumentativo cuando nos situamos en el proceso penal adversarial, el que tendrá aristas distintas según los actores del sistema, pero un objetivo común: el de persuadir al otro a través de las buenas razones.

Puede decirse siguiendo González Lagier, que un argumento es un conjunto de enunciados que expresan razones que apoyan una determinada tesis.<sup>1</sup>

En una definición más compleja pero a la vez más acabada, Bonorino define al argumento como un conjunto de enunciados en el cual un subconjunto de dichos enunciados constituye las razones para aceptar otro

<sup>1</sup> González Lagier, D (2012), "Apuntes Sobre Lógica y Argumentación Jurídica", Universidad de Alicante, Departamento de Filosofía del Derecho y Derecho Internacional Privado. Recuperado de <http://hdl.handle.net/10045/20530>

de los enunciados que lo componen. A los enunciados que constituyen las razones se los denomina premisas, y al enunciado que se pretende apoyar con éstas se lo llama conclusión.

Asimismo, define a la argumentación como un conjunto de argumentos entrelazados. Ese enlace aclara, puede tener dos aristas: o bien que el argumento se construya para defender las premisas de un argumento ya formulado; o bien que se construya más de un argumento para defender la misma conclusión.<sup>2</sup>

Atienza refiere que la argumentación es todo lo que transcurre desde que se plantea un problema argumentativo hasta que aparece la solución.

Puy Muñoz, en palabras de Grajales, define específicamente la argumentación jurídica, que es lo que aquí nos ocupa, como el razonamiento que se emplea para disputar, discutir o impugnar una opinión ajena, para probar o demostrar una proposición propia, o bien para convencer a alguien de aquello que se afirma o se niega a favor o en contra de algo relacionado con el derecho de alguien.<sup>3</sup>

Se advierte entonces que la argumentación jurídica es un conjunto de actos de lenguaje, que incluye una determinada cantidad de argumentos, tendientes a respaldar una determinada postura ante una cuestión a resolver

En esa línea, también puede afirmarse que los argumentos forman parte de la argumentación, y no puede concebirse esta sin aquellos. Sin embargo, la argumentación es continente de otros tantos elementos. Puede tener facetas narrativas, expositivas, interrogativas, etcétera. Todo ese conjunto de elementos conformará una presentación discursiva.

Ese discurso, en el caso de las partes del proceso (Fiscales, Defensores, Querellantes) tendrá como objetivo comunicar y exponer una idea con el objeto de persuadir al Juez que aquella es la que mejor representa la solución requerida para el caso.

<sup>2</sup> Bonorino Ramírez, P. (2011), *Argumentación En Procesos Judiciales. Módulo de aprendizaje autodirigido para empleados. Plan de formación de la rama judicial*, Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura. Recuperado de [https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/sites/default/files/452\\_modulo\\_argumentacion\\_pj.pdf](https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/sites/default/files/452_modulo_argumentacion_pj.pdf)

<sup>3</sup> Grajales, A. y Negri, N. (2016), *Interpretación y aplicación del Código Civil y Comercial. Elementos para la práctica profesional*, Buenos Aires: Ed. Astrea, pág. 126.

Si argumentar, entonces, es dar razones a favor o en contra de una tesis o una opinión, en el proceso penal, y en las audiencias objeto del presente en particular, la tarea será para las partes la de dar buenas razones en pos de sostener sus respectivas teorías del caso, y por qué no, también para desacreditar las de la contraparte.

El discurso del Juez apuntará a persuadir a las partes, quienes se presentan a él a fin de que resuelva un planteo contradictorio, de que la solución adoptada es la correcta, aún en perjuicio de los intereses de una de las partes, o incluso de ambas.

Sin embargo, bueno es aclarar que el término persuasión no está utilizado en sentido de manipulación sino de convencimiento. Y en relación a la decisión propia de un magistrado, sin desconocer lo dicho en párrafos anteriores, el concepto de justificación es mucho más importante que el de la persuasión en términos latos.

Como señala Grajales, el deber de la magistratura (y agrego, de todo órgano estatal con potestad para decidir) se centra en la necesidad de justificar sus decisiones, esto es, dar razones de peso y suficientes, de modo que lo que se decida pueda ser tomado como correcto.<sup>4</sup>

Incluso en este aspecto, no puede dejar de citarse por su trascendencia a Perelman, cuando afirma que “no hay que olvidar que las decisiones de justicia deben satisfacer a tres auditorios diferentes, que son: de un lado, las partes en litigio; después, los profesionales del Derecho y, por último, la opinión pública, que se manifiesta a través de la prensa y las reacciones legislativas que se suscitan frente a las sentencias de los tribunales”.<sup>5</sup>

Pero, ¿por qué resulta imperioso argumentar? La respuesta hemos de encontrarla en los derechos fundamentales, en el marco de una sociedad democrática y pluralista, donde las decisiones del Estado (y en particular las del poder judicial) ya no son suficientemente aceptables por la sola invocación de su autoridad o por justificaciones formales, técnicas y mecánicas, sino que resulta absolutamente necesario que cuando un órgano judicial toma una decisión, lo haga en base a razones que demuestren que esta, además de legal, es justa.

4 *Idem.*

5 Perelman, C. (1988), *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Madrid: Civitas, trad. de Luis Díez-Picazo, pág. 228.

En el marco de la sociedad actual, los órganos estatales y sus operadores, y en particular los del poder Judicial, no encuentran legitimación en el esquema de poder constituido que los alberga, sino en la calidad de la actividad que despliegan, la que se encuentra indisolublemente ligada a la justificación razonada de sus decisiones, encaminada a la protección de esos derechos fundamentales.

La legitimación del Poder Judicial en el ámbito de un Estado democrático también se encuentra fuertemente ligado al control que de él efectúe la sociedad, apareciendo como camino preponderante para ese control social, el de la argumentación, es decir, que los tribunales justifiquen razonadamente mediante argumentos de peso las decisiones que toman en el marco de un planteo concreto y real. Particularmente en el ámbito del derecho, aquella cuestión ha dado tenido como consecuencia lo que Manuel Atienza denomina *giro argumentativo*. El maestro ovetense ha señalado que en lugar de pensar el derecho como un cuerpo de normas, el enfoque argumentativo ha cambiado las cosas. Sin negar que el derecho consiste en normas, advierte que es una actividad que a través de la resolución de los conflictos jurídicos tiene como objeto lograr ciertos fines y valores, y la manera de hacerlo será el de dar razón, argumentar. De este modo, un jurista no es alguien que solamente conoce las normas, sino aquel que a partir de allí es capaz de resolver los problemas jurídicos argumentativamente. El derecho, entonces, es argumentación.

Y como fácilmente podemos advertir, este deber claramente no se agota en la función jurisdiccional, sino que abarca también a las demás partes del proceso, independientemente del carácter público o privado de su ejercicio.

La obligación de fiscales, defensores y abogados querellantes, aún con intereses que podrían ser en cierto aspecto distintos a los del magistrado, en consonancia con aquella obligación de raíces republicanas y democráticas, es también la de justificar sus pretensiones, aun cuando su objetivo en el proceso esté centrado en persuadir al Juez de que su solución es la correcta y es la que habrá de aplicarse.

Es que, como hace notar Vázquez Sánchez citando a Mac Cormick, “(e)sta función justificatoria está presente incluso cuando la argumentación persigue una finalidad de persuasión, pues solo se puede persuadir si los

argumentos están justificados, esto es, si están en conformidad con los hechos establecidos y con las normas vigentes”<sup>6</sup>

La naturaleza del sistema procesal adversarial donde impera el principio de contradicción (presentación de argumentos y contra argumentos), trae aparejado que en tales audiencias, salvo algunas excepciones periféricas a la cuestión central a discutir, existan distintos enfoques a partir de un mismo problema, situación, hecho o circunstancia, que indica la necesidad de un debate tendiente a adoptar una u otra postura, o incluso en ocasiones, a comulgar en una tercera.

Pero como ha dicho Viehweg, toda cuestión que aparentemente permite más de una respuesta y requiere necesariamente un entendimiento preliminar, conforme el cual toma un cariz de cuestión que hay que tomar en serio, y a la que hay que buscar una única respuesta como solución.<sup>7</sup>

En las audiencias de Revisión y de Debate en el proceso penal, donde el Estado (o en su caso la acusación privada) pretende enjuiciar y condenar un ciudadano por la comisión de un delito, o bien por ejemplo sujetarlo a una medida restrictiva de la libertad mientras dure el proceso, y por el contrario donde la defensa (pública o privada) busca evitar un enjuiciamiento de su asistido, o que se encuentre privado de su libertad mientras dura el mismo, resultará un requisito de absoluta legitimación que ambas partes den razones acabadas de sus posturas, capaces de persuadir al juzgador que las mismas garantizan la comunión de la justicia con el derecho.

Por otra parte, ese juzgador deberá cumplimentar la obligación constitucional de motivar sus decisiones, no ya simplemente a través del mecanismo de la subsunción mecánica del hecho a la norma, sino que deberá dar reales razones justificantes de la decisión adoptada.

Ello, en tanto constituye un derecho de primer grado del justiciable (comprensivo tanto de la víctima como del imputado), ampliamente reconocido por el derecho convencional y constitucional, al real acceso al sistema de justicia. Y tal acceso no se agota en mero ingreso formal del ciudadano o habitante a los ámbitos de los tribunales en pos de lograr asistencia, sino que abarca claramente el derecho a un servicio de calidad

6 Vázquez Sánchez, O. (2009), “De lo que la Teoría De La Argumentación Jurídica puede hacer por la Práctica De La Argumentación Jurídica” en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, nº 12, 2009, pp. 99-134.

7 Viehweg T. (1964), *Tópica y Jurisprudencia*, Madrid: Taurus.

a quien lo requiera, o sea pasible de ellos. De nada sirve acceder a un sistema de justicia que no provea adecuadamente de herramientas y mecanismos para dar reales soluciones a las problemáticas planteadas.

El derecho del justiciable a un servicio de calidad (no olvidemos que su participación en él no siempre es voluntaria), implica que sus intereses estarán suficientemente custodiados por quienes ejerzan su representación (Fiscales, Defensores, abogados querellantes), y por quienes en definitiva deberán decidir sobre la preeminencia de algunos sobre otros.

Es a partir de esto entonces que surge la necesidad de motivar las decisiones, justificarlas, dar razones suficientes. Sin perjuicio de resultar reiterativo, debe quedar claro que tales obligaciones se extienden a todos los operadores del sistema, en tanto también existe una obligación legal (y aún moral) de motivar y dar razones suficientes de las proposiciones que se hacen en pos de los intereses de los representados. Ello, como suele decir Atienza citando a Bobbio, va directamente de la mano de estos tiempos, es decir, de la era de los derechos.<sup>8</sup>

Es que, básicamente, se trata de comprender el derecho como una actividad argumentativa.

No puede obviarse, asimismo, que la argumentación en el marco del derecho actual no implica pasar de premisas a una conclusión en la resolución de los problemas, a través de la aplicación de las leyes de la lógica y el método deductivo. En estas, si las premisas son verdaderas, *necesariamente* será verdadera la conclusión.

A diferencia de la lógica o la matemática, que aparece como una cadena formada por eslabones (premisas), más bien la del derecho se parece más a los hilos de un tejido. En las primeras, la pérdida o rotura de un eslabón, implicará la pérdida del argumento y no se podrá llegar a la conclusión. En las segundas, la rotura de un hilo o su poca resistencia puede sucederse, pero el conjunto de la trama puede dar suficiente fuerza y considerar que el argumento es sólido (Perelman).

<sup>8</sup> Norberto Bobbio conceptualiza nuestro tiempo como la era de los derechos (*L'età dei diritti*), afirmando que la incorporación de los Derechos a los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales ha supuesto una lucha permanente de parte de los gobernados, exigiendo a los poderes formales y fácticos la incorporación aquéllos de sus exigencias. En lugar de ver el derecho, explica Atienza, desde arriba hacia abajo, el mismo se conceptualiza desde abajo hacia arriba. En lugar del deber aparece el concepto del derecho.



Como señala Atienza, en el derecho no siempre se argumenta del modo lógico deductivo, como tampoco en los negocios, en la economía, y en la vida en general.

En derecho cuando se construye un argumento, se afirma que una razón dada tiene peso en favor de la tesis sostenida, pero no tiene fuerza tal como para sostener que si es verdadera, la conclusión también lo será. Es decir, no siempre serán deductivos nuestros argumentos, sino que serán, incluso mayoritariamente, inductivos en sentido lato.

Ello no implica desechar la lógica como instrumento, pero solo con la lógica el jurista no va a poder resolver todos los problemas importantes. La lógica es necesaria porque suministra una serie de esquemas que le resultarán útiles para la solución de conflictos o problemas, pero además se necesitar apelar a otro tipo de recursos argumentativos. Estas cuestiones ya habían sido señaladas por Viehweg y Thoulmin entre otros, recién en la actualidad parece estar tomando dimensión por parte de los operadores del sistema.<sup>9</sup>

9 Stephen Toulmin sugería un esquema, para entender y analizar los argumentos, no ya desde la óptica de la lógica y la matemática, sino en el contexto de la economía, la moral, los negocios el arte y también el derecho (éste último, sostenía, era el modelo para las otras esferas, por ser el lugar por excelencia de la argumentación). Denomina Empresas Racionales a aquellas actividades organizadas que para conseguir sus propósitos necesitan argumentar. Afirmaba que las argumentaciones cotidianas no siguen el clásico modelo riguroso del silogismo. Para él, en una argumentación directa, un sujeto argumentador presenta explícitamente una tesis u opinión y expone una serie de argumentos o razones lógicas que deben desembocar en una conclusión que confirma la tesis propuesta. Incluía en su esquema el "cualificador" para determinar la fuerza de los argumentos., que puede ser máxima (y entonces diremos que el argumento es deductivo, o menos que máxima (por lo que se dirá que el argumentos es inductivo). En su esquema describe una pretensión (Claim): Punto de partida y de destino de nuestro proceder en la argumentación. Ejemplo: "X tiene derecho a recibir la herencia de Y". Datos (Grounds): El proponente tendrá que dar razones concretas, relevantes y suficientes. Ejemplo: "X es el único hijo de Y, quien falleció sin dejar testamento". Garantía (Warrant): El oponente discute los hechos y en caso de no aceptarlos podrá exigir al proponente que justifique el paso de las razones a la pretensión. "Los hijos suceden a los padres cuando éstos han fallecido sin dejar testamento". Respaldo (Backing): Mostrar que la garantía resulta válida, relevante y con suficiente peso. Ejemplo: la norma concreta del código civil que se encuentra vigente. Por último las condiciones de refutación o revisabilidad de los argumentos. Esto es, todo argumento vale a no ser que haya algo que lo refute. (en el ejemplo, que el heredero hubiera sido el asesino del causante.)

Dicho esto, se advierte que en el nuevo sistema procesal adversarial quedan al desnudo con mayor visibilidad las falencias de jueces, defensores y fiscales en ese sentido. Tal como lo pone de manifiesto la doctrina, la formación de los hombres y mujeres del derecho se encuentra fuertemente imbuida del formalismo jurídico o positivismo legalista, desde el comienzo mismo de la carrera de derecho, donde conceptos como argumentación jurídica, justificación, razonamiento jurídico, discurso y lenguaje han brillado por su ausencia.

Los nuevos tiempos requieren claramente un profundo cambio en la concepción del derecho como acción, donde la simple remisión a la norma jurídica, o a deducciones mecánicas y formales, ya no tienen lugar en un estado constitucional moderno.

Es que, como ha resaltado Vázquez Sánchez, “(j)ustificar una decisión significa algo más que efectuar una operación deductiva consistente en extraer una conclusión a partir de premisas normativas y fácticas; justificar una decisión, en el contexto del Derecho moderno, obliga a tener buenas razones para convencer de que tal decisión es, cuando menos, correcta”.<sup>10</sup>

Ilusorio sería sostener que tal tarea estuviera reservada solamente a los magistrados, máxime cuando, como en el proceso penal adversarial, la actividad de fiscales y defensores es la que lo motoriza y le da impulso. Bien valen las incuestionables palabras de Vázquez Sánchez para todos los actores del proceso.

Tanto en las audiencias de Revisión como en las de Juicio Oral, la importancia de argumentar, esto es, la de dar buenas razones en defensa de la postura que reafirma la propia teoría del caso sostenida ante el tribunal, se impone como una obligación inexcusable no solo para la sustentar adecuadamente la pretensión del éxito de la tarea emprendida, sino como presupuesto de la adecuada gestión de justicia.

Cuando un defensor o un fiscal impugnan una resolución que les ha causado agravio, irán camino una audiencia de revisión en la cual el Tribunal ya no receptará como válidas las meras afirmaciones dogmáticas y discursos interminables abarrotados de citas (algunas de ellas ni siquiera aplicables al caso), como se analizará luego, sino que deberán centrar su

<sup>10</sup> Vázquez Sánchez, O. (2008), *Teoría de la argumentación jurídica sobre la justificación de las decisiones judiciales*, México: UAT-Gudiño Cicero, pp. 23-37.

ponencia en el objeto del recurso y ceñir concretamente su discurso a argumentos serios y contundentes, porque la dinámica de la audiencia oral no permite la concentración cuando la extensión de la oratoria excede los límites de lo razonable.

También la cuestión atraviesa a los tribunales que deberán justificar su decisión, dando razones que muestren que las decisiones en cuestión aseguran la justicia de acuerdo con el Derecho.

Lo mismo sucede en las audiencias de debate oral, las que se encuentran integradas entre otras cosas por los llamados alegatos de apertura y de clausura, donde las partes efectúan, en el primer caso, una promesa de lo que sucederá en el debate, y en el segundo, una confirmación palpable de su teoría del caso.

Como se verá más adelante, la estrategia discursiva o argumentativa tendrá diferentes matices de acuerdo al auditorio, sumado a la responsabilidad del conocimiento del caso por parte de los acusadores y defensores, de la correcta preparación del mismo, el conocimiento de la norma y en la capacidad de comunicar su pretensión.

Se trata entonces de comprender que el servicio de justicia es claramente un servicio público esencial, en donde sus operadores (Jueces, abogados y Fiscales), ya sea que pertenezcan al ámbito de la función pública o el ejercicio de la actividad privada (el abogado particular ejerce un servicio de características públicas, más aún en el marco del proceso penal sin perjuicio de defender los intereses de su cliente), tienen una obligación frente al justiciable y frente a la sociedad. Y además de las axiológicas como en el caso de la honestidad, la buena fe, la responsabilidad y la honra de la profesión o función que ocupen, tienen otras no menos importantes como las de cumplir con los estándares de conocimiento, eficiencia, eficacia y capacidad de desarrollar la actividad, resultando, en esta parte del siglo, incuestionable la obligación (además de la necesidad) de dar razones suficientes, de dar buenas razones que sostengan las posturas a defender, que hagan tambalear aquellas que se pretenden defenestrar (en el caso de las partes), y que sustenten debidamente la solución a adoptarse ante una controversia (por parte de la magistratura).

Nadie puede negar que el acceso a la justicia es un derecho humano de primer grado. En el marco del proceso penal aparecen como insoslayables los derechos al debido proceso, a la defensa en juicio, a la debida representación y la obtención por parte del sistema judicial, de un

pronunciamiento fundado. Tales principios no pueden quedar en meros enunciados, y la tarea de los operadores del sistema (Jueces, Fiscales, Defensores públicos, privados y letrados en general) será la de esforzarse al máximo para dotar a su función de la calidad suficiente que garantice estándares mínimos de suficiencia.

Si el derecho es esencialmente actividad argumentativa, será entonces la calidad de la argumentación en la labor diaria (y los argumentos contenidos en ella), la que defina la calidad del servicio de justicia y por ende la real protección de los derechos fundamentales de las personas.

#### 4. UNA ARGUMENTACIÓN DE CALIDAD COMO PRINCIPIO IGUALADOR EN EL PROCESO PENAL

La dinámica del proceso del penal, en donde imperan los principios de la oralidad, la inmediación, la concentración, y celeridad, obliga a los actores a una actividad que fácilmente desnuda falta de preparación de los casos, conocimiento de las normas, capacidad de resolución, y más aún, falta de fundamentación razonada tanto de las proposiciones (teorías del caso) como de las decisiones que las admiten o las rechazan (resoluciones).

El desafío, entonces, parte de la necesidad de argumentar en debida forma, tanto en la presentación de las teorías de las partes, como en la resolución de ese antagonismo en manos de los magistrados.

En relación a los primeros, ha de señalarse que en nuestro sistema procesal las decisiones de los magistrados en las audiencias señaladas se encuentran indisolublemente ligadas a la calidad de la información que suministren las partes, y ello trae aparejado responsabilidades para estas, pues la falta de conocimiento, diligencia y preparación como se señala *ut supra*, conspira no solo contra el sistema en particular, sino con el fin general del mismo, que es la adecuada solución del conflicto traído ante la judicatura para su definición.

Y una de las cuestiones a considerar es, como señala Martín Böhmer,<sup>11</sup> la desigualdad retórica de quienes participan en la deliberación. Es que,

<sup>11</sup> Böhmer, M. (2008), "Igualadores y Traductores. La Ética del Abogado en una Democracia Constitucional", en Alegre, M., Gargarella, R. y Rosenkrantz, C. (coords.) *Homenaje a Carlos S. Nino*. Buenos Aires: La Ley, Facultad de Derecho UBA.

como ha afirmado, si la resolución de un conflicto depende de la efectividad retórica de las partes, la falta de igualdad produce el resultado indeseado de evitar que triunfe el mejor argumento, violando una regla evidente de la deliberación ideal, que consiste en excluir las falacias y las modulaciones del discurso como argumentos válidos dentro de la discusión.

Claramente, esa desigualdad en cabeza de quienes, paradójicamente, deben garantizar con su función el equilibrio e igualdad de las partes frente al proceso, es un problema que en la práctica judicial no ha sido resuelta.

Si quienes deben equilibrar esa desigualdad no preparan adecuadamente sus defensas y sus acusaciones, conspiran de igual modo contra esa equidad que no solo será retórica, sino que marcará diferencias a lo largo de todo el proceso, con serio y palpables riesgos de llegar a una solución injusta.

Es que, como ha señalado el autor citado, en las deliberaciones reales, de las que dependen los intereses y los derechos de los ciudadanos de una democracia real, la desigual capacidad retórica de los participantes produce el resultado no deseado de que triunfen argumentos falaces, y que de esta manera se imponga la voluntad desnuda de quienes carecen de los mejores argumentos. Esa carencia que se patentiza claramente en el devenir de la labor diaria, probablemente sea uno de los mayores problemas con los que se enfrenta el servicio de justicia.

Fiscales, defensores y abogados, en general con escaso conocimiento de los hechos y circunstancias de los casos que afrontan, en algunos casos falta de conocimiento de las normas jurídicas aplicables, pero fundamentalmente de preparación de los casos, sin elementos argumentativos ya sea por defecto de formación o de profesión, resultan moneda corriente en el ámbito de los tribunales, de los despachos administrativos e incluso las instancias de mediación.

La misma problemática atraviesa la labor de los jueces, donde la respuesta a los planteos de las partes acogiendo una u otra teoría, (tan o más importante aún), padece de las mismas deficiencias. Los decisorios no deben convertirse en meras remisiones, sino que pesará sobre el magistrado el deber de dar buenas razones para justificar la recepción de una u otra postura en el proceso.

El contexto de justificación y la razón justificativa, a los que hace referencia Aguiló, han de encontrarse presentes en el marco de la decisión de

los jueces, por sobre el contexto de descubrimiento y razón explicativa.<sup>12</sup> Más aún en el ámbito del derecho penal, donde si bien la norma marca de forma taxativa a través de tipos penales continentes de específicos elementos constitutivos sin los cuales el delito no se configura, la necesidad de que las decisiones que se adopten sin arbitrariedad ni sustentados en la mera discrecionalidad, resultan un requisito ineludible en miras a una correcta administración de justicia, y por ende a la vigilia y respeto de los derechos humanos fundamentales. No debe olvidarse que, en el marco del derecho penal, existe una gran diversidad de bienes jurídicos tutelados por la ley, pero sin dudas los derechos humanos más comprometidos son la vida y la libertad.

Las funciones y las actividades que desarrollan los actores del proceso (fiscales, abogados defensores, abogados querellantes y jueces) se encuentran íntimamente ligadas.

Una mala información devendrá sin dudas en una mala decisión. Aquella lo será por falta de conocimiento de la norma, de los hechos, de la incapacidad de coordinar argumentos capaces de proveer de sólidas razones a la postura, y esta última lo será precisamente porque contendrá una visión parcializada y de baja calidad de la cuestión traída a discusión.

De este modo, la preparación de sus respectivas teorías del caso pone en cabeza de la acusación y de la defensa la enorme responsabilidad de estar a la altura de la circunstancias, en tanto se trata ni más ni menos, de dos de las cuatro formas sustanciales del proceso. Y en un proceso oral, no cabe duda alguna que la cristalización de aquellas se da fundamentalmente en el marco de las audiencias de Revisión y de Juicio oral.

Así, uno de los requisitos fundamentales es llegar a estas audiencias de Revisión de actos procesales y de Juicio Oral lo suficientemente preparados para afrontarlas. El conocimiento de las normas, de los hechos concretos, del objeto de la audiencia, de la prueba colectada, resulta la condición inicial para una decorosa actuación.

Como se verá más adelante, también el auditorio definirá también la estrategia de la argumentación a utilizar. No será lo mismo presentar

<sup>12</sup> Aguiló Regla, J. (1996), "Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica", en *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 6 (abril 1997), pp. 71-79. Recuperado de <https://www.cervantesvirtual.com/obra/independencia-e-imparcialidad-de-los-jueces-y-argumentacin-juridica-0/>

argumentos frente a un tribunal conformado por uno o más jueces técnicos, que hacerlo frente a uno conformado por un jurado popular.

Debe tenerse en cuenta, además, que el discurso a utilizarse sea lo suficientemente concreto, metódico, ordenado y acotado en el tiempo, a los efectos de no producir en el auditorio fastidio, distracción o simplemente desatención. En las audiencias, no con poca frecuencia suelen escucharse largos y engorrosos discursos, a veces inentendibles, pretendiendo que con ello se causará en el auditorio una sensación de erudición del emisor. Nada más alejado de realidad. El efecto será claramente el contrario. Los discursos de las partes cargados de repeticiones, citas interminables (algunas de ellas ni siquiera aplicables al caso concreto), sobreabundancia de información, no logran otra cosa que la desatención del receptor del mensaje.

Lo mismo ocurre con las sentencias de los tribunales, sean estas dadas de forma oral o escrita. Pretender que la sentencia o el sentenciador serán más respetados por la profusión de conceptos, largas citas y repeticiones, con conclusiones a veces realmente ininteligibles, es una falla de origen que es necesario desterrar de la práctica judicial. En los modernos sistemas acusatorios como el que nos ocupa, donde los ya puestos de relieve conceptos de oralidad, inmediatez, concentración, y celeridad resultan los paradigmas fundamentales del proceso, no queda lugar ya para exposiciones magistrales que en definitiva nada aportan a quien debe decidir una cuestión, y menos aún al justiciable pasible de los efectos de esa decisión.

Tanto en la audiencia de Revisión como en la de Debate, existirán discusiones sobre una o más cuestiones puntuales. Y allí, la capacidad de adelantarse a los argumentos que podría presentar la contraparte en favor de su propio objetivo, sin duda otorga una ventaja de importancia no solo en orden al objeto de persuadir al juzgador con esa actividad, sino también a la de desarmar *a priori* posibles argumentos a desarrollar por aquella. Para ello se hace necesario reparar en la teoría del caso de la contraria, y poder esgrimir buenas razones que puedan crear en el ánimo del juzgador dudas acerca de lo que seguidamente hará el adversario en la audiencia.

Estas herramientas resultan útiles para una adecuada argumentación de calidad, y por ende, resultan funcionales no solo al éxito particular de quien debe sostener una teoría del caso, o de quien debe resolver un planteo que le han traído a consideración, sino también como se señalara

al principio, al éxito del sistema judicial, en tanto con buenos argumentos proporcionaremos información de calidad y obligaremos al órgano decisor a dictar una resolución en los mismos estándares.

La calidad de la argumentación debe estar a la altura de los valores que se encuentran en juego en el proceso penal.

Tanto el acusado como la víctima y la propia sociedad a través de su representante estatal (Fiscal) gozan de la protección de los derechos convencionales y constitucionales al debido proceso y la defensa en juicio, así como también al de un pronunciamiento fundado dictado en tiempo y forma.

Tales derechos deben claramente trascender más allá de la fría letra de la ley, y el sistema judicial debe garantizar cumplimiento. Y una de las primeras obligaciones será sin duda alguna un servicio de calidad, que necesariamente debe incluir profesionales del derecho (del ámbito estatal y del privado) capacitados para cumplir acabadamente con el rol que le toca dentro del proceso, apareciendo como de relevancia vital la responsabilidad de capacitarse y ejercitarse en el estudio de la teoría y praxis de la argumentación jurídica, para luego con mayor idoneidad construir argumentos a utilizar frente a una audiencia concreta, trabajar en la presentación de los mismos, como así en la oratoria y en el uso del lenguaje.

El justiciable debe tener garantizado el derecho un servicio de justicia de calidad acorde con su condición de persona humana, fuera de toda diferencia económica, política, racial o social.

Sin perjuicio de que la actividad del derecho tiene sus aristas de carácter privado, no deja de ser un servicio de características públicas y ello conlleva la responsabilidad de que el mismo se provea con calidad de modo igualitario para todas las personas, esto es, igualdad de acceso, pero también de igualdad de calidad.

Dentro del Estado, y más específicamente en el seno del Poder Judicial, se impone la necesidad de capacitación permanente en la actividad argumentativa, respecto de magistrados y funcionarios de todos los fueros. Fuera del poder judicial y en el ámbito de la profesión, la obligación debe recaer sobre los Colegios de Abogados, quienes gestionan una actividad pública delegada por el Estado.

La argumentación de calidad como principio igualador en el proceso penal, tiende a garantizar otro principio fundamental en el sistema acusatorio: el de la igualdad de armas. El cumplimiento de este enunciado



garantiza la paridad de condiciones en la discusión de los derechos que asisten a las partes.

Cuando en una audiencia de Revisión se debate acerca de la pertinencia de una medida cautelar restrictiva de la libertad dictada (v.gr. prisión preventiva, una prohibición de acercamiento, una exclusión, etc.), o en una audiencia de Debate se discute acerca de la culpabilidad o inocencia del acusado, o bien sobre el cumplimiento efectivo o condicional de una condena, entran en juegos valores fundamentales de la condición humana. Y las decisiones que se toman al respecto, no solo afectan al destinatario directo de aquellas, sino también a quienes han procurado la aplicación de la ley para proteger sus intereses tanto particulares (v.gr. la víctima o sus familiares), como el interés general social (v.gr. el Estado a través de la Fiscalía).

Entonces, cuando la pelea argumentativa es desigual, como bien señala Böhmer, produce consecuencias nefastas para la deliberación sobre la aplicación del derecho. Sigue diciendo con elogiable claridad y contundencia que, “cuando un buen abogado se enfrenta a un mal abogado podría suceder que la desigualdad en la calidad restrinja los argumentos disponibles para el juez y permita que se introduzcan en la deliberación falacias que pasan como argumentos válidos, hechos no adecuadamente probados o resoluciones inadecuadas de las tensiones inherentes a la democracia constitucional”.

El sistema estatal, de forma directa o indirecta, debe garantizar al justiciable el acceso a un servicio de justicia de calidad. Dentro de este, sin duda el derecho a una adecuada representación de los intereses del ciudadano a través de la actuación de profesionales del derecho que cumplan acabadamente con los requisitos de capacidad, idoneidad y responsabilidad, resulta incuestionable.

Y tal garantía debe afianzarse de forma directa mediante la permanente capacitación de sus agentes públicos, la educación y enseñanza en la materia en las altas casas de estudio, y de forma indirecta a través de los colegios de abogados (cuyo carácter de personas públicas no estatales es indiscutible), quienes deberán ejercer el control y capacitación de sus matriculados.

Solo la igualdad de armas y el equilibrio en las herramientas de discusión de las partes, asegurará en el marco del proceso penal, el derecho al

debido proceso legal de quienes acuden (o son llevados compulsivamente) ante la justicia.

## 5. EL DESAFÍO DE LA COMUNICACIÓN Y LA IMPORTANCIA DEL LENGUAJE I

*La actuación de las partes frente a los distintos auditorios en las audiencias de Revisión y las de Juicio Oral*

Tal vez, la concepción de Chaïm Perelman sobre el auditorio y sus circunstancias encuentre en el proceso penal –y en particular en las audiencias tratadas– un ejemplo claro de aplicación.

Es que, definido el auditorio, tal como lo hiciera como el filósofo polaco, como el conjunto de aquellos a quienes el orador quiere influir con su argumentación<sup>13</sup>, aquel toma especial relevancia en las audiencias de Revisión y de Debate Oral, donde la actividad de las partes se concentra, como se ha dicho en reiteradas oportunidades, en volcar sus argumentos con el objeto de lograr que quien deba decidir acerca de una controversia, adopte la solución por ellas sustentadas.

Ya se ha indicado que los auditorios tienen distintas integraciones y características según se trate de una u otra audiencia, destacando que en las de Revisión el auditorio está conformado por jueces técnicos, y en las de Juicio Oral y Público podrá estar integrado también por un jurado popular.

La importancia de tal distinción radica en el rol que las partes deben desempeñar en cada tipo de audiencias y con cada tipo de auditorio. Básicamente porque el objetivo de aquellas será, en uno u otro caso, lograr que este adhiera a la teoría del caso sustentada, y como consecuencia, obtener una resolución favorable a sus intereses.

El maridaje entre argumentación, comunicación y lenguaje asoma entonces como una cuestión fundamental a la hora de la realización del objetivo propuesto.

<sup>13</sup> Perelman, C. y Olbrechts-Tyteca L. (1989), *Tratado de la argumentación: La nueva retórica*. Trad. Julia Sevilla Muñoz. Madrid: Gredos.

Los argumentos, esas buenas razones que invitan al oyente a aceptar una postura sobre un caso dado, deben llegar al auditorio de forma tal que puedan ser claramente comprendidas por el aquel. Y para que ello ocurra, el primer paso indispensable es tener conocimiento e información sobre el receptor del mensaje. Como señala Perelman, una imagen inadecuada del auditorio, ya la cause la ignorancia o el concurso imprevisto de diversas circunstancias, puede tener las más lamentables consecuencias.<sup>14</sup>

La identificación del auditorio, entonces, definirá el modo en que comuniquemos nuestros argumentos. Resulta fundamental hacia quienes se está dirigiendo el discurso que hemos de elaborar y por ello fundamental es, también, conocer ese auditorio.

Tal como se adelantara, en las audiencias de Revisión y en las de Debate Oral (en estas últimas cuando la pretensión punitiva de la acusación sea menor a doce años de prisión), el auditorio está compuesto por jueces técnicos (sin perjuicio de que como se señalara anteriormente, también a su manera integran el auditorio el propio imputado y la víctima).

En el sistema procesal que impera en Río Negro, donde la magistratura está constituida por un Foro de Jueces con un doble estándar funcional y jerárquico –Jueces de Garantías y Jueces de Juicio o Revisión–, no resulta difícil centrar la atención sobre quienes habrán de intervenir a la hora de circunscribir el auditorio que tratará los casos en las audiencias en examen.

La dinámica del proceso obliga a las partes a conocer los hechos y el derecho, pero también a las personas encargadas de aplicarlo y de resolver los planteos puestos a consideración.

Ciertamente que la identificación del auditorio trasciende el conocimiento personal de los Jueces, pero sería ilusorio pensar que sus posturas ideológicas, filosóficas y deontológicas vayan a ser extrañas al proceso de deliberación y de decisión. Anticiparse a sus modos de actuar, de pensar y de decidir, resultan tarea esencial de las partes técnicas cuando se encuentran frente a una audiencia fijada.

El desafío no es menor en aquellos juicios orales compuestos por jurados populares. El sistema procesal vigente ordena minuciosamente la constitución de los jurados populares, donde la actividad de las partes resulta fundamental en su integración.

<sup>14</sup> *Ídem.*

Y aquí se advierte que las audiencias de *voir dire* y las preliminares al juicio resultan fundamentales no solo para la selección del jurado, sino para conocer la idiosincrasia de cada uno de sus miembros (condiciones sociales, económicas, religiosas y hasta políticas), porque ellos serán en definitiva quienes decidirán tomar una u otra teoría del caso como válida.

La selección de los jurados es precedida de un interrogatorio general y estándar de los potenciales jurados, y luego ya en las audiencias de selección, las partes someterán a los mismos a preguntas generales y particulares con el objeto de determinar la constitución de un jurado que resulte imparcial. Ello llevará sin dudas a conocer (siempre que el trabajo de las partes sea dedicado y responsable), el auditorio ante el cual presentarán los argumentos que respalden su teoría del caso y el que definirá finalmente cuál de estas adoptará como más justa.

Del conocimiento del auditorio dependerá en buena medida entonces, la elaboración del discurso (argumentación) que contenga los argumentos que de manera más adecuada sean comunicados y recibidos conforme a las pretensiones de cada parte. Y esto, como se señalara, ha de aplicarse tanto a los auditorios con capacidad técnica (jueces) como a los legos (jurados), porque poco y nada los separa a unos y a otros, más que el conocimiento de las normas.

El segundo presupuesto a tener en cuenta es el conocimiento del caso. El sistema oral deja al descubierto cuando los actores del proceso desconocen los elementos existentes en el legajo, y puede avizorarse desde el inicio mismo de la audiencia que, cuando ello ocurre, necesariamente las argumentaciones de las partes devienen vacías de contenido. Un conocimiento y estudio serio de aquellos permitirá el desarrollo de una teoría del caso acorde con los estándares mínimos de suficiencia exigidos a cualquier servicio esencial de carácter público, como lo es el de la justicia, y ello a su vez junto con el conocimiento del derecho, permitirá la elaboración de argumentos de calidad que garanticen un efectivo acceso del ciudadano al sistema, como se señalara en el apartado precedente.

Finalmente, resta resolver la disyuntiva de cómo las partes, a partir del conocimiento del auditorio al que se enfrentarán, el conocimiento de los hechos, de las pruebas y del derecho que se pretende aplicable, comunicarán sus argumentos con el fin de convencerle de que la solución propuesta es la que más se ajusta al derecho y a la justicia.

Reiteradamente se viene anticipando que el proceso penal adversarial tiene entre sus principios constitutivos el de la oralidad. Particularmente, la intervención de las partes en las audiencias de Revisión y de Juicio Oral, es exclusiva y excluyentemente oral. Tal intervención, en la que expondrán sus teorías acerca de la controversia que los convoca, será a partir de la elaboración y la presentación un discurso.

Puede decirse que el discurso es el acto verbal y oral de dirigirse a un público determinado, y su finalidad es comunicar o exponer algo con el fin de persuadir a quien lo escucha de que se trata de una posición o un planteo correcto.

Y en el marco de las audiencias en el fuero penal, sin dudas el objetivo será la presentación de argumentos convincentes o persuasivos de modo tal de ilustrar la inteligencia de los jueces (técnicos o populares), para que estos decidan entre otras cuestiones si una decisión tomada con anterioridad debe ser sostenida, o por el contrario revocada o nulificada (v.gr. en las audiencias de Revisión), si un hecho ha acaecido o no, si una persona ha participado de modo responsable en él, en su caso, si existe alguna causal que pese a la prohibición general de la norma le permitió actuar del modo que lo hizo, si resulta o no culpable, si debe aplicarse tal o cual regla jurídica, etc. (v.gr. en una audiencia de Debate).

Es aquí donde la oratoria y el lenguaje juegan un papel preponderante. Lograr establecer un buen canal de comunicación entre el orador y el receptor del discurso aparece como el punto de partida insoslayable para la tarea de transmitir los argumentos que sustentan la propia teoría del caso. No existe fórmula alguna para ello, pero sin dudas un enemigo será el desconocimiento del auditorio, como se señalara anteriormente, y otro será la falta de capacidad del orador de adaptar el discurso a cada tipo de aquél.

Resulta necesario entonces trabajar en el objetivo de lo que se quiere comunicar (en las audiencias serán los argumentos tendientes a obtener una adhesión por parte de quien resolverá entre las diferentes posturas), en el auditorio destinatario de ese discurso (v.gr. Si es un Tribunal conformado por jueces técnicos o un Jurado popular), y en el contexto en el cual se desarrollará ese discurso.<sup>15</sup>

<sup>15</sup> Luis Asencio ilustra con claridad el tema, y denomina el OPC de una presentación (Objetivo-Público-Contexto) en "El Discurso Jurídico y La Cuarta Pared" (tomado de una exposición oral).

En los sistemas procesales como el que nos ocupa, y particularmente en las audiencias de Revisión y de Debate, en donde la oralidad cobra un protagonismo excluyente, no debe perderse de vista el carácter instrumental del lenguaje. Si no se pone énfasis en el lenguaje como servicio, como instrumento para comunicar, lo actuado irremediablemente nos conducirá al fracaso.

A diferencia del proceso escrito, en estas audiencias es necesario tener fluidez de vocabulario, saber conjugar las palabras con un adecuado acompañamiento de los gestos, y tener la capacidad de utilizar distintos tonos de voz según determinados momentos del discurso. Es que debe tenerse especialmente en cuenta que la comunicación oral no se agota en el lenguaje verbal, sino que existen otros factores que intervienen de manera entrelazada, y traen aparejados elementos que comulgan con él.

La comunicación no verbal asume en las audiencias del proceso penal (sobre todo en las de juicio oral y dentro de ellas con mayor efecto, en las de juicios por jurados) un rol elemental como canal de comunicación de las ideas cuya adhesión se pretende. Así, los gestos (continentes de emblemas, ilustradores, adaptadores y reguladores), los tonos empleados (entendido como elemento “paraverbal”, es decir, el cómo se dice lo que se dice), las posturas corporales (kinésica) y el manejo de los tiempos (cronémica) entre otros instrumentos, claramente forman parte esencial de la comunicación, siempre que se encuentren debidamente articulados con la palabra, protagonista sin dudas en el escenario de una audiencia en el proceso penal.

Por ello resulta fundamental el estudio y utilización de determinadas herramientas como las señaladas en la elaboración del discurso, de modo tal que las mismas contribuyan a una comunicación efectiva, interactiva, persuasiva y fundamentalmente, clara para el destinatario.

El manejo de técnicas y destrezas específicas, la capacidad para circunscribir planteos y el manejo de los tiempos, se erigen como fundamentales para la adecuada comunicación del discurso a un auditorio dado. Para ello resultan indispensables tanto la capacitación como la práctica. Así como se señala la falta de capacitación en teoría y práctica de la argumentación jurídica en el ámbito de las altas casas de estudio y en los tribunales, se advierte la misma falencia respecto de la oratoria y el uso del lenguaje. Y tan ligadas unas a otras se encuentran, que una buena

argumentación, en un contexto de comunicación equivocado terminará siendo, por sus efectos, una mala argumentación.

Existe además una errónea creencia (todavía actual entre abogados, defensores y fiscales) de que cuanto más prolongados sean los discursos, más llenos de datos técnicos, doctrinarios y jurisprudenciales y más complejo el lenguaje utilizado, mejores resultados traerá en miras a ganar la controversia.

Hay una sensación de que algo dicho de manera sencilla, concreta y sucinta, implica una debilidad argumentativa. Nada más lejos de la realidad, como lejos de la realidad se encuentran quienes aún transitan por esos caminos. Adviértase que tales discursos, profusos, cargados de información innecesaria y otras veces redundantes, terminarán prontamente aburriendo al Juez que dejará de escucharlos con la debida atención pasados unos pocos minutos desde el inicio de la alocución. ¡Cuánto menos si el auditorio es un jurado popular!

La clara explicación de los alcances de lo que se propone, se solicita o se defiende, no es otra cosa que uno de los aspectos del debido proceso legal y la defensa en juicio, y la obligación de los operadores del sistema será el de adaptar el lenguaje a las necesidades actuales, y en particular al auditorio receptor en cada caso concreto.

## **6. EL DESAFÍO DE LA COMUNICACIÓN Y LA IMPORTANCIA DEL LENGUAJE II**

*El Juez: La justificación y la comunicación de sus decisiones en las audiencias de Revisión y de Juicio Oral*

En el marco de nuestro sistema procesal, las audiencias de Revisión y las de Debate tienen características particulares que las tornan diferentes, básicamente respecto de las resoluciones que debe tomar la magistratura en orden a los planteos que se efectúan en ellas.

Las resoluciones a dictarse por parte de los magistrados, luego de escuchar a las partes en las audiencias objeto del presente trabajo, tienen características que las distinguen unas de las otras.

Así, mientras en las audiencias de Revisión las decisiones son prácticamente dadas sin solución de continuidad en la misma audiencia, en las

de debate existe un tiempo sustancialmente mayor para decidir (más allá de las incidencias propias producidas en el debate, las que no se abordan en este trabajo, sino que el enfoque está dado sobre las decisiones finales que allí se toman).

En las audiencias de Revisión la decisión es, previa deliberación, inmediatamente dictada en forma oral, en tanto que en la que resulta como consecuencia del Juicio Oral, si bien la deliberación es inmediata, la resolución se dicta en un plazo significativamente más holgado, y la sentencia se redacta por escrito.

En todos los casos, igualmente, la argumentación se erige como un presupuesto necesario en tanto ya no basta el mero mecanismo de subsunción de la lógica utilizado en el pasado, sino que es necesario que la justificación de las sentencias sea fruto de un proceso de razonamiento en el cual, además de la lógica, se utilicen también criterios de racionalidad práctica, en tanto el derecho mismo es práctica y trata resolver los problemas que se dan en ese contexto. Sin dudas que la lógica es un componente necesario, mas resulta insuficiente.

Claramente este razonamiento y este modo de pensar el derecho como práctica no exime al magistrado del conocimiento del derecho (donde necesariamente debemos incluir norma, jurisprudencia y doctrina), desde que resulta fundamental e indispensable como presupuesto para una correcta resolución de los conflictos (como ha dicho Atienza, constituye el material en bruto del derecho).

El deber de argumentar, el de dar buenas razones que justifiquen la decisión, no se encuentra escindido de la norma y sus interpretaciones, sino que se basan en ellas, sin perjuicio de la tarea de dictar resoluciones razonablemente fundadas y utilizando elementos más allá de la lógica jurídica. Particularmente en las audiencias de Revisión donde, como se señalara, las decisiones son tomadas sin solución de continuidad, una vez oídas las partes y en el marco de la propia audiencia, el conocimiento del derecho se erige como un requisito esencial.

El principio de concentración, ligado fuertemente al de oralidad y al de celeridad en el proceso penal adversarial, exige que las distintas actuaciones se produzcan sin solución de continuidad. Es decir, a las alegaciones de una de las partes, consecuente e inmediatamente le seguirán las de la contraparte y luego de estas, la decisión judicial. De allí la importancia



del conocimiento del derecho en las facetas indicadas como presupuesto para una buena decisión.

Habiendo señalado la necesidad del conocimiento de la norma, la cuestión habrá de centrarse en su aplicación al caso concreto y los argumentos que debe dar el juez en favor de la decisión que ha de adoptar, en un contexto de justificación. Para ello resulta necesario lograr a través de la práctica y la ejercitación, una adecuada estructura, lo que no resulta nada fácil en el contexto de una audiencia oral de resolución inmediata, tal cual lo exige la norma procesal.

Sin embargo, la identificación de la cuestión a debatir<sup>16</sup>, aparece como el primer presupuesto para la elaboración de la decisión. El juez debe tener la aptitud de identificar el objeto de la discusión y la audiencia de Revisión le permite al magistrado interrogar a los recurrentes sobre las cuestiones planteadas y sus fundamentos legales, doctrinarios o jurisprudenciales.

Dicho esto, es importante agregar que el Juez en tales audiencias se encuentra ciertamente limitado, por principio procesal (*tantum devolutum quantum appellatum*), y por la dinámica y espíritu contradictorio del proceso. De este modo, no solo encuentra limitaciones (y así debe ser) en cuanto al objeto de la discusión, que será por otra parte el esgrimido por el impugnante, sino que el magistrado además solo podrá valerse de la información que le han suministrado las partes (como se señaló al inicio), sin poder recurrir a informaciones, datos, cuestiones o razonamientos no incluidos por aquellas en el marco de la discusión.

Y es allí donde la debilidad o fortaleza de los argumentos esgrimidos por las partes jugará su papel más preponderante, en tanto son ellas quienes llevan la carga de presentar ante el magistrado argumentos que persuadan de que la solución propuesta como teoría del caso es la adecuada.

Tal vez el desafío más importante en las audiencias de revisión (y en todas aquellas cuya decisión debe dictarse en forma oral e inmediata), sea la elaboración de un esquema argumentativo previo que provea al magistrado de un cierto orden, que permita comunicar de forma clara y coherente los argumentos contenidos en una resolución. La celeridad y la

<sup>16</sup> Grajales señala que “Muchas veces esas cuestiones o problemas ya están identificados o resultan de fácil individualización, pero otras tantas no resultan claros y, por tanto, las tesis a sostener frente a ellos no pueden ser elaboradas o, al serlas, resultan deficitarias (...)”. *Op. cit.*, pág. 158.

inmediación en buena medida hace más difícil dicha tarea, y la capacitación permanente de los profesionales del derecho puede ser claramente un buen comienzo, a los fines de dotar a los magistrados de herramientas para su labor diaria.

Por lo pronto, la identificación del objeto de debate, como señaláramos anteriormente, a partir de la información que brindan las partes en la audiencia, pondrán en cabeza del magistrado la adopción de la postura que logre su adhesión. Y eso consistirá en una operación razonada en la cual el juez expondrá los argumentos por los cuales adoptará una de las posturas y desechará la antagónica, en una labor intelectual que implicará un ejercicio dinámico e intelectual de ordenamiento de los mismos, para su posterior e inmediata exposición oral.

Hoy, solo la práctica llevada a cabo en los tribunales y algunas recomendaciones doctrinarias son las únicas herramientas con las que cuenta el magistrado.

En relación a las sentencias en el marco del Juicio Oral, ya se ha adelantado que las mismas difieren de las de revisión en tanto son escritas, no inmediatas, con un proceso de deliberación más amplio y con un plazo de redacción aún mayor.

Elo proporciona a la magistratura algunas ventajas por sobre la decisión oral y es la mayor posibilidad de análisis y organización del discurso argumentativo, además de la posibilidad ciertamente conveniente de revisar el texto y corregir probables errores, pero fundamentalmente la de establecer un esquema más o menos metódico.

Aquí resulta de aplicación el esquema desarrollado por Grajales<sup>17</sup> quien establece algunos pasos tentativos de perfecta aplicación en las sentencias del fuero penal, a saber: la identificación de los problemas, la obtención de información que estos problemas brindan, la planificación de los argumentos, su ordenamiento y finalmente la redacción de los mismos volcados en la sentencia.

Nuevamente nos encontramos en posiciones distintas según se trate de una u otra audiencia. La complejidad de los asuntos a resolver, además signará la dificultad para su tratamiento y solución.

Claramente en las audiencias de revisión la vertiginosidad y posibilidad de error serán mayores, en tanto existen pocas posibilidades de rever lo

17 Grajales, A. y Negri, N. (2016), *op.cit.*, pp. 153-173.

dicho una vez comenzado el proceso de comunicación de la decisión, lo que en el marco de una resolución escrita no sucede, pues siempre existe posibilidad de echar un nuevo vistazo sobre lo escrito antes de proceder a su publicación.

Pero en definitiva, y de manera común a ambos tipos de resoluciones judiciales, el éxito de su cometido radicará sin dudas en una adecuada elaboración y estructuración del discurso, la fortaleza de los argumentos utilizados, su conexión con las premisas y las pertinentes conclusiones y tal vez lo más importante, ya introduciéndonos en la siguiente cuestión, la forma de comunicar esa decisión.

Cabe preguntarse entonces si aún superada la necesidad de argumentar las decisiones en el marco del actual estado de derecho, y de hacerlo con calidad suficiente a los efectos de garantizar el equilibrio del proceso, se habrá logrado el objetivo de la correcta administración de justicia y el debido proceso legal, si el sistema no ha sido capaz de comunicar tales decisiones en un lenguaje sólido pero claro, entendible, no encriptado, capaz de ser recibido adecuadamente por quien padece los efectos de aquéllas.

Como se ha señalado de modo certero, sin lenguaje no hay proceso. A su vez, sin lenguaje judicial claro no hay proceso justo.<sup>18</sup>

Si la finalidad del proceso penal es la resolución del conflicto, mal puede pensarse en decisiones que no llegan a comprenderse, no solo en el ámbito jurídico de los operadores jurídicos (donde en más o en menos existe un conocimiento y tolerancia de la forma de comunicación actual), sino en sus directos destinatarios. Si el protagonista real de las decisiones que se toman en el marco del proceso penal no comprende lo que se está decidiendo, la estructura del proceso descansará en una cómoda postura demagógica en la que todos los actores del proceso *harán como que*, y el justiciable retornará a su hogar, luego de una audiencia, sin entender demasiado para qué fue convocado, lo que allí se expuso, el cómo y el por qué se resolvió de un modo determinado, en la que además poca participación real tuvo.

Entonces, todo análisis doctrinario sobre la importancia de la argumentación, su indiscutible necesidad en todo proceso y la natural exigencia de

<sup>18</sup> Tau, M. (2016), "Oralidad y lenguaje judicial claro: garantía elemental del debido proceso", en *La oralidad en el proceso. Revista de Derecho Procesal*, 2019-1, pp.55-95.

que la misma sea de calidad, perderá sentido si los operadores judiciales no tienen la capacidad de construir un mensaje continente de aquella, que sea receptado buenamente por el auditorio.

Es decir, debe trabajarse sobre un estilo de comunicación de los argumentos eficaz, de forma tal que todos los participantes de las audiencias puedan comprender cada una de las posturas desarrolladas y cada una de las decisiones tomadas.

La magistratura debe entender que sus decisiones producen efectos sobre sus destinatarios directos e indirectos, y la utilización de un lenguaje poco claro, confuso, de difícil entendimiento, conspira contra el propio sistema. Es que, como ha señalado Matías Tau, se suscita el grave fenómeno en que un mensaje es lanzado por el emisor, pero no conecta con el destinatario. Este queda excluido del proceso de decodificación, pese a que tiene un derecho fundamental a entender los fundamentos de lo decidido.

La tarea entonces será la de dotar a las resoluciones que se dictan tanto de forma oral como escrita de una estructura sólida, coherente, contundente, pero a la vez concreta, sencilla y por sobre todas las cosas cuando la complejidad lo permita, breve.

No puede perderse de vista que el objeto de la sentencia es generar aceptación en los distintos tipos de auditorio (sobre todo el particular y directo) de los argumentos vertidos en ella que justifican la decisión adoptada. Prescindir de esta mirada, colisionará indudablemente contra el objetivo trazado. Sin temor de resultar reiterativos, puede afirmarse que de acuerdo al lenguaje que se utilice en las resoluciones (orales o escritas) dependerá el éxito de la comunicación respecto del destinatario de aquéllas.

Como se señalara oportunamente, la enorme deuda que el sistema judicial mantiene no solo con el justiciable (definido este como quien de una u otra forma es alcanzado por el sistema de justicia), sino con la sociedad en general, es la comunicación de sus decisiones. El abuso del lenguaje técnico, la utilización de términos arcaicos, formas verbales obsoletas, formulismos anacrónicos, profusos latinismos, reiteraciones innecesarias, sobreabundancia de conceptos, saturación de citas doctrinarias y jurisprudenciales, y la extensión injustificada de las resoluciones han hecho mucho daño a la comunicación y a la relación entre el emisor del mensaje y su receptor.

Todo ello ha creado un abismo entre lo que se debe comunicar y lo que efectivamente termina comunicándose, existiendo una equivocada

creencia que indica que cuanto más extensas y complejas sean las resoluciones que se dicten, más intelectual hace a su redactor. La resolución del conflicto aparece en ciertas circunstancias en un segundo plano por sobre la necesidad de mostrar a la audiencia (o lo que es más grave aún, a sí mismo) cuánto se sabe sobre una determinada cuestión, o de derecho en general, aunque poco tenga que ver con el objeto a resolver.

Ahora bien, lo dicho hasta aquí no debe tomarse como un ataque frontal al lenguaje al jurídico. Resulta indiscutible su necesidad y su utilidad en orden a la precisión de los conceptos en pos de un adecuado funcionamiento de las instituciones jurídicas y el derecho. Sin embargo, la tarea del magistrado deberá centrarse en decisiones que puedan explicarse fácilmente y que allanen el camino de la comprensión de aquellos a quienes afecta directa o indirectamente. Deben tener además, una extensión medida. Una decisión que se dicta y comunica oralmente, como la que resulta consecuencia de una Audiencia de Revisión, debe centrarse en el objeto del conflicto que se está resolviendo. Una extensión desmesurada hará que indefectiblemente el receptor de la misma pierda interés en el mensaje.

Argumentos claros, concretos y ceñidos sobre el objeto del conflicto, de manera breve y concisa, atraerán la atención del destinatario del mensaje. La reiteración de conceptos, para darle cierta longitud a la resolución, no solo resulta innecesaria, sino que además producirá efectos no deseados en el receptor, quien rápidamente advertirá la falta de diversidad de argumentos. Siempre será preferible pocos, pero buenos. Citas jurisprudenciales o doctrinarias deberán utilizarse solo en la medida de su necesidad, escogiendo aquellas que tengan real peso (v.gr. escogiendo Tribunales superiores o autores prestigiosos) y aplicación en el caso traído a resolución. En una resolución oral se corre serio riesgo de dispersión y aún de confusión con el mensaje principal contenido en la resolución.

La utilización de un lenguaje claro, accesible al justiciable, sin rodeos en la justificación de las decisiones, es un deber de la magistratura y un derecho del justiciable. En muchas ocasiones da la sensación de que los jueces utilizan complicadas articulaciones de la lengua simplemente para que sus decisiones no sean entendibles. El lenguaje simple y claro, adaptado al auditorio que deba recibir el mensaje, obliga al magistrado a presentar argumentos sólidos que justifiquen su decisión, menguando la posibilidad de ocultarse en complejas proposiciones lingüísticas.

Lo dicho alcanza también a las resoluciones que han de dictarse por escrito. Luego de culminado el debate oral, y previa deliberación, será el momento de dictar una resolución que tendrá por objeto, a grandes rasgos, determinar la existencia de un determinado hecho delictivo, el grado de participación y responsabilidad de la persona acusada y finalmente su culpabilidad o no culpabilidad.

La cuestión no ofrece mayores inconvenientes en un juicio por jurados. Los *jueces de los hechos*, como comúnmente suele denominarse al jurado popular, carecen de los vicios propios del sistema y, excusados de dar razones de su decisión, comunicarán con sencillez su resolución, luego de una intensa deliberación, y decidirán en definitiva si una persona es culpable o no culpable de un hecho por el cual ha sido acusado, quedando en manos de los jueces técnicos, las cuestiones netamente jurídicas.

Sin embargo, sobre estos últimos también recae, como jueces del derecho, la responsabilidad de instruir al jurado popular de las consignas necesarias para la adopción de una correcta decisión (instrucciones generales e instrucciones finales). Esta actividad debe estar imbuida de los mismos principios y características señalados. Las instrucciones dadas al jurado deben efectuarse en un lenguaje llano, fácilmente entendible, breve y concreto.

Ahora bien, cuando la sentencia ha de ser dictada por jueces técnicos, nos encontramos ante el mismo desafío puesto de relieve para las resoluciones orales. Se impone entonces, la necesidad de dejar de lado añejas prácticas y suplantadas por aquellas que prioricen la finalidad de recepción del mensaje por parte del justiciable por sobre la demostración de erudición del emisor. Sentencias breves, sopesando la utilización de argumentos que realmente den fuerza a la decisión, evitando ruidos con citas jurisprudenciales y doctrinarias acotadas que resulten contundentes e indiscutiblemente sean aplicables al caso, utilizando un lenguaje simple y claro, evitando la reiteración de conceptos, abuso en los latinismos y palabras excesivamente complejas en su comprensión.

En definitiva, resulta inconcebible pensar en un esquema judicial perteneciente a un moderno Estado de Derecho, que no cuente con la participación, entendimiento y comprensión del sujeto que acude a él (cuando no es introducido compulsivamente) para solucionar un conflicto.

Cierto es que la oralidad y los nuevos paradigmas del sistema adversarial han traído aparejado un cambio en la forma de pensar el proceso, y

han impuesto a los operadores impone a los actores un cambio profundo de prácticas y métodos de trabajo, entre los que se cuenta la necesidad de que las resoluciones que se adopten en el marco del proceso tiendan a ser más concretas, claras, breves y concisas. Pero como se ha sostenido a través de los distintos puntos tratados, la voluntad de un cambio en la concepción del derecho, de la manera de tomar decisiones y de comunicarlas, debe necesariamente estar acompañada de práctica y capacitación. Ese es el desafío para los tiempos venideros.

## 7. CONCLUSIÓN

Como se explicitara al comienzo, el paso del tradicional sistema procesal denominado mixto (aunque de predominantemente inquisitivo) al acusatorio, ha implicado una transformación sustancial en la forma de entender el proceso penal, estableciendo un nuevo paradigma, donde ha devenido como necesario un cambio de mentalidad para comprender el sistema.

Se han puesto de relieve los principios que rigen ese proceso, tales como la oralidad, la contradicción, la inmediación y la concentración, los que han de dotar de mayor transparencia y celeridad al proceso.

A través del análisis de algunos aspectos de dos de las audiencias reguladas en la ley, como son las de Revisión y las de Juicio Oral, ha podido advertirse la estrecha relación existente entre proceso penal por un lado y la teoría y práctica de la argumentación jurídica por el otro.

Sin desconocer que estas no resultan privativas del ámbito penal ni mucho menos, puede observarse que la oralidad, la contradicción y la concentración, propias del sistema acusatorio, se encuentran íntimamente entrelazados con aquellas.

Ello ha traído como consecuencia la obligación de los operadores del sistema de adecuarse a las exigencias no solo de un cambio de paradigma en el proceso, sino también a las de una nueva forma de pensar el derecho, que es lo que la teoría de la argumentación jurídica ha puesto en discusión desde la primera mitad del siglo pasado hasta la actualidad.

En ese aspecto, se ha puesto de relieve la necesidad de que tanto las partes como el juez, en el marco de un proceso concreto del fuero penal, fundamenten sus pretensiones o sus decisiones según el caso, a partir de la construcción de argumentos sólidos, de calidad, que les permitan estar

a la altura de la concepción democrática y republicana del Estado, donde la protección de los derechos fundamentales aparece como el objetivo central.

Se ha destacado también la importancia de la comunicación de los argumentos que conforman las diferentes proposiciones y decisiones, teniendo especialmente en mira los distintos tipos de auditorio de los que están compuestas las audiencias que han sido el objeto del presente. Es que, aun logrando que jueces, fiscales, defensores y abogados en general puedan generar argumentos de calidad que sustenten sus posturas, queda pendiente aún un problema no menor: cuál es la transmisión al receptor de ese mensaje contenedor de los argumentos.

Como se ha señalado reiteradamente, una argumentación de calidad que no ha sido capaz de ser comunicada debidamente y no ha sido receptada adecuadamente por el receptor, perderá indefectiblemente su razón de ser. De allí, la insistencia en la tarea de los operadores del sistema, que deben estudiar y conocer cada tipo de auditorio, el que encuentra en las audiencias de la temática una heterogeneidad notable, desde que se compone de personas de distintas características sociales, económicas, culturales y educativas.

En este sentido, también es importante insistir en la necesidad de capacitación de los operadores del sistema (sea que pertenezcan al ámbito público o al privado) en oratoria y lenguaje, elementos fundamentales e imprescindibles dentro del proceso penal. Saber qué decir ante un tribunal, o cómo decidir acerca de un planteo sometido a consideración, es una obligación. Saber cómo decirlo según quien sea el receptor, es una necesidad.

Ya se ha considerado también que la capacitación y enseñanza de técnicas de oratoria y comunicación es una obligación y una cuenta pendiente del Estado, el que a través de mecanismos directos e indirectos debe proveer a la educación y la práctica de los abogados tanto en el ámbito público como en el privado. Y debe hacerse en todos los frentes posibles. La introducción de materias directamente relacionadas con argumentación, comunicación, oratoria y lenguaje en las facultades de derecho, implicará tener una visión a futuro del ejercicio de la profesión en estos aspectos, que serán útiles no solo para el proceso penal, sino para los que rigen todos los fueros. El estímulo académico a través de incentivos en el



transcurso de la carrera y luego de finalizada, en actividades de posgrado, aparecen como medidas perfectamente posibles.

De igual modo, a través de los colegios de abogados (Personas Jurídicas de Carácter Público), mediante los distintos institutos que lo conforman, dotar a los abogados en el ejercicio de la actividad privadas a través de cursos de perfeccionamiento y actividades coordinadas con las altas casas de estudios, de herramientas que les permitan adaptarse a las actuales exigencias.

Por último y no menos importante, ha de promoverse la capacitación permanente en la materia de jueces, defensores y fiscales en el ámbito de la administración de justicia, con un sistema de incentivos que la torne atractiva, pero fundamentalmente que sea de calidad y verdadera utilidad, para que pueda volcarse realmente al trabajo diario y mejore la calidad del servicio.

Se ha hecho hincapié también en la necesidad de mejorar el lenguaje utilizado en el derecho y en especial el utilizado en el ámbito de la justicia, optando por un vocabulario simple y claro que permita al justiciable entender claramente lo que se discute y en su caso resuelve. Como se expusiera, esto no implica necesariamente dejar de lado el lenguaje jurídico tradicional, pero sí resulta importante evitar léxico arcaico, complejo, citas interminables, abuso de latinismos, y centrarse en la simpleza de la comunicación.

No puede perderse de vista que el objeto del servicio de justicia es resolver los conflictos que se suscitan y para que ello ocurra basta con conocer el derecho y efectuar un razonamiento adecuado de la problemática para llegar a una solución. Ese proceso, ese camino, debe ser entendido y comprendido por el destinatario. Sobre todo en estas audiencias tratadas, donde como se ha explicado, la actividad es esencialmente oral y argumentativa.

En síntesis, la teoría y práctica de la argumentación jurídica y el sistema procesal penal de corte adversarial se encuentran unidos por múltiples aristas. El derecho como argumentación es una concepción filosófica y política que ha llegado para quedarse, como característica de los modernos y democráticos estados de derecho. Ocurre lo mismo con el proceso acusatorio.

El desafío de los nuevos tiempos, tal cual es el título del presente trabajo, se encuentra centrado en la necesidad de que los actuales y futuros

actores del sistema, adopten estas nuevas concepciones del derecho y del proceso.

La obligación de fundar razonadamente las posturas y decisiones acerca de un problema de derecho, es inexcusable y es requisito de legitimación del derecho y de sus protagonistas. El deber de hacerlo de manera responsable, dedicada, y con calidad, es una obligación irrenunciable (de todos) para garantizar un servicio de justicia de calidad, donde se asegure la igualdad de armas de las partes en el proceso y los derechos de primer grado al debido proceso legal, la defensa en juicio y a una resolución fundada que los protagonistas directos (acusados, víctimas, estado y sociedad) indiscutiblemente tienen.

Asimismo, la imperiosa necesidad de que la actividad desplegada por las partes utilice canales de comunicación que sean eficientes y eficaces, a través de los cuales se pueda acceder y entender fácilmente el contenido de los argumentos que funden sus pretensiones, adquiere igual importancia.

Por último, el gran reto de la magistratura será ponerse a la altura de las circunstancias, legitimando su accionar a través de la justificación razonada de sus decisiones, a partir de argumentos de peso que las sostengan y comunicar las mismas en un lenguaje claro, llano y directo que llegue de forma sencilla al justiciable.

Este es el desafío de los nuevos tiempos en el proceso penal de Río Negro.

## 8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguiló Regla, J. (2013), “Cuatro Modos de Debatir”, en *DOXA* 36.
- Aguiló Regla, J. (2018), “Acordar, Debatir y Negociar”, en *DOXA* 41.
- Asencio, L. (2019), “El Discurso Jurídico y La Cuarta Pared” (2019).
- Atienza, M. (1994), “Lógica y argumentación jurídica”, en Javier Echeverría, Javier de Lorenzo y Lorenzo Peña (eds.), *Calculemos. Matemáticas y libertad. Homenaje a Miguel Sánchez-Mazas*, Madrid: Trotta, pp. 229-238.
- Atienza, M. (1997), “Derecho y Argumentación”, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Teoría del Derecho, n° 6.

- Atienza, M. (1998), "A propósito de la Argumentación Jurídica", en *DOXA* 21-II.
- Atienza, M. (2006), "Diez Consejos para Argumentar Bien, o Decálogo del Buen Argumentador", en *DOXA* 29.
- Berizonce, R. y Martínez Astorino, R. (2013), *Los Juicios Orales en Argentina*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Bonorino Ramírez, P. (2011), *Argumentación En Procesos Judiciales. Módulo de aprendizaje autodirigido para empleados. Plan de formación de la rama judicial*, Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura.
- Briz, A. (2008), *Saber Hablar*, Madrid: Instituto Cervantes, Aguilar.
- Hernández Guerrero, J. y García Tejera, M. (2017), *El Arte de Comunicar*, Cádiz: Club de letras UCA.
- Lionetti de Zorzi, J. (2012), "Negociación y Retórica: Por Qué Argumentar y Cómo Hacerlo" en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, nº 15, 2012, pp. 133-176.
- Loutayf Ranea, R. (2004), "Audiencia Preliminar" en Morello, A.; Sosa, G.. y Berizonce, R., *Códigos Procesales de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, y La Plata: Librería Editora Platense., t. X-A (Actualización. Parte General).
- Moreso Mateos J., Navarro P. y Redondo, M. (1992), "Argumentación Jurídica, Lógica y Decisión Judicial", *DOXA* 11.
- Perelman, C. (1973), "El Razonamiento Jurídico", Centro de Estudios de Filosofía del Derecho, C N°5, Maracaibo.
- Perelman, C. (1974), "La Interpretación Jurídica", Centro de Estudios de Filosofía del Derecho, C N°7, Maracaibo.
- Perelman, C. (1988), *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Madrid: Civitas, trad. de Luis Díez-Picazo.
- Perelman, C. y Olbrechts-Tyteca L. (1989), *Tratado de la argumentación: La nueva retórica*. Trad. Julia Sevilla Muñoz. Madrid: Gredos.
- Tau, M. (2016), "Oralidad y lenguaje judicial claro: garantía elemental del debido proceso", en *La oralidad en el proceso. Revista de Derecho Procesal*, 2019-1.

Vázquez Sánchez, O. (2009), “De lo que la Teoría De La Argumentación Jurídica puede hacer por la Práctica De La Argumentación Jurídica” en Revista Telemática de Filosofía del Derecho, nº 12, pp. 99-134.

Viehweg, T. (1964), *Tópica y Jurisprudencia*, Madrid: Taurus.

Wintgens, L. (1993), “Retórica, Razonabilidad y Ética. Un Ensayo Sobre Perelman”, DOXA-14.

---

# La prueba de reconocimiento de personas en el procedimiento penal de Río Negro

**JUAN MARTÍN BRUSSINO KAIN\***

## 1. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente trabajo es analizar cómo está regulado el procedimiento de realización de la diligencia de reconocimiento de persona en el Código Procesal Penal de la Provincia de Río Negro, fundamentalmente en cuanto a las instrucciones previas y la aplicación de tecnología.

Partimos de la base que el reconocimiento de personas es un medio de prueba muy eficaz<sup>1</sup>, sobre todo en la etapa de investigación<sup>2</sup> donde la diligencia tiene una enorme gravitación en el futuro de la investigación en curso<sup>3</sup>. Esto es así, ya que la práctica indica que cuando la fiscalía se encuentra con reconocimientos negativos, no suele continuar con la investigación<sup>4</sup>.

\* Juez de Garantías de la 1ra. CJ de Río Negro.

1 Así lo entienden destacados procesalistas de argentina Clariá Olmedo, Cafferata Nores, Chaia, Jauchen, entre otros.

2 Sanchez Freytes, F. (2018), *Código Procesal Penal de la Provincia de Río Negro. Anotado y Comentado*. T. II. General Roca: PubliFAdecs T. II, pág.45.

3 Ya sea confirmatorio de una hipótesis o bien como orientación de una investigación.

4 Salvo claro está, cuando cuenta con otros indicios de fuerza probatoria.

En este sentido se ha expuesto: ¿es suficiente la identificación de un sospechoso por parte de la víctima para que este sea condenado? “¡Sin ninguna duda! ¡Es la prueba reina! Se trata de lograr indicios para realizar una acusación lógica (...)”, sostenía un fiscal español.<sup>5</sup>

Esto, además, ha sido expresado por quienes han estudiado esta prueba desde diferentes áreas del derecho –incluso desde otras ciencias ajenas al ámbito jurídico–: “el momento en que un testigo presencial ve una alineación e identifica a un sospechoso criminal es una coyuntura significativa en el posible enjuiciamiento criminal de esa persona”.<sup>6</sup>

Se agrega, desde la estadística, que casi siempre es posible lograr una sentencia condenatoria cuando los reconocimientos arrojan resultado positivo. Y esta situación, es decir, una prueba de cargo de gran impacto en los procesos penales, no tiene un correlato con la atención que merecen las formas en las cuales estos se producen.<sup>7</sup> Y por supuesto su diligenciamiento y posterior valoración se ve informada por los principios del derecho procesal y penal, como por ejemplo, prohibición de la autoincriminación, derecho a la intimidad, reglas de exclusión, intermediación, principio de inocencia (*in dubio pro reo*), contradicción, concentración, oralidad, etc.<sup>8</sup>

Este medio probatorio está condicionado por varias cuestiones. La primera y principal es la evocación de la memoria que tiene que realizar el reconociente<sup>9</sup>, lo cual de por sí arrastra muchas dificultades que la

5 El País, 29/03/2014, “El ADN llega tarde”, recuperado de [https://elpais.com/politica/2014/03/29/actualidad/1396115994\\_898988.html](https://elpais.com/politica/2014/03/29/actualidad/1396115994_898988.html)

6 Wells, G. et al. (1998), “Eyewitness Identification Procedures: Recommendations for Lineups and Photospreads”, en *Law and Human Behavior*, Vol. 22, No. 6, Recuperado de [https://www.researchgate.net/publication/228845143\\_Eyewitness\\_Identification\\_Procedures\\_Recommendations\\_for\\_Lineups\\_and\\_Photospreads](https://www.researchgate.net/publication/228845143_Eyewitness_Identification_Procedures_Recommendations_for_Lineups_and_Photospreads)

7 Schiavo, N. (2015), *Valoración racional de la prueba en materia penal*, Buenos Aires: Hammurabi, pág. 72.

8 Plazas, F. (2018), “Prueba y Derecho Penal”, en Ordoñez, P. (dir), *Medios de prueba en el proceso penal. Vol. 1. Reconocimientos de personas*, Buenos Aires: Hammurabi.

9 En este sentido se ha pronunciado el Superior Tribunal de Justicia de Río Negro diciendo “El reconocimiento en rueda de personas, entonces, es un acto de prueba que depende en gran medida de las condiciones y recaudos con que es realizado pues, desde el punto de vista psicológico, se trata de la confrontación de dos imágenes -una percibida antes del proceso y la otra durante el acto- y la formulación de un juicio de identidad o diferencia entre ambas. Las precauciones son necesarias, porque es un acto particularmente

psicología del testimonio ha abordado en profundidad. Asimismo, y en segundo lugar por sus características propias, se trata de un acto definitivo e irreproducible<sup>10</sup>. A ello se le adiciona el lugar (estructura edilicia) donde se suelen realizar las pruebas de reconocimiento en el marco de la faz investigativa, que normalmente están dispuestas en los tribunales argentinos, y que en general adolecen de la implementación de tecnologías de última generación, o en su caso, no están provistas de ningún tipo de tecnología, ni de condiciones edilicias acordes a la medida.<sup>11</sup>

Ahora bien, este medio de prueba presenta algunos problemas que son, digamos, comunes al resto de los medios de prueba utilizados en el proceso penal, por ejemplo estándares de valoración, y otros respecto a la forma de realización de la prueba, en este punto me refiero a la mejor manera (requisitos legales) de realización, y que se puede denominar como procedimiento de alineación. Ello para referirnos a una variedad de componentes metodológicos de las alineaciones, que incluyen tanto las propiedades estructurales de las alineaciones (por ejemplo, las características de apariencia de los miembros de la alineación) como las propiedades

expuesto a errores vinculados con las condiciones y formas en que se desarrolla el proceso reconocitivo, a la vez que la evocación es un proceso psicológico influenciable por múltiples causas. Sentencia 54. 09/05/2008 In re 22765/08 - Fiscal De Cámara Primera Circunscripción Judicial Dr. Juan R. Peralta S/ Queja.

<sup>10</sup> Jauchen, E., (2014), *Tratado de la Prueba en Materia Penal*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, pág. 464. Cabe agregar que existe posiciones contrarias a esto. Encontramos autores que sostienen que no se trata de una prueba, sino de una diligencia investigativa, y que por no tratarse de prueba, ni de un acto irreproducible, las formas no son esenciales para su producción.

<sup>11</sup> En *la praxis* nos encontramos con que, en general, las disposiciones edilicias para llevar adelante la diligencia suelen ser muy similares, esto es, una habitación en la cual se colocan a las personas sujetas a ser reconocidas (siempre el imputado presente), en todos los casos en una fila. En una sala contigua, y con un vidrio unidireccional, que no permite que se vea desde la sala de los reconocidos a la de los reconocientes, además de medidas de insonoridad (que no siempre se cumple). Generalmente las personas que deben participar no tienen un espacio para sentarse, ya que las salas son muy pequeñas, y la iluminación también suele ser defectuosa. Y en los más modernos sistemas, por referirnos de alguna manera, el procedimiento se filma para que quede constancia filmica de lo allí sucedido. Aquí también debe mencionarse que la calidad de los registros filmicos tampoco resulta óptima. Las deficiencias edilicias conspiran contra una efectiva realización de la diligencia, y a la misma conclusión podríamos arribar, con la realización de otras medidas de prueba como por ejemplo los testimonios en cámara Gesell.

procesales de las alineaciones (por ejemplo, las instrucciones dadas a los testigos oculares antes de ver la alineación).<sup>12</sup>

En este punto vemos que los ordenamientos procesales de las jurisdicciones provinciales en general no difieren en el método a utilizar (alineación simultánea), aunque algunos regulan con poco más de detalle las formas generales de la diligencia, esto es, recaudos como la toma de juramento (testigos), formación de la rueda (características morfológicas y vestimenta), instrucciones previas, la presencia del imputado en la alineación, la notificación previa al defensor para que tenga la posibilidad de controlar el acto, etc.<sup>13</sup>

Un muy interesante trabajo de Amanda Bernztein<sup>14</sup> refleja que en la legislación argentina (provincial y nacional) persisten enormes deficiencias en torno a la previsión de pautas elaboradas por los aportes científicos de la psicología del testimonio.

Asimismo, y si bien es cierto que no hay acuerdo dentro del debate científico respecto de la conveniencia de utilizar el sistema de alineación secuencial en función de resultados positivos en ambas mediciones<sup>15</sup>, no menos cierto es que la reducción de los falsos positivos es sustancial<sup>16</sup>, aunque como lo indica Mazzoni<sup>17</sup>, aún sigue siendo alta.<sup>18</sup>

<sup>12</sup> Wells, G. et al. (1998), *op. cit.*

<sup>13</sup> Como ordenamiento más completo en lo que respecta a la regulación de la diligencia podemos citar el Código Procesal Penal de la provincia de Santa Fe en sus artículos 194 a 201 (Ley Pcial Nº 12734, 31/08/2007).

<sup>14</sup> Bernztein, A. (2018), “Variabilidad de los reconocimientos de personas según la legislación procesal penal de las provincias argentinas”, en *EN LETRA*, año V, número 9 (2018), pp. 194-212. Recuperado de <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/en-letra/article/view/35282>

<sup>15</sup> Ciertos estudios indicaron que estas ruedas reducían la tasa de falsas identificaciones en los casos en que el autor estuviera ausente, pero también reducían los aciertos en las ruedas en las que estaba presente (Police Executive Research Forum, 2013, en Bernztein, A. (2018), *op. cit.*).

<sup>16</sup> En orden al 50% en casi todos los estudios realizados.

<sup>17</sup> Mazzoni, G. (2021), *¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria*. Traducción de José Manuel Revuelta. Madrid: Trotta, pág. 150.

<sup>18</sup> En este punto entiendo que el mejor procedimiento es el secuencial. Este método propicia un formato más ágil para la realización de la diligencia, que incluso es posible realizarla con imágenes colectadas por el cuerpo de investigación, de modo previo y contenidas



Ahora bien, lo inquietante es pensar cómo si los resultados de los estudios realizados exponen las deficiencias en las legislaciones argentinas, por qué la gran mayoría de las jurisdicciones no han tomado la decisión de modificar la reglamentación de la medida, y propender así a una mejora en las formas de realización, las que deberían redundar en resultados más científicos, disminuyendo errores y menos intuitivos.<sup>19</sup>

Incluso esto tampoco se ha dado en los procesos de cambio de sistemas procesales, tal como ocurrió en Río Negro, dejando el sistema inquisitivo mixto, y la reciente (2017) adopción del sistema acusatorio de corte adversarial.

Las deficiencias apuntadas por quienes han estudiado los recaudos legales de la diligencia se mantienen incólumes en los nuevos ordenamientos jurídicos.

Asimismo, es dable señalar que la adversarialidad aún no ha corregido las prácticas deficientes, aunque es factible esperar que, con el afianzamiento de la litigación, las partes avancen sobre esos tópicos y generen mejores estándares en los procedimientos establecidos para la realizar la diligencia.

Las legislaciones, en general, carecen de especificaciones, por lo tanto los *non liquet* y las lagunas legales verificadas podrían, eventualmente, corregirse vía creación pretoriana en base a los planteos que las partes realicen.

en un registro. Asimismo, agregamos aquí que debería establecerse, tal como lo prevé el código neuquino (art. 139 CPP) que si existe acuerdo de partes, la diligencia podría hacerse sin la presencia del Juez de garantías. Esto último implicaría para las partes un desarrollo más dinámico sin depender de la intervención de la oficina judicial para la fijación y realización de la diligencia.

<sup>19</sup> Así lo exponía Cafferata Nores (1998): "El acto deberá ser realizado con observancia de varias formalidades (...), impuestas por la ley para disminuir la posibilidad de errores, asegurar su seriedad y eficacia y garantizar la seguridad, libertad y sinceridad de la identificación" (V. *La prueba en el proceso penal*, Buenos Aires: Depalma, pág. 127). En el mismo sentido Chaia (2010) sostiene: "El acto llevado a cabo en óptimas condiciones servirá para otorgarle mayor o menor credibilidad a los dichos del identificador o reconociente" (V. *La prueba en el proceso penal*, Buenos Aires: Hammurabi, pág. 570).

## 2. LAS INSTRUCCIONES EN EL ART. 135 DEL CPP

En este estado de situación entiendo que resulta imprescindible, al menos, enfocarse en la importancia de las “instrucciones” que deben brindarse a los reconocientes, sobre todo las de orden previo. Como lo sostiene Schiavo, se trata de una de las variables sistémicas que tienen más impacto hacia el acto de reconocimiento<sup>20</sup>. Así, el principal objetivo de las ruedas de identificación, bien realizadas por la policía o por jueces, es evitar la identificación de un sospechoso inocente y facilitar la identificación de un sospechoso culpable (Wells, 1993)<sup>21</sup>.

La ley rionegrina, para la composición de la rueda, adopta el modelo de un solo sospechoso<sup>22</sup>. Si bien este modelo resulta más aconsejable que el modelo de todos sospechosos, no está exento de problemas, tal como lo indican los autores<sup>23</sup>.

Asimismo, dentro de las previsiones procesales, el sospechoso siempre tiene que integrar la rueda, por lo tanto, y conforme la experiencia colectada en diferentes estudios, para evitar falsos positivos y errores de reconocimiento, es más aconsejable utilizar la formación (o presentación) secuencial de los integrantes de la rueda (Lindsay y Wells, 1985)<sup>24</sup>.

Ahora bien, como hemos mencionado, otro de los aspectos que ha tenido un fuerte impacto en la exactitud del testigo son las instrucciones que se le imparten, tanto por el Fiscal o la policía, en caso de que sean estos los que estén a cargo de la diligencia.

A ese respecto, el art. 135 del Código Procesal Penal<sup>25</sup> de la provincia de Río Negro, regula la diligencia en estos términos: “Se podrá ordenar el

<sup>20</sup> Schiavo, N. (2015), *op. cit.*, pág. 85.

<sup>21</sup> Citado en Real, S., Fariña, F., y Arce, R. (1997), “Reconocimiento de personas mediante ruedas de identificación”, en F. Fariña y R. Arce (Coords.), *Psicología e investigación judicial*, Madrid: Fundación Universidad Empresa, pp. 91-115.

<sup>22</sup> Real, S., Fariña, F., y Arce, R. (1997), *op. cit.*, donde se explica que el modelo de un solo sospechoso: en el cual la rueda estaría compuesta por un sospechoso del delito y varios distractores de los cuales se tiene certeza de su inocencia para el delito en cuestión.

<sup>23</sup> *Ídem*. Señalando al menos problemas en tres aspectos.

<sup>24</sup> *Ibidem*.

<sup>25</sup> Es oportuno destacar que la anterior ley de procedimiento penal (Ley 2107), en el artículo 252 se regulaba la prueba de reconocimiento de personas, y lo hacía con una

reconocimiento de una persona aun sin su consentimiento (...)", se establece la posibilidad de realizar de forma compulsiva la diligencia, lo que podría suponer, eventualmente, algunos problemas en punto al éxito de la misma.<sup>26</sup>

Continúa, "(...) tomando los siguientes recaudos: *Previo al inicio del reconocimiento*,<sup>27</sup> quien deba efectuarlo será interrogado por el fiscal y/o las demás partes", para que:

- a) "describa la persona de que se trata";
- b) "diga si antes de ese acto la ha conocido, o visto personalmente o en imagen fotográfica o de otro tipo, o si lo ha vuelto a ver antes de la diligencia".

La misma se practicará acto seguido advirtiéndole previamente al testigo o víctima que:

- c) "en la rueda de personas que se le pondrá de manifiesto puede o no estar aquél a quien indica como imputado en su testimonio"<sup>28</sup>.

Por lo tanto encontramos tres instrucciones, previas al interrogatorio<sup>29</sup>, que son las recomendadas por los expertos a fin de mitigar posibles errores y deficiencias de la diligencia y permitir luego valorar la misma con rigor

mejor técnica legislativa que la utilizada en el nuevo texto procesal. Por lo tanto, no hubo un avance significativo desde la óptica normativa, y eso también se ve reflejado en la práctica.

<sup>26</sup> Sanchez Freites, F. (2018), *Código Procesal Penal de la Provincia de Río Negro*. Anotado y Comentado. T. II. General Roca: PubliFAdecs T. II, pág.45.

<sup>27</sup> Que conforme a la adopción del sistema acusatorio el acto será presidido por el Juez de Garantías designado al efecto. Como dijimos el art. 139 del Código procesal penal de Neuquén prevé la posibilidad de realizar la diligencia sin la presencia del Juez si existe acuerdo de partes. N. del A.: en la cita, el destacado es nuestro.

<sup>28</sup> Misma indicación se realizará si la diligencia la realiza personal policial.

<sup>29</sup> La norma establece que el interrogatorio previo (las instrucciones) deben realizarse de forma previa inmediata al acto. Por lo tanto la diligencia debe practicarse enseguida de haber recibido las instrucciones.

científico, a y no meras intuiciones.<sup>30</sup> Todas ellas, tendientes a garantizar la seguridad, seriedad y eficacia probatoria del acto, y alejar las posibilidades de falsedades o errores.<sup>31</sup>

Finalmente, la norma legal prevé que en caso de resultar positivo el reconocimiento, el reconociente deberá manifestar:

- a) “las diferencias y semejanzas que observara entre su estado actual y el que presentaba en la época del hecho”;
- b) “qué conducta desplegó conforme lo referido en su declaración”, y;
- c) “se deberá interrogar al testigo cuál ha sido el motivo o los motivos por los que reconoció al imputado”.

Cabe agregar que el Código prevé que la diligencia quede registrada en video filmación. En este punto, debemos decir que el Poder Judicial de la provincia de Río Negro ha implementado un sistema de video grabación de todas las audiencias<sup>32</sup> y todas las diligencias que sean adelanto de prueba, o actos irreproducibles<sup>33</sup>. Y en el caso de la diligencia de reconocimiento, se debe incluir el tiempo exacto que demandó el reconocimiento, conforme lo establece el código de rito.

<sup>30</sup> El artículo 135 incluye otras especificaciones que se deben observar en la realización de la diligencia: La rueda se formará además del imputado, con al menos tres (3) personas de características morfológicas y vestimenta, que sean similares a las del imputado. La defensa podrá incorporar en la rueda a otras dos (2) personas. El imputado elegirá su colocación en la rueda y el testigo o víctima procederá al reconocimiento desde donde no pueda ser visto, manifestando si se encuentra en aquélla la persona que describiera previamente.

<sup>31</sup> Jauchen, E. (2013), *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo III, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, pág.67.

<sup>32</sup> Para dar cumplimiento a la manda dispuesta por el Artículo 65 CPP.

<sup>33</sup> El artículo 135 CPP en la parte pertinente prevé: “Todo reconocimiento –fotográfico o en ruego de personas- debe ser registrado en video filmación (...)”. Asimismo, el artículo 150, regula la forma de realizar las pruebas en el marco del anticipo jurisdiccional (entre las que se incluyen cuando se trate de una diligencia de prueba que deba ser considerada de naturaleza no reproducible), y en el último párrafo prevé que todo anticipo probatorio deberá ser realizado frente a un Juez y quedar registrado en soporte de video digital. Y el artículo 151 reitera el resguardo.

Esta previsión es muy importante<sup>34</sup>, ya que permite alcanzar estándares en la producción de la diligencia que servirán para un mejor análisis de los resultados arrojados por la misma, al momento de la valoración de la prueba<sup>35</sup>.

En este punto es importante destacar que, del registro fílmico, al menos actualmente, no constan los datos filiatorios de quienes conformaron la rueda, y tampoco el tiempo que insumió el reconocimiento. Estos datos eventualmente se encuentran en el acta de la diligencia, pero la misma no es elemento de prueba. Esta situación resulta aconsejable que sea revisada y cumplimentada correctamente, ya que podrá generar problemas en su producción en juicio.

El código de Río Negro omite, en el artículo 135, la referencia a la toma de juramento<sup>36</sup>. Esta situación puede deberse a una simple omisión del legislador, o en su caso a una deliberada ausencia en atención a la consideración que la diligencia no es prueba, por tanto, no resulta necesaria esa solicitud. Sin embargo, creemos que se trata de una omisión involuntaria (un error en el que ha incurrido el legislador), que no supone que este quiso quitar el requisito, y debe ser cumplimentado en un análisis integral del Código de procedimiento, con el artículo 179 CPP, sobre declaración de testigos, que establece en su parte pertinente que los testigos prestarán juramento previo a ser interrogados.

Como refuerzo, encontramos en el artículo 253 del Código de Procedimiento Penal colombiano que agrega “4. La policía judicial o cualquier otro interviniente, durante el reconocimiento, no podrá hacer señales o formular sugerencias para la identificación. 5. Tampoco podrá el testigo observar al indiciado, ni a los demás integrantes de la fila de personas,

<sup>34</sup> Aunque insistimos en la necesidad del mejoramiento de las instalaciones edilicias y sobre todos tecnológicas para mejoramiento en la captación de la imagen y la disposición de las cámaras.

<sup>35</sup> Si bien excede el propósito de este trabajo, debemos mencionar que es un punto aun discutido cuál es la mejor forma de introducir la diligencia en el juicio.

<sup>36</sup> Su antecesor (art. 252 CPPRN) en el formato inquisitivo mixto, si lo preveía. De igual modo lo prevén el Código Procesal de Santa Fe, de Jujuy, Chubut, Mendoza entre otros. Claro que esta exigencia no operaría si es el imputado el que participa en la diligencia. Sobre la posibilidad de que sea el imputado el que participe nada dice el código (solo refiere a víctima o testigo) pero entendemos que nada empece que éste pueda participar de este medio de prueba como reconociente.

antes de que se inicie el procedimiento”<sup>37</sup>. El código rionegrino no recoge expresamente esta previsión, aunque claramente en caso de verificarse tal conducta la misma importará la nulidad de la diligencia, ya que la persona que debe prestar testimonio no puede ser influenciada por ninguna otra.

El interrogatorio posterior tiene como finalidad verificar las condiciones en las que fue captada la imagen del sujeto pasivo, así como su grado de conservación en la memoria del reconociente; por otra parte –y una vez practicada la diligencia– permitirá valorar el resultado arrojado por el reconocimiento mediante la comparación de las concordancias –o discordancias– existentes entre la persona que resulte reconocida y aquella descrita.<sup>38</sup>

La implementación de tecnología en el marco de la diligencia también representa un aporte en la evitación de errores, y supone mayor control en la realización de la prueba. En este punto, se podría sugerir que la filmación del acto se haga de frente a la disposición de la rueda, y no de costado<sup>39</sup>, ya que favorece a la visualización de los integrantes, para eventualmente resolver algún cuestionamiento referido a la similitud de los integrantes. Del mismo modo, se podría mejorar la disposición de las cámaras para que puedan captar de mejor manera lo que ocurre en la sala de observación o sala contigua donde se ubica el reconociente, las partes, y el juez.

### 3. RECONOCIMIENTO Y ANTICIPO DE PRUEBA

Finalmente, formularé algunas consideraciones sobre el anticipo jurisdiccional de prueba y su vinculación con la diligencia que nos ocupa.

<sup>37</sup> *Código de Procedimiento Penal colombiano* (Ley 906 del 31/08/2004 y actualizaciones). Recuperado de [https://leyes.co/codigo\\_de\\_procedimiento\\_penal.htm](https://leyes.co/codigo_de_procedimiento_penal.htm)

<sup>38</sup> Cafferata Nores, J. (1988), *La Prueba en el Proceso Penal*. Buenos Aires: Depalma, 1º Ed.

<sup>39</sup> Es dable advertir que esto fue corregido en la versión implementada en función de las restricciones sanitarias con motivo de la pandemia por covid-19, donde la imagen de los integrantes de la rueda es frontal y por supuesto las cámaras tienen la posibilidad de realizar zoom sobre los rostros.

El CPP provincial prevé en el artículo 150<sup>40</sup> los casos en que las partes pueden solicitar un anticipo jurisdiccional de prueba, esto es, producir prueba anticipadamente (antes del juicio oral). Para ello se establece, en esa disposición y en el artículo 151, en qué situaciones se habilita la institución y bajo qué requisitos deben cumplirse.

En este punto, la vinculación entre la diligencia de reconocimiento en rueda de personas y el anticipo de prueba radica esencialmente en determinar si la misma configura un acto irreproducible y definitivo. Aquí las posturas doctrinarias y jurisprudenciales han sido dispares, del mismo modo que la previsión normativa en las diferentes provincias y en la ley federal.

En un breve resumen, y salteando el abordaje de las diferentes posiciones respecto al concepto y definición de acto irreproducible (excede el propósito del trabajo), respecto del reconocimiento, Crosetti sostiene que no debe ser considerado un acto irreproducible, opinión que comparten Romero Villanueva y Grisetti, y Schiappa Pietra y Moloeznik<sup>41</sup>, entre otros.

<sup>40</sup> “Artículo 150. ANTICIPO JURISDICCIONAL DE PRUEBA. Las partes podrán solicitar el anticipo jurisdiccional de prueba únicamente en los siguientes casos: 1) Cuando se trate de una diligencia de prueba que deba ser considerada de naturaleza no reproducible. 2) Cuando se trate de un testimonio que por razones excepcionales y debidamente acreditadas se considere que no podrá recibirse durante el juicio. 3) Cuando el imputado esté prófugo, o exista un obstáculo fundado en un privilegio constitucional y se tema que el transcurso del tiempo pueda dificultar o impedir la conservación de la prueba. 4) Cuando deba recibirse testimonio de víctimas de delitos contra la integridad sexual, menores de dieciséis (16) años, y testigos menores de edad si se toma con la modalidad de Cámara Gesell y con el auxilio de profesionales especializados. En ese caso, previo a la iniciación del acto, el juez debe hacer saber al profesional a cargo de la entrevista las inquietudes propuestas por las partes, así como las que surgieren durante el transcurso del acto, las que deben ser canalizadas teniendo en cuenta las características del hecho y el estado emocional del menor. Sin perjuicio de ello, se podrá prescindir de esta modalidad, previa opinión favorable de la Defensoría de Menores, si de las circunstancias del caso y de la edad del menor, no se advierte ningún riesgo para aquél. El juez examinará el pedido en audiencia, admitiendo o rechazando la solicitud. *Todo anticipo probatorio deberá ser realizado frente a un juez y quedar registrado en soporte de video digital.*” (N. del A. el destacado es nuestro).

<sup>41</sup> Schiappa Pietra, L. y Moloeznik, V. (2013), “La identificación del sospechoso por un testigo en el marco de la Investigación Penal”, en *Revista Pensamiento Penal*, edición web. Recuperado de <https://www.pensamientopenal.com.ar/index.php/doctrina/37298-identificacion-del-sospechoso-testigo-marco-investigacion-penal>

No obstante, para otros como Sorondo y Sánchez Freitas, el reconocimiento es un acto definitivo e irreproducible. En similar sentido habría que incluir la posición de Cafferata Nores, Clariá Olmedo, Jauchen, entre otros. Para Binder, el anticipo de prueba se trata de un mecanismo excepcional, por tanto, sumamente restringido. D'Alvora se refiere a esta diligencia como un acto procesal complejo e irreproducible.<sup>42</sup>

Ahora bien, sin perjuicio de la complejidad y falta de coincidencia en la doctrina y la jurisprudencia, respecto de la caracterización de la diligencia de reconocimiento en rueda como un acto irreproducible y definitivo, cierto es que, en función de la normativa procesal de la provincia, esta situación no resultaría problemática.

Decimos esto, toda vez que el legislador provincial dotó a la diligencia de los mismos requisitos que para los casos de producción de actos irreproducibles y definitivos. De tal modo, y ante una ausencia específica dentro de los casos contenidos en el artículo 150 (anticipo de prueba), la diligencia, para su realización válida, debe ser presidida por un Juez de Garantías; dejar registrada por video filmación íntegramente la realización del acto, participación de todas las partes (fiscalía y defensa), etc.

Puede notarse que, tanto el artículo 135 que regula la forma en que debe realizarse un reconocimiento en rueda de personas, como el art. 150 y 151, que regulan la forma en que debe realizarse prueba que deba ser considerada de naturaleza irreproducible, son sustancialmente análogos. Insistimos: en ambos casos la diligencia deberá ser presidida por un/a Juez/a de garantías; en ambos casos la diligencia deberá registrarse por un sistema de video filmación (que contenga toda la realización de la misma); y en ambos casos deberá darse la posibilidad de que participen todas las partes del proceso.

Por lo tanto, la discusión cede en punto a la necesidad de determinación de la naturaleza jurídica del acto, ya que, en cualquier caso, su producción debe reunir ciertos requisitos que la equiparan a un acto irreproducible y definitivo, y por tanto la conceptualizan como un anticipo jurisdiccional de prueba, siendo acreedora de los efectos jurídicos que la misma reporta.

<sup>42</sup> D'Alvora, N. (2011), Código Procesal Penal de la Nación anotado, comentado y concordado. 9º Ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, pág. 480.



Así fue entendido por el Tribunal de Impugnación Penal: “(S)e advierte que los anticipos jurisdiccionales de reconocimiento en rueda de personas fueron ofrecidos oportunamente como prueba y así receptados en el auto de apertura a juicio (...)”<sup>43</sup> y agrega “(E)l MPF tiene el derecho a que se reproduzcan los audiovisuales (filmaciones) durante las audiencias de debate (...)” (del voto que conformó la mayoría).

#### 4. CONCLUSIÓN

A modo de conclusión de la tesis propuesta, si bien aún es posible mejorar muchos aspectos y de hecho debe hacerse, el ordenamiento provincial ha contemplado algunos de los requisitos que los informes de expertos recomiendan para lograr diligencias con resultados científicos disminuyendo los niveles de error, lo que repercute en la posterior valoración del medio de prueba en la faz de juicio.

No obstante, y más allá de las previsiones judiciales, cierto es que no siempre eso se verifica en la práctica, y la diligencia de reconocimiento resulta aún más intuitiva que científica. En muchos casos la medida se solicita de forma automática, sin analizar el para qué y el probable resultado. Y de tal impronta, poca o nula importancia se les otorga a las formas de realizar la diligencia.

En ese sentido, las deficiencias en las que puedan incurrir acusación y defensa, en orden a la correcta instrucción del testigo, así como la defensa en su control, podrán luego acarrear dificultades a la hora de la valoración de la prueba. Máxime teniendo en cuenta que se trata de un anticipo de prueba (al menos en el ordenamiento procesal provincial).

Es por ello que, a nuestro criterio, se debe repensar su utilización, y ajustarla en función de la importancia que reviste a la diligencia (anticipo de prueba) en el ordenamiento procesal provincial.

<sup>43</sup> Sentencia de fecha 10-06-2019 en “Cuerpo de Investigación Judicial Cipolletti s/ Investigación preliminar” Legajo MPF-CI-01833-2017.



---

# El plazo máximo de la prisión preventiva frente a su imposición en los casos excepcionales que autoriza la nueva Ley 5509 del año 2022

**GASTÓN CÉSAR PIERRONI\* Y GUILLERMO MERLO\*\***

## 1. INTRODUCCIÓN

En el mes de enero del año 2022 entró en vigencia la ley n° 5509<sup>1</sup>, sancionada por la Legislatura de Río Negro el día 17 de junio del año 2021, a través de la cual se modifican los artículos 109<sup>2</sup> y 110<sup>3</sup> del Código Procesal Penal que regulan el instituto de la prisión preventiva.

\* Abogado Especialista en Derecho Administrativo, Especialista en Derecho Penal y Ciencias Penales y Especialista en Justicia Constitucional y Derechos Humanos, Diplomado en Derecho Penal y Procesal Penal, Maestrando en Derecho Penal y Procesal Penal; Juez de Garantías del Foro de Jueces de la Segunda Circunscripción Judicial de Río Negro; Docente Adscripto de la Cátedra “Derecho Penal I y II (Tradicional)” de la Fadecs UNCOMA.

\*\* Juez de Juicio de la Cuarta Circunscripción Judicial.

1 Promulgada el 29/06/2021 mediante Decreto n° 654/2021. Publicada en el Boletín Oficial el 05/07/2021 bajo el número 5995.

2 Se incorporó como un requisito más de procedencia de la prisión preventiva la circunstancia de *“que el imputado haya incumplido medidas de restricción impuestas en razón de violencia de género”*. Asimismo, para decidir acerca del peligro de entorpecimiento se incluye como punto 4. *“continuar el ejercicio de violencia de género contra la víctima: hostigando, intimidando, amenazando, dañando o atentando de cualquier forma contra su integridad física y/o emocional”*, agregando: *“En este supuesto, la prisión preventiva podrá aplicarse aun en el caso donde “prima facie”, de recaer condena, esta pueda ser de ejecución condicional”*.

3 Se incorporó como último párrafo el siguiente: *“Podrá disponerse la prisión preventiva cuando se trate de delitos cometidos en ocasión de violencia de género, aun cuando en*

Con esta reforma procesal queda habilitada la posibilidad de proceder al dictado de la prisión preventiva aún para el caso que la escala penal aplicable permitiera la condena de ejecución condicional, y siempre que la parte acusadora (pública y/o privada) logre demostrar en audiencia los siguientes extremos: a) existencia de un hecho con relevancia jurídico penal cometido por un hombre contra una mujer en un contexto de violencia de género; b) elementos de convicción suficientes para considerar razonablemente que el imputado es autor o partícipe del hecho investigado; c) el imputado intentará evadirse y/o entorpecer el accionar de la justicia; y d) que haya incumplido medidas de protección impuestas en razón de violencia de género.

Ello implica brindarle a la justicia penal una herramienta idónea tanto para prevenir y mitigar riesgos ciertos y potenciales que puedan atentar e incidir contra la vida e integridad física y/o psíquica y/o emocional de la mujer víctima de violencia de género, como para neutralizar el peligro procesal de entorpecimiento en la investigación.

En este sentido, no podemos desconocer que en determinados casos de violencia de género, en los que aún por las características del hecho investigado y las condiciones personales del imputado correspondería aplicar una condena condicional, el dictado de la prisión preventiva es la única solución posible para garantizar el derecho de la mujer a vivir sin violencia<sup>4</sup> y asegurar uno de los fines del proceso penal, cual es, la averiguación de la verdad.

*el caso donde "prima facie" de recaer condena, esta pueda ser de ejecución condicional y cuando el imputado haya incumplido medidas de protección tendientes a asegurar la integridad física y/o psíquica y/o emocional de la mujer víctima de violencias".*

- 4 La violencia de género cometida contra las mujeres constituye una violación de los derechos humanos. Existe una serie de leyes nacionales y tratados internacionales que conforman un bloque normativo de singular importancia en materia de violencia de género y que han puesto de manifiesto el interés del Estado argentino en la erradicación de la violencia contra la mujer. Este bloque normativo con jerarquía superior a la norma provincial está compuesto básicamente por: a) la ley n° 26.485, de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que desarrollan sus relaciones interpersonales (2009), adherida por el Estado de la provincia de Río Negro en el año 2011, a través de la ley N° 4.650; b) la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) (1981), incorporada al texto de la Constitución Nacional en su reforma del año 1994 (art. 75, inciso 22); c) el Protocolo Facultativo de la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas

Esta situación excepcional de encarcelamiento preventivo que autoriza la nueva ley (5509), aunque pueda resultar razonable a los fines de garantizar la tutela judicial efectiva de los intereses de la víctima (art. 25 de la CADH), no deja de producir un fuerte impacto en el derecho que tiene toda persona imputada a permanecer en libertad durante el proceso, derivado del principio de presunción de inocencia (arts. 8, 9 y 99 del CPP). Sobre todo, cuando se analizan dos de los principios básicos limitadores de la prisión preventiva que son la proporcionalidad (arts. 5.4 y 6 de la CADH) y la interpretación restrictiva (*pro homine*).

En razón de estos principios limitadores es que nos proponemos como objetivo de este trabajo establecer una base clara de interpretación con debido ajuste constitucional y convencional sobre el plazo máximo de duración de la prisión preventiva en aquellos casos en que se habilita su imposición, de acuerdo a la reforma introducida por la ley 5509.

Para lograr dicho objetivo comenzaremos por desarrollar los principios de proporcionalidad y *pro homine* como limitadores de la prisión preventiva, para luego realizar un breve comentario al artículo 114 del Código Procesal Penal, que legisla el tiempo de duración de la prisión preventiva. Finalmente propondremos algunas consideraciones finales.

de Discriminación contra la Mujer, adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 06/10/1999 y aprobado por la ley n° 26.171 (2006); y d) la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belem do Pará del año 1994), aprobada por la ley n° 24.632 (1996). Este derecho internacional de los derechos humanos en Argentina, compromete a los Estados partes a adoptar todas las medidas adecuadas, incluso legislativas, para asegurar la plena vigencia de los derechos humanos y desde tal perspectiva, enfrentar el fenómeno de violencia contra la mujer, el cual, sigue siendo un problema frecuente en nuestra sociedad.

## 2. LOS PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD Y PRO HOMINE COMO LIMITADORES DEL PLAZO MÁXIMO DE DURACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN CASO DE VIOLENCIA DE GÉNERO

Además de los principios de excepcionalidad<sup>5</sup>, provisionalidad<sup>6</sup> y necesidad<sup>7</sup>, existen un cuarto y quinto principio limitador de la prisión preventiva que son el de proporcionalidad y *pro homine*.

Ambos principios han sido definidos con absoluta claridad por la Comisión IDH en su Informe N° 86/09<sup>8</sup>, en adelante “Informe”, al señalar respecto de la proporcionalidad, que “una persona considerada inocente no debe recibir peor trato que una condenada ni se le debe deparar un trato igual a ésta (...)” (109). Es decir, “se trata de una ecuación entre el principio de inocencia y el fin de la medida cautelar (...)” (109). Por eso considera que “La medida cautelar no debe igualar a la pena, en cantidad ni en calidad (artículo 5 (4) y 6 de la Convención Americana)” (109).

Siguiendo el criterio sentado por la Comisión IDH, este principio de proporcionalidad, como bien lo señala Leticia Lorenzo, “se establece con la finalidad de impedir que, aún en los casos de encierro admisible, la persecución penal inflija a quien la soporta un mal mayor que la propia reacción del estado en caso de condena (...)”<sup>9</sup>. Tal vez, para encontrar la respuesta a qué cautelar y cuánta cautelar es la adecuada, nos debamos preguntar ¿para qué?

5 “(...) implica que se priorice la medida menos gravosa para garantizar los fines del proceso y que el encarcelamiento preventivo consista en la última alternativa posible” (González Postigo, L. (2021, p. 141). *Juezas y jueces de garantías en la litigación penal*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ed. Didot.)

6 “(...) significa que siempre debe tener un tiempo limitado de duración, relacionado con los fines específicos que deba resguardar (...)” (González Postigo, L. (2021, p. 141). *op. cit.*)

7 “En consonancia con la excepcionalidad y proporcionalidad de la coerción estatal, las medidas deben ser dictadas siempre y cuando sean necesarias, es decir, que se traten del único medio que permita asegurar la investigación de la acusación y la continuación del proceso.” (González Postigo, L. (2021, p. 141). *op. cit.*)

8 Caso 12553 “Fondo: Jorge, José y Dante Peirano Basso República Oriental del Uruguay” de 6/08/2009.

9 Lorenzo, L. (2015, p. 80/81). *Manual de litigación*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ed. Didot.

De allí que, en términos prácticos, el principio de proporcionalidad se traduce, entre otras cosas, en la imposibilidad de prolongar el tiempo de duración de la prisión preventiva más allá del tiempo de pena que correspondiere aplicar en función al delito investigado.

Ahora bien, ¿qué parámetro debemos tomar para establecer el tiempo de pena a efectos de poder determinar el plazo máximo de duración de la prisión preventiva?, ¿la pena en abstracto (en su mínimo legal) o la pena en concreto?

Esta disyuntiva es resuelta por la Comisión IDH al sostener en el Informe que para recurrir a la prisión cautelar

(...) corresponde la consideración “en abstracto” de la pena prevista para el delito imputado y la estimación, siempre, de la imposición del “mínimo” legal de la clase de pena más leve. Porque cualquier pronóstico de pena que se realice en una etapa anterior a la valoración de pruebas y sentencia y que supere ese mínimo, conculcaría el derecho de defensa en juicio y la garantía de juez imparcial” (111).

También dijo que: “(...) se deberá considerar, en abstracto, si, de haber mediado condena, los plazos hubieran permitido solicitar la libertad provisoria o anticipada” (110), siendo esto último coincidente con la descripción del artículo 114 *in fine* del Código Procesal Penal, el cual desarrollaremos en el capítulo siguiente.

En relación al quinto principio limitador del encarcelamiento preventivo, la Comisión IDH también lo ha receptado en su Informe de la siguiente manera: “Como toda limitación a los derechos humanos, ésta debe ser interpretada restrictivamente en virtud del principio pro homine, por el cual, en materia de reconocimiento de derechos, se debe estar a la norma más amplia y a la interpretación más extensiva e, inversamente, a la norma y a la interpretación más restringida en materia de limitación de derechos” (75).

Cabe destacar que este último principio encuentra su correlato con los principios a los que aluden los artículos 9 (Libertad durante el proceso) y 15 (Interpretación restrictiva) de nuestro Código Procesal Penal, estableciendo así, como principio general, que toda interpretación restrictiva en orden a las libertades personales se encuentra vedada por el ordenamiento jurídico local.

De modo que estos principios deben ser observados siempre, en todos y cada uno de los casos que se presenten y que impliquen despachar alguna medida cautelar o de coerción personal. Como todo principio, sirven como guía para evitar todo abuso del poder punitivo del estado, cobrando preeminencia cuando la medida cautelar que se pretende imponer sea una detención preventiva, en la cual cobra superlativa relevancia tanto el principio de proporcionalidad como el principio interpretación restrictiva (*pro homine*).

Además, señalamos que la reforma procesal introducida por la ley 5509 aparece como una herramienta de eficacia del sistema estatal de enjuiciamiento, en los inicios del procedimiento, y que tiene cierta prevalencia sobre el sistema de garantías. Ello implica —en lo que a la administración de violencia estatal refiere— un doble juego de principios. Por un lado, principios limitadores que protegen la dignidad humana y conforman un sistema de garantías, y por el otro, principios que provienen de la idea de eficacia y que le ponen coto a la utilización excesiva, inútil y desproporcionada de la violencia.

### 3. BREVE COMENTARIO AL ARTÍCULO 114 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

Nuestro Código Procesal Penal regula en su artículo 114<sup>10</sup> el plazo de duración de la prisión preventiva. Dicho dispositivo legal establece como plazo (ordinario) máximo de duración de la prisión preventiva 1 año, autorizando su extensión hasta los 18 meses, siempre que las circunstancias

<sup>10</sup> “Duración. La privación de la libertad no podrá prolongarse por un término mayor de un (1) año, en forma continua o interrumpida, a no ser que el fiscal justifique fundadamente que por las circunstancias particulares del caso y la complejidad del asunto requiriera un plazo mayor, no pudiendo extenderse en este último supuesto más allá de los dieciocho (18) meses. No se computa el plazo que demande la sustanciación de los recursos extraordinarios.

Vencido este plazo no se podrá decretar una nueva restricción de la libertad ambulatoria, salvo que la acusación acredite, en audiencia, la concurrencia de nuevos riesgos procesales.

Asimismo, la prisión preventiva no podrá extenderse más allá del tiempo que le hubiese requerido al imputado en caso de ser condenado, para obtener el beneficio de la libertad condicional o libertad anticipada”.



particulares del caso y la complejidad del asunto así lo requieran. También aclara que no se computará el plazo que demande la sustanciación de los recursos extraordinarios. Asimismo, habilita por vía excepcional la posibilidad, frente a la concurrencia de nuevos riesgos procesales, de decretar una nueva restricción de la libertad del imputado aun habiendo vencido el plazo de los 18 meses, no pudiendo en ningún caso extenderse más allá del tiempo que le hubiese requerido al imputado en caso de ser condenado, para obtener el beneficio de la libertad condicional o libertad anticipada.

Sobre el contenido de este artículo 114, nos parece interesante traer a colación el análisis que ha realizado el Tribunal de Impugnación en el caso “Bernel” (Se. 107/20), entre otros. Allí el Tribunal fijó ciertos criterios de interpretación los que podemos resumir en los siguientes:

- Cumplido el plazo de los 18 meses la libertad no es automática.
- La norma habilita la prisión preventiva más allá del plazo de 18 meses.
- La norma fija un plazo legal de prisión preventiva que es de 18 meses, el cual debe computarse hasta la sentencia confirmatoria.
- La norma a su vez habilita la prisión preventiva por un plazo judicial luego de confirmada la sentencia, por cuanto expresamente establece que ese plazo legal máximo previsto “no se computa el plazo que demande la sustanciación de los recursos extraordinarios”.
- Durante la sustanciación de los recursos extraordinarios, el plazo de la prisión preventiva no es legal sino judicial. Es decir, hasta la revisión ordinaria de la condena rige el plazo legal, luego a partir de allí corre el plazo judicial, el cual no está sujeto a un tiempo determinado, pudiendo incluso dictarse la prisión preventiva hasta que quede firme la sentencia de condena y siempre que no se presenten motivos para revocarla o modificarla (art. 112).
- Los nuevos riesgos procesales a los que alude el segundo párrafo son exigidos para prorrogar el plazo de 18 meses que corre con anterioridad a la confirmación de la sentencia. Luego de la confirmación ese plazo de 18 meses no es aplicable.

#### 4. CONSIDERACIONES FINALES

Al estar al contenido de la ley 5509, si bien no cuestionamos su constitucionalidad, en cuanto a que dicha norma autoriza por vía de excepción el dictado de la prisión preventiva en casos de violencia de género con víctimas mujeres, y en la que pudiere resultar de aplicación una condena condicional, su implementación sí encuentra un límite infranqueable que es el tiempo de duración de la medida. De no ser así, se correría “(...) el riesgo de invertir el sentido de la presunción de inocencia, convirtiendo la medida cautelar en una verdadera pena anticipada” (Comisión IDH, Informe N° 86/09, párrafo 70).

Otro aspecto que nos parece importante señalar, respecto de la reforma procesal impulsada por la ley 5509, es que su texto no introduce modificación alguna en lo referente al plazo de duración de la prisión preventiva. Solo se limita a modificar los artículos 109 y 110.

En tal sentido, consideramos que en los casos de violencia de género en los que se admite el dictado de la prisión preventiva, continúa rigiendo el plazo máximo de duración de la prisión preventiva prevista en el artículo 114 del Código Procesal Penal, no pudiendo en ningún –con énfasis en el concepto “ningún”– supuesto superar el monto mínimo de la escala penal prevista en abstracto para el delito que se endilga o bien, el tiempo que le hubiese requerido al imputado en caso de ser condenado para obtener el beneficio de la libertad condicional o anticipada, circunstancia que dependerá del delito que se le impute. Ello por aplicación de los principios de proporcionalidad y *pro homine*, que funcionan como principios limitadores del encarcelamiento preventivo.

En base a estas consideraciones, creemos oportuno mencionar algunos casos que se presentan en la práctica judicial y cómo, según nuestro criterio, deberían resolverse teniendo en cuenta los principios desarrollados.

Supongamos que el delito que se le imputa a una persona es el de desobediencia de una orden judicial (art. 239 del CP), pues bien, en ese caso, la prisión preventiva no podría nunca exceder los 15 días, ¿por qué? Porque precisamente ese plazo es el mínimo legal en abstracto previsto en el tipo penal de mención. De lo contrario, la violencia que se ejerza como medida de coerción en contra del imputado sería mayor que la violencia que eventualmente podría ejercerse mediante la aplicación de la pena, en

caso de probarse el delito en cuestión. Y esa situación constituiría una clara violación a los principios de proporcionalidad y *pro homine*.

Y así podemos mencionar otros ejemplos.

Pensemos en un caso en el que se imputa el delito de lesiones leves doblemente agravadas por razón del vínculo, y por ser cometidas por un hombre contra una mujer mediando violencia de género (art. 89, en función del 92, por remisión al 80 incs. 1 y 11, del C.P.). En este caso, el mínimo legal de pena previsto en la norma es de 6 meses de prisión, siendo en consecuencia ese plazo el límite de tiempo en que la persona imputada podría estar encarcelada preventivamente.

Pensemos ahora en otros casos con penas de prisión más elevadas, pero que sus mínimos legales son inferiores a los 3 años. Primer ejemplo: el delito imputado es amenazas agravadas por el uso de armas, que tiene una escala penal en abstracto de 1 a 3 años de prisión (art. 149 bis, primer párrafo, segundo supuesto, del C.P.); segundo ejemplo: delito de coacción agravada por el uso de armas, que prevé una pena de 3 a 6 años de prisión.

Como podemos observar, en los ejemplos mencionados la escala mínima penal en abstracto es de 1 y 3 años, respectivamente. Con lo cual, para ambos supuestos consideramos que para establecer el plazo máximo de duración de la prisión preventiva no sería razonable tomar su mínimo legal como lo hicimos para el delito de desobediencia, sino 8 meses, que es el tiempo en que estaría la persona condenada en prisión hasta que se le conceda la libertad condicional, ello conforme lo habilita el art. 13 del Código Penal.

A modo de cierre, consideramos que en estos tipos de casos, que en la actualidad representan un elevado número dentro de la universalidad de conflictos penales sometidos a la justicia, la regla de interpretación fijada en el artículo 114, es de posible cumplimiento a efectos de asegurar los fines del proceso penal.

Si bien es cierto que este tipo de conflicto, que ocurre en un contexto de violencia de género, puede acarrear consecuencias irreversibles para las mujeres víctimas, y que se requiere para su abordaje un trabajo interdisciplinario serio y responsable de parte de los operadores judiciales, no es menos cierto que en lo estrictamente jurídico en general son casos simples.

La simpleza a la que nos referimos es en lo que hace la construcción del caso penal, al éxito del ejercicio de la acción penal y en definitiva a la preparación del juicio propiamente dicho. Más allá de encontrar ciertas excepciones, la regla general es que los hechos a resolver, reiteramos, en lo que hace al plano estrictamente probatorio, no dejan de ser amenazas, lesiones, desobediencias a órdenes judiciales –provenientes principalmente del fuero de familia–, en los que la recolección de la evidencia necesaria para estructurar una base seria de imputación no resulta ser compleja. Es decir, en su mayoría son casos que ocurren en flagrancia como ser, por ejemplo, las desobediencias a una orden judicial, en las que se requiere poco más que acreditar la ubicación física del imputado en el lugar del hecho y el documento que contiene la orden de restricción. Lo mismo podemos decir respecto de aquellos casos en donde se denuncian lesiones, amenazas, en los que es necesario escuchar rápidamente a la víctima, efectuarle un examen médico a fin de acreditar sus lesiones, realizar entrevistas a testigos (directos o indirectos), entre otras medidas de investigación.

Entendemos así que, en estos casos, la prueba principal (declaración de la víctima) y necesaria para acreditar los extremos que exige el artículo 109 se colecta inmediatamente, por lo que, contando con una debida diligencia del acusador público, un mecanismo administrativo aceitado por parte de las Oficinas Judiciales y resoluciones instantáneas de los magistrados, es perfectamente cumplible el plazo máximo de duración de la prisión preventiva que autoriza el artículo 114, con base en los principios analizados.

Para concluir, entendemos que el actual proceso penal, y en particular con la reforma que comentamos aquí, mantiene su diseño compatible con el bloque de constitucionalidad y convencionalidad, cuya finalidad no debe ser estrictamente represiva, sino también compositiva. El legislador continúa procurando que ambas, sin preeminencia, se armonicen, teniendo así presentes las consecuencias que se pueden producir, no solo para las partes del conflicto, sino también para el propio colectivo social.

## 5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

González Postigo, L. (2021). *Juezas y jueces de garantías en la litigación penal*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ed. Didot.

Jorge, J. y Peirano Basso, D. Comisión IDH. Informe N° 86/09 (6 de agosto del año 2009). República Oriental del Uruguay.

Legislatura de Río Negro (17 de junio de 2021). *Código Procesal Penal*. [Ley 5509].

Lorenzo, L. (2015). *Manual de litigación*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ed. Didot.



---

## A propósito de la audiencia de control de acusación

**BLANCA ALDERETE\***

### 1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El presente trabajo tiene por objeto reflexionar y mejorar nuestra práctica cotidiana a la hora de celebrarse la audiencia de control de acusación. Acto procesal que a mi criterio, me atrevería a decir, sea probablemente más importante que el debate en sí mismo.

Ello si entendemos dicha audiencia con la importancia que realmente tiene, ya que es una bisagra, si se quiere, entre la etapa preparatoria y el debate oral y público, resultando así de suma importancia, porque de la resolución que tome la Magistrada o el Magistrado interviniente dependerá de que el caso continúe hacia una etapa ulterior.

En nuestro ordenamiento procesal penal, la mentada audiencia está prevista en el art. 163 del CPP que dice:

Audiencia. La Oficina Judicial convocará a las partes a una audiencia, dentro de los cinco (5) días, para debatir y resolver las cuestiones propias de esta etapa. Si para ello se justifica producir pruebas, las partes las ofrecerán en la misma audiencia y tendrán a su cargo la presentación y diligenciamiento de

1 Abogada. Diplomada en Derecho Procesal Penal, Universidad Nacional de José C. Paz. Defensora Pública Penal IIIa. Circunscripción Judicial. Poder Judicial de Río Negro.

las mismas. De ser necesario podrán requerir el auxilio judicial. Al inicio de la audiencia la Fiscalía y la querella explicarán la acusación y proporcionarán los fundamentos. La defensa podrá objetar la acusación por defectos formales, solicitar que se unifiquen los hechos objeto de las acusaciones conforme lo dispone el artículo 56, oponer excepciones o solicitar el saneamiento o la declaración de invalidez de un acto. También podrá proponer una reparación concreta, siempre que no hubiere fracasado antes una conciliación, la aplicación de un procedimiento abreviado, o instar el sobreseimiento, siempre que para ello no deban discutirse cuestiones que son propias del juicio oral. La decisión que rechace el pedido de sobreseimiento será irrecurrible. En la audiencia se examinarán los ofrecimientos de prueba, de acuerdo a las reglas de los artículos siguientes.

Y será luego de la finalización de la misma que los litigantes comenzarán a ver con más claridad los límites de sus casos y eventuales pretensiones.

## 2. INICIO DE LA AUDIENCIA

El Ministerio Público Fiscal y la querella, en caso de existir, presentan la acusación y proporcionan sus fundamentos. Se entiende por “proporcionar fundamentos” la explicación de cuáles son las razones (en el plano de lo fáctico) que le llevan a sostener la materialidad del hecho y la participación específica que le atribuye a la(s) persona(s) que está pretendiendo llevar a juicio. Este punto constituye la exposición de los hechos y el derecho de su teoría del caso, procurando mostrar al juez o jueza interviniente que ha logrado establecer un vínculo de relevancia para el sistema penal entre los hechos que sostiene y la normativa penal que ha escogido (que tiene presupuestos fácticos para cubrir cada una de las exigencias legales que implican las normas que pretende sostener en un eventual juicio), permitiendo que la defensa plantee todas las objeciones pertinentes que identifique como necesarias.

Esta fundamentación debe estar dada en el marco de lo que posibilita la acusación escrita que ha sido presentada en forma previa a la audiencia.

Luego de los fundamentos de la acusación, y de la consulta por parte del Magistrado o Magistrada, la defensa podrá plantear distintas



objecciones formales, que podrán ser subsanadas y sustanciales. Y es en estas últimas en las que me voy a detener.

La sustancia es el núcleo de la acusación, los elementos esenciales que la contienen: el tiempo, el modo, su lugar, y la relación de participación de cada uno de los acusados. Estos elementos en principio no pueden ser subsanados, ni modificados, porque si ello ocurre estaríamos modificando la acusación, con las consecuencias que ello ocasiona. El CPP no brinda ninguna referencia a este tipo de objeciones, pero entendemos que la solución que debe sostenerse es la misma que se prevé para el caso en que no sean subsanados los vicios formales, procediendo a su sobreseimiento. Ello así, en tanto el Art. 154 del CPP establece que la acusación fiscal constituye un acto conclusivo de la etapa preparatoria, y no existe ningún tipo de regulación que permita una reapertura o ampliación de la investigación. Entendemos que cualquier cambio en el contenido sustancial de la acusación está vedado por la legislación y, por consiguiente, ante un cuestionamiento de lo sustancial que impida a la acusación seguir adelante, corresponde el sobreseimiento.

A título de ejemplo, podrá darse un caso en el que la acusación de un hecho en la que se reprocha la participación de múltiples personas, y no se enuncia cuál es la actividad conductual que estas desplegaron en el hecho, es decir, hay un reproche general sin individualizar qué hizo cada sospechado, sobre quiénes se atribuyen los distintos grados de participación (autor, partícipe primario, secundario, autor mediato), y sobre ese aspecto sustancial de la acusación es el que versa la objeción. Allí estaremos ante un defecto sustancial que impide sostenerla como una acusación completa que permita el correcto ejercicio de la defensa en un eventual juicio, por carecer el reproche de la identificación de la participación que cada individuo tuvo sobre el hecho; en consecuencia, deberá procederse el sobreseimiento definitivo. Claro está que es una decisión sensible y compleja, que impide continuar con la definición del caso en un juicio, pero el defecto de la acusación sobre un aspecto tan elemental no permite que el caso en esos términos tenga posibilidad de solución en un juicio.

Si bien el segundo párrafo del art. 163 del CPP faculta a la defensa a petitionar la unificación de hechos objeto de acusación, tal como lo dispone el art. 56 del mismo ordenamiento legal, lo cierto es que esto debe realizarse previo a la mencionada audiencia.

### 3. EXCEPCIONES

En este punto me voy a detener nuevamente. Toda vez que la decisión que tome el Magistrado o la Magistrada respecto de los diferentes planteos que la defensa realice puede modificar el curso del caso. Así, la norma le brinda a la defensa técnica un amplio abanico de posibilidades para cuestionar la suficiencia de la teoría del caso de la acusación, tanto desde lo fáctico como lo jurídico y/o lo probatorio. En ese contexto, podrá sostener (siempre asentando estas generalizaciones en la situación concreta del caso):

- Que el tipo penal pretendido no es adecuado y debe ser desplazado por una regulación legal diferente (cuestiones de estricta calificación legal).
- Que el hecho descrito no es suficiente para cubrir todos los elementos integrados en la (o las) norma penal requerida (cuestiones que vinculan teoría fáctica con calificación legal).
- Que la prueba propuesta no alcanza a cubrir los hechos sostenidos para acreditar los elementos del tipo penal pretendido (cuestiones que vinculan teoría probatoria con teoría fáctica y, en definitiva, determinan la calificación legal).

### 4. RESOLUCIÓN DEL JUEZ O JUEZA SOBRE EL PUNTO

La Magistrada o el Magistrado interviniente debe controlar que ese fundamento de la acusación sea suficiente, en principio a partir de los planteos realizados por la defensa. Y en función a lo ya descrito, el control debe hacerse desde tres aspectos.

1. El primero tiene un carácter formal y se vincula con el cumplimiento de los requisitos legales en términos de forma por parte de la acusación.
2. El segundo alude a la coherencia entre la cuestión fáctica que ofrecen los acusadores y la respuesta jurídica que pretenden sobre esa plataforma fáctica.

3. En el tercer plano debemos observar la suficiencia de la evidencia que describe el acusador para, en un eventual debate, alcanzar un rendimiento en términos de valoración de la prueba que tenga posibilidades reales de obtener una sentencia condenatoria.

A partir de esos controles, entendemos que el juez o jueza se encontrará con dos escenarios de posibilidades: el de aquellos aspectos que aun excluidos o resueltos contra la acusación le permiten seguir adelante, y el de los aspectos que impiden que la acusación pueda proseguir. Sin embargo, por ejemplo ante una petición de readecuación de la calificación legal de un hecho solicitada por la defensa, situación esta que aún le permitiría al Ministerio Público sostener la existencia de un tipo penal, ¿por qué no hacerle lugar y dejarla avanzar hacia un juicio con una calificación legal que no es formalmente subsumible? ¿Cuál sería el valor, o la garantía procesal, que se estaría protegiendo al admitir esa decisión como válida y única posible?

En el primer escenario encontraremos aquellos casos en que dando razón a la defensa (por ejemplo modificando la calificación legal) la acusación pueda aun sostener la existencia de un tipo penal.

En el segundo escenario encontraremos aquellos casos en que al dar la razón a la defensa (por ejemplo si la descripción realizada por la acusación no constituye delito), la acusación no tiene una base legal para seguir adelante.

A partir de ello, entiendo que hay dos posibilidades de resolución por parte del juez o jueza:

- Cuando los vicios formales no se corrigen o las oposiciones sustanciales asumidas como procedentes no le dan a la acusación la posibilidad de sostener el caso (siempre con la acusación escrita como base de discusión), corresponde tener por no presentada la acusación y sobreseer el caso. Y es también aquí que, en caso de que la teoría fáctica traída por el Ministerio Público Fiscal no constituya delito, por estar frente a un caso de atipicidad por ejemplo, entiendo que en este caso el Magistrado o la Magistrada deberá actuar en idéntico sentido que en el párrafo anterior. No obstante ello, me surge el siguiente interrogante: *¿ante un caso de atipicidad por falta de elemento subjetivo en el tipo penal, por qué dejar que el*

*legajo avance hacia el debate, no rechazar la acusación y disponer el sobreseimiento en esta audiencia?*

- Cuando los vicios formales se corrigen, no se hace lugar a las oposiciones sustanciales o aun haciéndoles lugar dejan margen para que la acusación siga adelante con el caso (se baja del tipo agravado al básico, por ejemplo), se continúa con el resto de la audiencia a partir del hecho y la calificación autorizada. Entiendo que esta debería ser la solución para el caso. *Sin embargo, la práctica cotidiana da cuenta de que, ante planteos de este tenor, el juez o la jueza tienen por presentada la acusación con la calificación legal que trae el o la Representante del Ministerio Público, argumentando que la calificación legal debe ser discutida en el debate oral y público.*

## 5. ACTUACIÓN DE LA DEFENSA

En principio, si la defensa no realiza objeciones puede entenderse que es porque la acusación está clara en cuanto al fundamento fáctico.

Sin embargo también puede suceder que, independientemente de la ausencia de objeciones por parte de la defensa, exista alguna cuestión a aclarar, y aquí es donde entiendo debe intervenir el juez o jueza, asumiendo así un rol proactivo.

Así al menos lo marca el CPP: exigir, independientemente de lo que la defensa critique o no, que la explicación de la acusación y su fundamento sean suficientes. Esto no implica que deban probar los extremos de materialidad o autoría, pero sí justificar mínimamente esos extremos con una explicación razonable de la evidencia colectada y su posible rendimiento en juicio.

No existe una regla rígida sobre cuándo el juez o jueza debe intervenir y en qué casos debe asumir que la defensa tiene claridad sobre el caso y no ha hecho oposiciones por razones estratégicas más que por descuido. Podría sostenerse que cuanto más evidentes sean las falencias de la acusación (en términos de imposibilitar una defensa eficaz), más razones tiene el juez o jueza para intervenir si la defensa no realiza oposiciones.

Aquí es importante señalar que en aquellos casos en que el juez o jueza decida intervenir para consultar sobre cuestiones sustanciales de la acusación, es probable que deba también evaluar la eficacia real de la defensa

técnica. En alguna medida, un juez o jueza que toma intervención sin pedido específico de parte, hace una primera decisión de suplir lo que ve como una deficiencia en la representación legal de la o las personas que se pretende llevar a juicio. Asumiendo esa primera actitud, deberá considerar cuáles son las consecuencias de tal intervención: puede darse el caso en que el juez o jueza decida intervenir en lo que ve como un defecto sustancial, pero al recibir la aclaración de parte de la acusación entienda que no se da tal defecto; en ese caso seguirá adelante con la audiencia ya que no identificará inconvenientes en la defensa técnica. Pero puede presentarse el caso en que a partir de su intervención se identifique un defecto sustancial para el caso que, incluso, podría impedir con su resolución que el caso continúe, dictando un sobreseimiento. En este contexto, debe considerarse la consecuencia para quien ejerce la representación técnica de la persona, en términos de valorar si hubo o no defensa eficaz, aunque por lo general este tipo de situaciones son muy poco frecuentes.

Resulta importante señalar que una vez que la acusación es presentada, la investigación queda cerrada definitivamente. Ergo, la defensa tendrá mucha más certeza sobre las posibilidades de cuestionamiento y accionar a partir de que la acusación ha sido presentada. Es decir, la defensa sabe que si cuestiona alguna cuestión por ejemplo referida a la calificación, legalidad, pertinencia, etc., vinculada con la acusación presentada, la acusación ya no podrá realizar modificación alguna y ello será tema de discusión en la audiencia de control de acusación. La acusación escrita fija el campo del litigio que se dará entre las partes. Permite en primer término identificar falencias, por ejemplo, en cuanto al relato de los hechos, la consistencia con el derecho utilizado, la suficiencia probatoria y en segundo término encontrar una explicación alternativa sostenible en el juicio. Y es en esta etapa, donde la defensa debe asumir un rol proactivo, ya que con su intervención oportuna y fundada podría petitionar ante el Magistrado o Magistrada el sobreseimiento de su asistido o asistida, y muchos casos podrían cerrarse con un pronunciamiento jurisdiccional en este sentido, sin necesidad de que terminen litigados en un debate sin mayor sentido. *Sin embargo, ello no ocurre y la audiencia de control de acusación termina siendo una más de las establecidas en el código, dado que no se le da la importancia que en realidad tiene.*

## 6. OFERTA REPARATORIA

Una vez resuelta provisoriamente la acusación en términos fácticos y jurídicos, debemos tener en cuenta la posibilidad de *ofrecimiento* de reparación al que hace mención el art. 163 del CPP, párrafo 3.

Aquí, como formalidad para su análisis, deberá informarse que no hubiera fracasado antes la conciliación. También puede darse como una situación alternativa que no haya fracasado antes la conciliación, pero por imposibilidad de buscar la misma por la calificación jurídica original. Es decir: cuando en la discusión inicial sobre el fundamento de la acusación la defensa haya obtenido un cambio de calificación, podría abrirse la posibilidad de ofrecer una reparación que con anterioridad resultaba inviable.

Luego, y ya sobre el objeto de la reparación que se propone, esa propuesta debe ser informada a la víctima. No obstante, puede ocurrir que la víctima acceda a la reparación y que el MPF no esté de acuerdo y pretenda que sea rechazada.

Es allí donde el Magistrado o Magistrada deberá verificar la viabilidad de la oferta y en su caso inclinarse por ella de conformidad a lo establecido en el art. 14 del ordenamiento procesal, máxime si es la voluntad de la víctima acceder a dicha reparación.

## 7. OFRECIMIENTO PROBATORIO. DISCUSIÓN

Finalizada la etapa de revisión de la acusación, debemos iniciar el análisis de la admisibilidad de la prueba. Ello se encuentra regulado en el art. 166 de nuestro ordenamiento adjetivo. Así, cada parte deberá exponer qué prueba ofrece y cuál es el objeto que quiere probar. No obstante, la prueba que ingrese al debate deberá haber pasado dos controles en esta audiencia: “el test de legalidad” y “el test RCP: el control de relevancia, confiabilidad y perjuicio indebido”.

Cuando hablamos de legalidad, si bien no contamos en nuestra Provincia ni tampoco en nuestro país con “reglas de evidencia”, tal como es el caso del *common law*, nuestras leyes procesales y jurisprudencia nos brindan algunas pautas para poder realizar dicho control inspiradas en pronunciamientos de la Corte estadounidense, tales como “*exclusionary*

*rule*”, “*fruit of the poisonous tree doctrine*”, “*independent source*”, “*inevitable discovery*”, entre otras.

Por otra parte, cuando hablamos del “Test RCP”, entendemos por *control de relevancia* aquella prueba que sea útil para la resolución del caso. Por ejemplo, deberían descartarse los medios de prueba que no se refieran directa o indirectamente a la controversia del debate, los *medios de prueba superabundantes –o prueba acumulativa–*, por ejemplo, en caso de no haber controversia entre las partes el Juez o la Jueza podrá intervenir para acercar a las partes y arribar a una *convención probatoria*, entendiendo por esta aquellos hechos que se tendrán por acreditados y no podrán ser discutidos en el debate. Así también, aquí se debe evaluar si las proposiciones fácticas que con aquellos se pretende acreditar se encuentran ya suficientemente cubiertas por otros medios de prueba. Y por último, los medios de prueba sobre *hechos notorios*, es decir aquellos que no requieran ser probados y, por lo tanto, no sería necesaria su producción. Respecto del *control de confiabilidad* se evalúa la confiabilidad del mensajero y no la relevancia del mensaje. Aquí se trata de determinar si la prueba reúne cierta seriedad o fiabilidad. En último término, debemos realizar el *control de potencial de generación de perjuicios indebidos*. Este se presenta cuando un medio de prueba produce un daño innecesario que es sustancialmente superior a su valor probatorio. Conforme a este test de prueba indebidamente perjudicial, se entiende que el medio de prueba sería admisible si el peso probatorio no se ve considerablemente superado por el riesgo de generación de perjuicios indebidos; contrariamente, sería inadmisibles –por indebidamente perjudicial– en la situación inversa. Si bien esto no se encuentra regulado en nuestro ordenamiento procesal, sí encuentra anclaje en la Regla N° 403 de las *Reglas de Evidencia de Puerto Rico*, que establece: “Evidencia pertinente puede ser excluida cuando su valor probatorio queda sustancialmente superado por cualesquiera de estos factores:

- (a) Riesgo de causar perjuicio indebido.
- (b) Riesgo de causar confusión.
- (c) Riesgo de causar desorientación del jurado.
- (d) Dilación indebida de los procedimientos.
- (e) Innecesaria presentación de prueba acumulativa”.

Entre otros criterios de análisis sobre admisibilidad se incluye la *prueba irrelevante para el juicio y relevante para la cesura*: antecedentes penales del imputado, testigos de contexto, etc.

Así también, puede ocurrir que la admisibilidad de la prueba se realice por bloques de información, esto significa que no es necesario que un testigo brinde toda la información de lo ocurrido, sino que puede aportar bloques de ello (es decir puede expresar parte de lo que percibió a través de sus sentidos respecto de un punto concreto).

Ahora bien, ¿qué ocurre con los testigos comunes? Si bien es habitual que en las audiencias las partes, sobre todo la defensa, ofrezcan testigos comunes, lo cierto es que ello es absurdo. ¿Por qué? La respuesta es bastante sencilla: el mismo elemento de prueba no puede favorecer a ambas partes. Lo que sí puede ocurrir es que el mismo testigo tenga bloques para aportar que resulten beneficiosos para la Fiscalía, que en este caso estará a cargo del examen directo mientras que la defensa contra examinará, y que pueda aportar bloques beneficiosos para la defensa, en cuyo caso la modalidad del interrogatorio será inversa a la que realice el Ministerio Público Fiscal.

Por último, puede existir y ser admitida *prueba de admisibilidad limitada*, situación que quedaría visualizada cuando el testigo declare solo sobre el o los puntos para los que fue admitido en la audiencia de control de acusación, ya que si declara sobre otros puntos para los cuales no fue admitido o admitida, puede ser objetado u objetada por la contraparte y ello habilita a que el juez o jueza haga lugar a dicha objeción, como así también *prueba de alcance limitado*, lo que significa que dicha prueba solo deberá ser evaluada respecto del propósito para el cual fue propuesta.

El art. 163 de nuestro CPP abre también la posibilidad de que por las cuestiones que deban debatirse y resolverse se justifica producir pruebas, que deberán ser ofrecidas por las partes en la audiencia y presentadas en ella. Entiendo que no solo pueden ser pruebas materiales, sino también testimonios de alguna/s víctima/s o damnificados o damnificadas que de- seen ser oídos por el Juez o Jueza, tal como lo prevé el art. 12 de nuestro ordenamiento procesal.

Ahora bien, luego de esta segunda etapa de la audiencia de control de acusación, o mejor aún, en ocasión de transitar este tramo del acto procesal en cuestión, entiendo deben surgir los siguientes interrogantes, que al momento de finalizar la misma deberían tener respuesta: ¿la prueba



que ofrece la acusación es suficiente para acreditar el hecho relatado que configura el delito establecido para la acusación? ¿La prueba que ofrece la acusación es admisible? ¿Se vincula con las cuestiones controvertidas del caso? ¿Las cuestiones no controvertidas, requieren algún tipo de prueba? Entiendo que el control jurisdiccional en este punto no debería estar limitado por el cuestionamiento o no de la defensa, sino que debe ser un control de legalidad del proceso para permitir su avance hacia una etapa ulterior (la acusación debe ser suficiente en términos de hechos, derecho y prueba), y el Magistrado o la Magistrada debería intervenir sin el llamamiento de la defensa, indagar y verificar que existe una acusación técnicamente suficiente que permita avanzar hacia un juicio oral. A mi criterio, considero que parecería bastante razonable que el juez o jueza pueda intervenir para impedir que un caso llegue a juicio por un delito que no está sustentado fácticamente o que no tiene soporte probatorio, independientemente de la acción o no de la defensa cuestionando esos puntos.

Considero que los jueces y juezas deben tener una función pedagógica para con las partes. No es ni más ni menos que la necesidad de contar con un tercero imparcial que observe la situación y controle su legalidad, esto se vincula a la posibilidad de poder intervenir, consultar a las partes sobre las razones para sostener tal o cual cosa, indagar en la prueba ofrecida a los efectos de verificar su admisibilidad en un primer momento y su pertinencia para el caso de un segundo momento, etc., y es esta cuestión la que justifica en alguna medida que el juez o jueza que interviene en la audiencia de control de acusación sea distinto del juez o jueza (o jueces o juezas) que intervendrán en el debate, ya que tienen la posibilidad de indagar y verificar que existe una acusación técnicamente suficiente y apegada a la ley que permite avanzar hacia un juicio oral.

## **8. REGLAS DE EVIDENCIA DE PUERTO RICO**

Encontramos su definición en la Regla 102: “Las reglas se interpretarán de forma que garanticen una solución justa, rápida y económica a cualquier problema de derecho probatorio. El propósito principal de las reglas es el descubrimiento de la verdad en todos los procedimientos judiciales”. ¿Deberíamos tener en nuestro ordenamiento procesal nuestras propias reglas? Si bien no se encuentran legislados a nivel provincial ni nacional, solo

contamos con principios, como el contradictorio. No obstante ello, en un sistema acusatorio entiendo es necesario poder contar con ellas. Sin embargo, es un tema complejo el cómo delinearlas, pero facilitarían la tarea interpretativa no solo para los jurados y juradas sino también para los jueces y juezas. Ellas cumplen varias funciones: previsibilidad respecto de la prueba que se va a poder incluir en el juicio o previsibilidad respecto de la prueba que se va a poder excluir respecto de la contraparte. Otra función sumamente importante que cumplen es ponerle coto al poder discrecional y arbitrario de los jueces a la hora de la toma de decisiones. También cumplen un papel fundamental para establecer ámbitos de competencia y marcar límites a la hora de la admisibilidad de la prueba. Un litigante no puede estar pendiente de la interpretación de un juez o jueza al momento de la admisibilidad de la evidencia, porque ello le quita previsibilidad al sistema. El gran desafío es la construcción de reglas de evidencia que respeten nuestra cultura jurídica, y entiendo, deben ser construidas con mucha precisión.

## 9. PALABRAS FINALES

Ya han transcurrido casi cinco años de la reforma procesal penal en nuestra provincia. Considero que el desafío es continuar mejorando día a día nuestra labor cotidiana, trabajando arduamente para que este acto procesal, *la audiencia de control de acusación*, sea un evento provechoso y enriquecedor para todas las partes intervinientes y sea *el filtro* de cada caso para continuar hacia la etapa ulterior, evitando así debates innecesarios. Entiendo, como lo dije al inicio, que esta audiencia es la más importante del proceso y sin embargo en algunas ocasiones se le resta valor.

Posiblemente haya que continuar trabajando sobre los interrogantes planteados líneas más arriba u otros que surjan a fin de evitar dispendios jurisdiccionales innecesarios y en caso de ser inevitable, llegar a un debate "*lo más limpio posible*".

## 10. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Balderrama, J. y Lorenzo, L. (2019). “Ideas para hacer una audiencia de control de acusación” en Revista Pensamiento Penal, 13/10/2019. Recuperado de <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/48104-ideas-hacer-audiencia-control-acusacion>
- Lucero, G. (dir.) (2021). *Apuntes sobre el modelo penal adversarial pionero en la Argentina del Siglo XXI. Publicación del Instituto de Derecho Penal y Procesal Penal del Colegio de Abogados y Procuradores de Neuquén*. Neuquén: Ius Libros Jurídicos.
- Penna, C. y Cascio, A. (2017). *La etapa preparatoria y la admisibilidad de la prueba en el juicio por jurados y en sistemas acusatorios*. Buenos Aires: Ed. Hammurabi.



---

# La deliberación de los jueces penales en la provincia de Río Negro

**MIGUEL ÁNGEL CARDELLA\***

*La discusión es una forma de coordinación de acciones y actitudes a través del consenso para lograr la cooperación y solucionar pacíficamente los conflictos. La deficiencia en la discusión pública conduce a una ausencia de consenso profundo, y esa falta de consenso lleva a actitudes de deslegitimación subjetiva que, a su vez, producen anomia. De este modo, el fortalecimiento de proceso de discusión en el ámbito del ejercicio del gobierno, de la actuación de la justicia, en el conjunto social, no solo permite reorientar nuestro sistema político hacia el ideal de la democracia deliberativa que expanda su valor epistémico en beneficio del reconocimiento de derechos individuales, sino que también asegurara el Estado de derecho implícito en el constitucionalismo mínimo y la consiguiente estabilidad del sistema político. En el aforismo "la ley se acata, pero no se cumple" no sólo llama la atención el reconocimiento de la inobservancia de la ley, sino también el hecho de que ella sea "acatada", o sea que no sea discutida; de este modo, el aforismo es exactamente opuesto al que debe servir de slogan en una democracia liberal: la ley se discute, pero se cumple.*

*Carlos Nino<sup>1</sup>*

## 1. INTRODUCCIÓN

La base de este documento es el trabajo final de la Diplomatura en Argumentación Jurídica, que se replica aquí por su vinculación a la reforma

\* Juez del Tribunal de Impugnación de la Provincia de Río Negro. Docente de la carrera de Abogacía mediante concurso público de la UNRN.

<sup>1</sup> Nino, C. (2005). Fundamentos de derecho constitucional, 3ra reimpresión, Buenos Aires: Editorial Astrea, pp. 712-3.

procesal penal que se viene consolidando en estos primeros cinco años, sobre un tema que no se trata en nuestra labor jurisdiccional (no existen referencias, método, protocolo o guía para la práctica deliberativa).

El trabajo se presenta en dos partes. En la primera se plantea el problema, su justificación, los modelos deliberativos, la vinculación con la argumentación jurídica, el valor epistémico de la deliberación y la advertencia sobre la existencia de sesgos y prejuicios en su práctica.

En la otra parte, presentamos cómo deliberamos las y los jueces penales en Río Negro sobre la base un análisis empírico, para luego presentar conclusiones y los aportes que se consideran mejoran la deliberación, para la obtención de una mejor decisión judicial.

## PRIMERA PARTE

### 2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

¿Qué es deliberar? ¿Para qué sirve? ¿Cómo se hace? ¿La deliberación es grupal (un tribunal) o puede ser también individual? ¿Existe un protocolo o guía deliberativa? ¿Qué o cuál finalidad tiene? Estas preguntas son el disparador del problema que venimos a plantear.

Realmente sabemos poco y nada sobre la deliberación, partiendo de que, en la formación de grado, como abogadas/os, no es un tema que forme parte del programa de una asignatura en particular (sería de los procesales o de la filosofía del derecho, porque enfrentamos cuestiones de la práctica forense como temas epistemológicos).

Incluso resulta más complejo, porque cuando ingresamos al Poder Judicial en el cargo de jueza o juez, nadie nos prepara o entrena, entre otros puntos, en esa práctica que es “deliberar”. Somos muchas y muchos a los que, luego de concursar y obtener el cargo, solamente nos toman juramento y de ahí pasamos a dictar una sentencia (previa deliberación, de la cual jamás tuvimos participación en anterior experiencia). Más tarde nos entregan un Manual de estilo, que solamente se circunscribe a lograr una mejor presentación del “envase” y no de su contenido, y en ese texto la palabra deliberación no es citada una sola vez.<sup>2</sup>

2 Zaratiegui, A. et al (2019) *Manual de Estilo. Herramientas básicas para la producción textual*, Viedma: Poder Judicial de Río Negro. Recuperado de <https://servicios.jusriogro.>

Continúo con los interrogantes a fin de perturbar a la lectora/lector y despertar en ella/él si comparte un interés similar sobre el tema propuesto.

¿Cómo decidimos en la deliberación? ¿Hay una decisión in pectore? ¿Existen reglas para llevar adelante ese debate? ¿Cómo se traslada el análisis individual a uno grupal y luego cómo se lo redacta? ¿Cómo se estructura la decisión grupal?

Si hubiera un lector que no fuera abogada/o, tengo la alta sospecha de que preguntaría: ¿tienen reglas? ¿Tienen un protocolo o una guía?

### 3. JUSTIFICACIÓN Y DELIMITACIÓN DEL TRABAJO

Desde las mismas preguntas que venimos presentando, se manifiesta la necesidad de que hablemos de la labor de las y los Magistrados cuando se nos impone el deber constitucional de deliberar en la toma de nuestras decisiones.

Para llevar adelante la tarea deliberativa, surge de la investigación la referencia a los textos constitucionales y procesales, cruzando esa información con los principios y valores que integran la acción previa al dictado de una sentencia.

¿Qué es deliberar?, insisto con la pregunta. Es eso que no nos enseñaron, pero que intuitivamente hacemos ¿Lo practicamos realmente o no?

### 4. ¿EXISTEN MODELOS SOBRE DELIBERACIÓN EN EL ÁMBITO JUDICIAL?

Como nos enseña el maestro Alberto Binder, la deliberación es un instituto procesal olvidado<sup>3</sup>.

[gov.ar/web/gobierno-abierto/documentacion/Manual\\_Estilo\\_PJ.pdf](http://gov.ar/web/gobierno-abierto/documentacion/Manual_Estilo_PJ.pdf)

- 3 Binder, A. (2005). "Jucio por Jurados", Conferencia, Mendoza 2005, disponible en [https://www.youtube.com/watch?v=y6QbJV\\_o3WY](https://www.youtube.com/watch?v=y6QbJV_o3WY), ver el minuto 15 de la conferencia. Agradezco a Andrés Harfuch la indicación de esa nota. ¿Cuántos manuales procesales hablan de este instituto de la deliberación de los jueces como la antesala de la sentencia escrita? Solo lo hace sobre la formalidad del ritual, pero ninguno indaga en su real dimensión y menos de qué se habla allí.

Uno de los estudios sobre la deliberación en las Cortes Constitucionales, realizados por Gertrude Lübbe Wolff, nos informa sobre los modelos de deliberación en la Corte Suprema de Estados Unidos y en el Tribunal Constitucional Federal de Alemania. Una de sus conclusiones es que en el primer tribunal la toma de decisiones aparece poco deliberativa por la falta de comunicación entre los jueces. En cambio, el tribunal alemán en sus decisiones refleja decisiones colaborativas tomadas en reuniones compartidas por el colegio de jueces.<sup>4</sup>

En ese trabajo se presenta la existencia de dos modelos históricos deliberativos judiciales, el *per curia* y el *seriatim*, que en el transcurso del tiempo se han aproximado.

El modelo *seriatim* es el más antiguo, en donde todos y cada uno de los jueces que integran el mismo Tribunal, producen su propia opinión –lo que significa que solo hay juzgamientos individuales de cada uno de los miembros–, luego la sumatoria de los votos en uno u otro sentido propuesto otorga el resultado<sup>5</sup>.

En tanto que en el modelo *per curiam*, el tribunal, decide de modo colegiado.

En la versión original de este modelo, los jueces individuales no aparecen identificados con sus votos u opiniones, tampoco serán comunicados los resultados de la votación al público. La decisión *per curiam*, por lo tanto, necesita ser preparada *in camera*. En cierto modo, los dos modelos puros se han aproximado. Eso no quiere decir, sin embargo, que las diferencias institucionales entre las dos tradiciones hayan desaparecido<sup>6</sup>.

4 Lübbe Wolff, G. (216) “La cultura de la deliberación en las Cortes Constitucionales” en *Revista Argentina de Justicia Constitucional*, número 2, 1 de noviembre de 2016. Cita IJ-CCXVIII-879.

5 La práctica del método *seriatim* se aplicaba en la Corte Suprema de EEUU, hasta que John Marshall como presidente de ese Tribunal (1801), y el resto de jueces acordaron que se redactaría un voto único en el cual todos estuvieran de acuerdo, incluyendo los votos concurrentes y disidentes (Monaghan, H. (2004), “Las sentencias de la Corte Suprema deben ser tomadas en serio”, traducido por Alberto Garay, en *Lexis Nexis*, Jurisprudencia Argentina, Bs. As. 10-03-04, fascículo 10, págs.3-22).

6 Bercholz, J. (2017), “La Corte Suprema en su laberinto. A propósito de la sentencia ‘Muña’”. Los efectos políticos e institucionales del fallo” en *Revista de Derecho Penal y Criminología* 2017 - VII (julio), 10/07/2017, pp. 109-129.



El modelo constitucional de Río Negro para la toma de decisiones judiciales requiere una fundamentación razonada y legal ajustada a la reglamentación que se dicta y dentro de los plazos procesales (artículo 200, de la Constitución de la provincia de Río Negro<sup>7</sup>).

El ajuste reglamentario, en tanto, surge en el actual Código Procesal Penal (ley 5020), el cual indica que, concluido el juicio penal oral y público, la sentencia de los jueces profesionales, previo a su dictado, será deliberada y votada individualmente respecto de todas las cuestiones, apreciando las pruebas de un modo integral y según las reglas de la sana crítica. Esa decisión se adoptará por mayoría y para el caso de disidencia el voto dirimente deberá ser fundado. Esta metodología es un requisito esencial cuya inobservancia se castiga con la sanción de nulidad (artículos 66, 188 y 189 CPP).

Algunas cuestiones que nos deja este contexto normativo son que el método no describe una deliberación colaborativa según el modelo *per curiam*, más cuando lo comparamos con las reglas que se fijan para el máximo tribunal judicial de la provincia, cuando la ley le indica que “(l)as decisiones del Superior Tribunal de Justicia se adoptarán por el voto de la mayoría absoluta, previa deliberación de la totalidad de quienes lo integran, siguiendo el orden del sorteo. Reunida la mayoría absoluta, será potestativo para quienes siguen en el orden emitir su voto (...). El acuerdo y las sentencias podrán ser redactadas en forma impersonal”.<sup>8</sup> Es decir, la fórmula que propone el artículo 188 no es gentil con el intercambio de posiciones e ideas, parecería que apunta a un sistema *seriatim*, en donde cada jueza/juez escribe su voto y se vota. ¿Será una rémora inquisitiva o un descuido en su redacción?

¿Cuál es el objeto de la votación judicial? ¿Para qué se necesita una mayoría o la unanimidad? Es para alcanzar una decisión jurisdiccional, en donde se explique las razones (motivación) y su resultado (votación en el

7 Texto inspirado en el artículo 155 de la Constitución de la Provincia de Córdoba. Al respecto, “Deben (los jueces) resolver las causas dentro de los plazos fatales que las leyes procesales establezcan, con fundamentación lógica y legal”. Andruet, A. (2004), “La teoría del razonamiento correcto y su acogimiento en la Jurisprudencia del T.S.J. de Córdoba” en *Alfredo Poviña (in memoriam)*, Vol. VII, Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pp. 33-77.

8 Ley orgánica del Poder Judicial de la Provincia de Río Negro n° 5190, artículo 38.

seno del tribunal colegiado). Así, se presenta la sentencia como la decisión final del proceso deliberativo, en donde no tenemos ni reglas ni práctica.

Otra cuestión a resaltar es que tampoco se encuentra establecido un método para el Tribunal de Impugnación, cuya función es, luego de la audiencia oral, dictar sentencia, cuyo objeto es la revisión del fallo que la Defensa o la Acusación cuestionan a través de sus agravios. Por lo tanto, podemos optar por esas normas, o bien ¿podríamos dictar las propias con el fin de mejorar la calidad de nuestra deliberación?<sup>9</sup>

Más allá de esta obligación, no se informa qué es deliberar en el ámbito judicial, y cómo siendo uno de los Poderes del Estado provincial conformamos lo que la doctrina denomina la democracia deliberativa, entendida como el acuerdo racional luego de los procesos deliberativos.

En esa dirección, Böhmer plantea que la deliberación es un problema de la democracia llevada al proceso judicial, y expresa que

(...) se reproduce algo de lo que ocurre en la discusión mayoritaria, dado que también constituye un ámbito de deliberación pública, en el cual se intenta que la conversación finalice sólo cuando el mejor argumento silencie la voz de la otra parte.

En un tribunal, la decisión ideal es alcanzada luego de un proceso deliberativo en el que prevalece el mejor argumento, constreñido por las restricciones (jurídicas) que limitan la función del juez.<sup>10</sup>

Aceptando esta visión, la sentencia judicial es una expresión de la decisión política que surge de uno de los poderes que integra el sistema constitucional, representativo y federal de gobierno; por lo tanto, qué mejor que

<sup>9</sup> Esa regla existe en otra jurisdicción, por ejemplo, para las decisiones de las cámaras nacionales de apelaciones o de sus salas se adoptarán por el voto de la mayoría absoluta de los Jueces que las integran, siempre que éstos concordaran en la solución del caso. Si hubiere desacuerdo, se requerirán los votos necesarios para obtener mayoría de opiniones. Si se tratara de sentencias definitivas de unas u otras en procesos ordinarios, se dictarán por deliberación y voto de los jueces que las suscriben, previo sorteo de estudio. En las demás causas las sentencias podrán ser redactadas en forma impersonal (Decreto-Ley n° 1285, en artículo 26).

<sup>10</sup> Böhmer, M. (2008), "Igualadores y Traductores. La Ética del Abogado en una Democracia Constitucional", en Alegre, M., Gargarella, R. y Rosenkrantz, C. (coords.) *Homenaje a Carlos S. Nino*. Buenos Aires: La Ley, Facultad de Derecho UBA.

tener reglas deliberativas a fin de alcanzar mejores decisiones judiciales en una materia que define la libertad de una persona.

## 5. DELIBERACIÓN A LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Desde el momento de la deliberación, como punto de partida de la práctica, ya hemos dado inicio a la argumentación, porque ese estado deliberativo es previo a la redacción de la sentencia que luego se comunica.

La deliberación, según la Real Academia Española, es una acción para considerar atenta y detenidamente el pro y el contra de los motivos de una decisión, antes de adoptarla.

La argumentación jurídica, por su parte, es una interacción necesaria para convencer a otro, a un auditorio, o en interactuar con otro para llegar a un acuerdo respecto de cualquier problema teórico o práctico.

Cuando discutimos las cuestiones que nos fueron planteadas para su resolución, ¿recurrimos a técnicas de argumentación? ¿O nos encerramos en nuestra posición la escribimos y allí terminamos la tarea deliberativa? ¿Así se cumpliría con esa garantía procesal olvidada? ¿El debate se hace atenta y detenidamente?

En algunas situaciones, por comodidad o hastío, nos transformamos en autómatas. Como nos comenta Leticia Lorenzo, hay tribunales que se caracterizan por una “automatización en las decisiones”, pues la labor de juzgar diariamente casos aberrantes termina convirtiéndose en una rutina.<sup>11</sup> Luego de deliberar, una jueza o juez redacta una propuesta/proyecto de argumentación para el caso que hace lugar o rechaza la pretensión procesal. ¿Es posible eludir la deliberación, bajo el argumento que mi opinión se expresa en mi voto (que si gusta bien y sino que el otro haga el suyo)?.

Una deliberación bien llevada no asegura jamás que se arribe a la misma solución, entonces, ¿la sentencia precisa de la disidencia? Cuando nos encontramos frente a un voto mayoritario y otro de minoría, ¿reflejan estos el diálogo de la deliberación? Al final de esa práctica concluye el momento de ser cooperativo y se abre el tránsito de alcanzar una unanimidad

11 Lorenzo, L., “Juicio por jurados. La necesidad de su instauración”, exposición oral en el marco las Jornadas Patagónicas de Derecho Procesal Penal del año 2009.

consensuada por convencimiento o por necesidad de evitar una fractura en el Tribunal (en el contexto de circunstancias extraordinarias –que jamás se reconoce en la justificación de la decisión–), o bien se definen votos de mayoría y minoría y se expresa la mejor solución. En este espacio,

(El) voto en disidencia bien construido tiene que mostrar las dos cosas que determinan la función social de las controversias: una, qué separa al voto particular de la sentencia mayoritaria y, otra, por qué la respuesta alternativa es mejor que la de la mayoría. Y, así, hacer posible que terceros evalúen quién tiene razón, qué respuesta es la correcta: el tribunal superior llamado a resolver los eventuales recursos, la comunidad jurídica receptora de la sentencia, la ciudadanía en general ejerciendo de opinión pública, etc.<sup>12</sup>

El Tribunal colegiado tiene cuestiones a resolver como la regla que gobernará la toma de decisiones, y sobre esa cuestión, cómo llegar a la sentencia y sus fundamentos, que puede surgir por unanimidad o por mayoría. Cuando todos la suscriben queda claro que hubo un acuerdo total, lo mismo sucede cuando hay un voto en disidencia<sup>13</sup>. Pero cuando hay una abstención, ¿qué sucedió allí? La respuesta puede ser que se preserva de omitir opinión, pero ¿le permitimos a uno de los doce integrantes del jurado abstenerse?

Sostiene Negri, en su tesis de doctorado –siguiendo a Carlos Nino–,

El criterio de razonabilidad de los argumentos hace hincapié, pues, en el deber de legitimar la tarea desarrollada, a fin de que las decisiones jurídicas sean convincentes y tengan la pretensión de estar justificadas con base en buenas razones, para que la solución adoptada sea satisfactoria desde el punto de vista del sistema jurídico como de los derechos humanos, y en última instancia, desde el punto de vista estimativo, es decir, con sentido de justicia, para determinar lo que se debe hacer aquí y ahora en un caso concreto, para el

<sup>12</sup> Aguiló Regla, J. (2021), “«El tribunal se retira a deliberar». Un desafío teórico para juristas prácticos”, en *RJIB* número 20, pp. 11-30, recuperado de [https://revistajuridicaib.icaib.org/wp-content/uploads/2021/06/RJIB\\_20.pdf](https://revistajuridicaib.icaib.org/wp-content/uploads/2021/06/RJIB_20.pdf)

<sup>13</sup> Legarde, S. (2016), *Obligatoriedad atenuada de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, pág. 45.

logro de determinados fines, como puede ser el desarrollo de los ideales de la democracia deliberativa dentro del Estado constitucional de Derecho.<sup>14</sup>

Sin duda alguna, la deliberación es la base del producto argumentativo que llamamos sentencia;

(...) aunque en la sentencia escrita la fundamentación precede formalmente a la decisión (y en tal sentido la explica lógicamente o permite comprenderla intelectualmente), lo cierto es que aquella se redacta una vez que el tribunal ha tomado su decisión. En tal sentido, puede decirse que la expresión escrita de los argumentos constituye no tanto el antecedente de la decisión sino su legitimación *ex post facto*, pues el tribunal -honestamente convencido de la culpabilidad o inocencia del acusado- buscará (dentro del cúmulo de razones invocadas por las partes y las que él mismo se ha formado) aquellas que permitan dar sustento a su decisión, desechando las que conduzcan a una decisión contraria. Dicho de otro modo: a partir del convencimiento viene la expresión formal de ese convencimiento por medio de argumentos, y no al revés. Luego, dado a la tarea de fundamentar, el tribunal pondrá el mayor celo posible para presentar la sentencia como una derivación lógica y coherente, evitando que pueda ser atacada alegando su inconsistencia.<sup>15</sup>

Acordamos con Verdaguer que la sentencia judicial va más allá de sus aspectos formales, ya que

(...) el proceso se compone de una sucesión de actos transitados por los cursos de las partes que tienen que ser enunciados cumpliendo con determinadas formalidades. Éstas son las que posibilitan un debate en una situación de igualdad. En este esquema, la lingüística ayuda a comprender esas formas al mismo tiempo que posibilita, junto las distintas teorías argumentativas, un abordaje técnicamente más sólido, más minucioso, más crítico de los

<sup>14</sup> Negri, N. (2018), "La argumentación jurídica en las sentencias judiciales". Tesis doctoral. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata .

<sup>15</sup> Rosatti, H. (2011), *Tratado de Derecho Constitucional*, TII, Sexta Parte, Sección IV, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

discursos y de la construcción de otros discursos (la sentencia judicial, lo es) teniendo en cuenta que el uso de la lengua “es argumentativo”.<sup>16</sup>

## 6. MODELO DE DELIBERACIÓN. INDIVIDUAL Y GRUPAL

### *¿La deliberación, es solo grupal?*

Se sostiene que una sentencia de un tribunal pluripersonal se espera la deliberación y que dos jueces se pongan de acuerdo en un resultado basado en una argumentación sustancialmente común, en tanto que de una jueza o juez de un tribunal individual no se espera lo mismo.<sup>17</sup>

¿Eso es así? ¿Los jueces en su toma de decisiones, sea un forma individual o grupal, no piensan y analizan en la soledad de su mente cómo van a actuar y luego compartir e interactuar con otros colegas? Entonces, discrepo. En la toma de una decisión individual por sí, o luego grupal, existe una meditación previa de la acción a tomar.

En ese sentido, Chaïm Perelman lo plantea desde lo individual y grupal, distinguiéndolo frente a diferentes tipos de auditorio. En primer lugar, encontramos el auditorio consistente en una persona deliberando consigo misma. Esto es el “auditorio interno”, y luego el auditorio universal, que contiene a todas las personas razonables. Se trata de una comunicación del sujeto consigo mismo, se trata de la encarnación del auditorio universal en el auditorio interno que se lleva a cabo en el compañero de deliberación y, de hecho, este es solo la internalización de otros en nosotros mismos. En realidad, hay dos puntos importantes dignos de atención. En definitiva, el primero tiene que ver con el modo en que los sujetos deliberan consigo mismo y con los otros, y con la relación estructural entre estas formas de deliberación.<sup>18</sup>

<sup>16</sup> Verdaguer, A. (2014), “Las formalidades del proceso civil. Consideraciones lingüísticas y argumentativas” en LL-2014-D, 1161.

<sup>17</sup> Morgenstern, F. (2011), “Sentencias de tribunales colegiados: problemas relacionados con la formación de mayorías”, en JA, Suplemento de CSJN, 28/9/2011.

<sup>18</sup> Wintgens, L. (1993), “Retórica, razonabilidad y ética. Un ensayo sobre Perelman” DOXA-14 (195/206-1993).

El auditorio universal en la deliberación de los jueces técnicos no está encerrado en las cuatro paredes de la oficina. El auditorio es mayor a eso, se motiva para nosotros y también para la futura escritura del documento que luego será leída por terceros. Unos, interesados en el conflicto como son las partes, otros, cuando se recurra esa decisión (jueces de otros tribunales), y también periodistas que leen y comentan, abogados que estudian y estudiantes que comienzan sus primeras lecturas, por lo tanto, la deliberación es el primer paso de comunicación hacia ese auditorio universal. En esa deliberación debe haber una interacción recíproca.

Ampliando esta noción, Ureña diferencia lo que es persuadir y lo que es convencer. Por lo primero, indica que es obtener la acción deseada por parte del discurso práctico sin importar si la adhesión tiene carácter racional o no (un auditorio particular). En tanto que convencer es aquel proceso mediante el cual se logra la adhesión con carácter racional por parte del auditorio, es decir que se comparten las pruebas y las razones que han sido divulgadas en el discurso, en definitiva, se procura la adhesión racional por parte de todo ente de razón y tendrá un carácter funcional.<sup>19</sup>

La deliberación jurídica es una investigación, búsqueda, valoración, mensura, examen o encuesta acerca de las alternativas de operaciones o conductas jurídicas que se ofrecen en un tiempo y un espacio precisos. Dicho conocimiento desemboca en el juicio de elección que cierra la deliberación al juzgar como la mejor o preferible a una de esas conductas.<sup>20</sup> Frente a este concepto, podemos concluir que nos enfrentamos primero a una deliberación individual donde me convengo de mis propias posiciones, como espacio para una decisión individual, en tanto que, si es una decisión grupal, posteriormente se transforma en la base de lo que voy a compartir para convencer a los demás integrantes de un tribunal, que se transforma en una sentencia. En toda deliberación colegiada deben distinguirse dos momentos: uno individual de discusión y votación, y uno colectivo de decisión. Así, una vez alcanzado el acuerdo, la voluntad expresada será la del Tribunal como órgano, y no la de cada miembro en particular. Es decir, la sentencia que emane del Tribunal constituirá un único acto jurídico

<sup>19</sup> Ureña, S. (1994), "Filosofía y retórica en Chaim Perelman: el auditorio universal razonable" en *Éndoxa: Series Filosóficas* 3 (1994): 301-316.

<sup>20</sup> Vigo, R. y Gattinoni de Mujía, M. (Dir.) (2013), *Tratado de Derecho Judicial*, Tomo I Teoría General, Buenos Aires: Abeledo Perrot.

procesal y, como tal, expresará una única voluntad jurídica mediante la cual se decida la causa o punto sometido a su conocimiento. La necesidad de dar a conocer los votos, fundamentos y disidencias, alcanzando la mayoría de opiniones, no fragmentará la unidad lógica de la decisión, pero permitirá alcanzar los estándares ideales de su validez<sup>21</sup>, esto es, la expresión escrita de una decisión tomada por juezas y jueces, en forma individual o en conjunto para resolver un conflicto.

## 7. LA DELIBERACIÓN Y SU VALOR EPISTÉMICO (LA IMPARCIALIDAD)

La deliberación se constituye como un espacio donde las decisiones se toman a través de un proceso en el cual nos damos razones mutuamente aceptables entre quienes integramos un tribunal judicial. Una de sus características más importantes es la necesidad de fundar los argumentos, porque estos brindan legitimidad a las decisiones colectivas, y al mismo tiempo favorece una formación de opinión de espíritu público a partir de la interacción. Sirve además para que unos y otros puedan comprender el mérito moral de los argumentos de los otros. Se trata, por lo tanto, de una construcción colectiva.

Para Carlos Nino, la deliberación tiene un valor epistémico, porque nos somete a dar razones, bajo una regla de moralidad en donde nos comprometemos a escuchar y atender a las razones de los otros. Esta asunción del punto de vista moral enriquece el proceso democrático cualitativamente en cuanto importa la facultad intelectual de “ponerse en el zapato del otro” al escuchar razones ajenas e intentar las propias.<sup>22</sup>

Entonces se trata de alcanzar, como un objetivo básico, una mayoría argumentativa que ubica la decisión a tomar como médula de las razones que la integran para la fundamentación colectiva “adquiriendo centralidad la construcción argumentativa de cada voto”<sup>23</sup>; es doctrina consolidada

<sup>21</sup> Mamberti, M., “Tribunales colegiados: mayoría de fundamentos y argumentación jurídica”. ED T-270 –715.

<sup>22</sup> Nino, C. (1996), *The Constitution of deliberative democracy*, New Heaven & London: Yale University Press.

<sup>23</sup> Piccardo, I. (2020), *Cómo fallan los jueces. Mayorías argumentativas versus resolutivas*. Córdoba: Editorial de la UNC, pp. 88-91.



de la CSJN que “las sentencias de los tribunales colegiados no pueden concebirse como una colección o sumatoria de opiniones individuales y aisladas de sus integrantes, sino como el producto de un intercambio racional de ideas entre ellos”.<sup>24</sup>

Esto aumenta su sentido cuando hablamos de decisiones de juezas y jueces. En ese sentido Aguiló Regla dice

Los debates jurídicos que tienen lugar entre interlocutores cuya legitimidad está vinculada a un deber de «independencia y de imparcialidad» privilegian la deliberación (el diálogo racional o crítico) como forma de debate y como punto de partida de la interlocución. Existe una conexión relevante entre independencia e imparcialidad y debate cooperativo. La deliberación de un tribunal de justicia resulta paradigmática en este sentido. La función social más importante que cumple una deliberación es aclarar una cuestión o problema que todos los participantes consideran difícil. De la aceptación de la dificultad de la cuestión se siguen dos cosas muy importantes: a) que los participantes se mantienen abiertos (si no fuera así no habrían aceptado que la cuestión es difícil, sino todo lo más que es controvertida), y b) que piensan que el problema tiene una solución correcta, aunque tal vez no lleguen a conocerla.<sup>25</sup>

Vamos desarrollando qué entendemos y cómo se actúa en una deliberación, pero desde su visión externa. En lo interno ¿cómo funciona? Recordemos que es un espacio donde interactuamos personas, y en ese esquema de toma de decisiones debe ajustarse (entre otras obligaciones) a ser un acto objetivo, bajo el principio de imparcialidad, porque la deliberación se debe centrar en principio y valores<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> Caso “Roggenbau” 24/5/22. Aclaramos que estamos frente a la regla del decisorio y no sobre reglas deliberativas.

<sup>25</sup> Aguiló Regla, J. (2018), “Acordar, debatir y negociar”, *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 41 (2018), pp. 229-247.

<sup>26</sup> En México las sesiones de los Tribunales Colegiados son pública y videograbadas al momento de su deliberación que resuelven juicios o recursos promovidos en esos casos (así lo regula el Acuerdo General del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal como instituto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación).

En este espacio descripto también nos abordan otros aspectos de nuestra humanidad, son los prejuicios y sesgos internalizados. ¿Los advertimos?

## 8. LA DELIBERACIÓN, SESGOS Y PREJUICIOS

Cuando deliberamos somos nosotros y las circunstancias que nos vinculan a la vida desde que nacimos. Aun si se registraran prácticas deliberativas al interior de nuestros tribunales, ¿valdría lo mismo la opinión de una jueza que de un juez? ¿De alguien cuyos familiares también fueron jueces o de una jueza o juez que es único profesional en su familia? ¿De un/a magistrado/a con 20 años de antigüedad en el cargo que de aquella o aquel que recién se incorpora?<sup>27</sup>

En ese momento y espacio juezas y jueces no lo hacemos como una “tabla rasa”, cargamos con nuestros sesgos, juegan nuestras propias experiencias, las influencia que hemos recibido desde nuestra cultura, los libros que leímos, nuestras curiosidades, formalidades, y cómo hemos aprendido determinadas creencias socio culturales y políticas. La deliberación es un verdadero diálogo y quizás aplicamos, sin saberlo, el método hegeliano de tesis versus antítesis, para alcanzar una conclusión. Pero no lo sabemos en concreto al carecer de una base de datos para un estudio empírico.

En esos momentos, aunque no lo deseemos, nos acompañan nuestros sesgos<sup>28</sup>. Sucede cuando prestamos más atención a la información que confirma nuestros supuestos existentes (de confirmación), la tendencia humana común a confiar demasiado en la primera información ofrecida al tomar una decisión (de anclaje); la tendencia a que nos agraden aquellas personas similares a nosotros o se vinculan a casos que tienen una carga

<sup>27</sup> Fraser sostiene: “(...) la capacidad de influir en el debate público y en la toma de decisiones con autoridad depende no solo de las reglas formales de decisión, sino también de las relaciones de poder enraizada en la estructura económica y el de estatus un hecho insuficientemente subrayado por la mayoría de las teorías de la democracia deliberativa” (pie 24 pág. 49); “(...) participación de todos los implicados en los procesos de deliberación, equitativos y abiertos, en los que todos pueden participar como pares” (pág. 63). Fraser, N. (2008), Escalas de justicia. Barcelona: Herder.

<sup>28</sup> Esta información me fue facilitada por Leticia Lorenzo, Jueza de la Provincia de Neuquén.

emotiva o política (por afinidad); reaccionamos a una elección particular de diferentes maneras dependiendo de cómo se presenta (de encuadre) y la preferencia o prejuicio hacia un género por encima del otro (por género<sup>29</sup>). Incluso, existe un sesgo gastronómico, que es como incide el horario en que se decide.<sup>30</sup>

También nos aborda el prejuicio, ese juicio previo que realizamos sin proponerlo, somos personas que nos gustan y disgustan ciertas cosas (y esto se vincula a principios valores sobre de la vida como son la política, la raza, la religión, la elección sexual). Por lo tanto, debemos estar atentos a ese preconceito sobre el otro o los otros, que puede perturbar nuestras decisiones reafirmando nuestro propio prejuicio, o cuando aislamos una conducta discriminatoria, seamos considerados tan peligrosos como el hecho o acción discriminadora.

La experiencia histórica, nos informa Francisco Ferrer Arroyo, demostró que

(...) el prejuicio negativo puede clasificarse según tres grandes categorías: a) comunidades enteras (étnicas, religiosas, nacionales); b) categorías definidas por status adscriptos. Ejemplos de ello serían: ser mujer, hombre, anciano, niño, discapacitado, enfermo mental, etc. La persona no hace nada por ser lo

<sup>29</sup> Si bien no forma parte de este trabajo, podemos indicar la importancia de textos como *Estereotipos de género, perspectivas legales transnacionales*, obra de Rebecca J. Cook & Simone Cusack (Philadelphia: Universidad de Pensilvania, 2009), y fallos de la CIDH, como María Eugenia Morales de Sierra vs. Guatemala (2001), H. Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México (2009), entre otros.

<sup>30</sup> Una investigación realizada sobre jueces en Israel por la Universidad de Tel Aviv, analiza qué grado de indulgencia tenían sus sentencias. Curiosamente, antes de los descansos eran menos indulgentes. De hecho, como recogen textualmente los investigadores "Encontramos que el porcentaje de fallos favorables cae gradualmente del 65% a casi cero dentro de cada sesión de decisión y vuelve abruptamente a 65% después de una pausa". Esto indica que el hambre o el cansancio provocan que se den respuestas más rápidas, se actúe con el automático conectado y no se tenga tanta energía para deliberar los temas. Esta investigación se hizo en Israel y, aunque no se puede trasladar exactamente a otros países, sí pone de manifiesto la importancia de cuidar y de dotar de descansos y de agendas menos apretadas a profesionales con altísima responsabilidad. V. "Cuidado con los sesgos inconscientes, pueden arruinar decisiones importantes", en *El País*, 04/02/2019, recuperado de [https://elpais.com/elpais/2019/02/03/laboratorio\\_de\\_felicidad/1549224756\\_121469.html](https://elpais.com/elpais/2019/02/03/laboratorio_de_felicidad/1549224756_121469.html)

que es, y el prejuicio puede recaer sobre estas categorías. Eso ocurre cuando se juzga sin admitir prueba en contrario que «las mujeres no saben manejar», «los viejos no sirven para nada», «los jóvenes son todos unos irresponsables»; y c) categorías definidas por status adquiridos, los status adquiridos, a diferencia de los adscriptos, son aquellos en los cuales la persona hizo algo para asumirlo (p.ej. delincuente, mal alumno, burócrata) y sobre los que existe un prejuicio. Claro que también existirán status prestigiosos, como el del médico, famoso, millonario, o mixtos, es decir, favorables o desfavorables según la ideología y el nivel sociocultural del que categoriza (homosexuales, bohemio, consumidor de drogas).<sup>31</sup>

No contamos con estudios sobre los prejuicios y la influencia de los distintos grupos sociales en el proceso deliberativo sobre los jueces profesionales. Por lo tanto, debemos tener cuidado de los sesgos inconscientes, que pueden arruinar decisiones importantes. Si no lo advertimos, seremos influenciados por nuestros sesgos inconscientes. Los prejuicios y los estereotipos están incorporados en nuestro modo y forma de ver el mundo, sin duda alguna ellos, conscientes o no, nos acompañan al momento de deliberar. ¿Contamos con herramientas para advertir ese error? Cuando confrontamos nuestras ideas con la de los colegas de tribunal, esas “visiones” aumentan, se controlan o podemos dejarlas de lado, digamos ¿el espacio colectivo ha ayudado a congelar esos sesgos, o no? Para Dillon, la sentencia es un texto argumentativo dado el carácter nodal que la motivación desempeña en su estructura, y esta puede

(...) tener la pretensión de ser neutral y mostrarse objetivo, pero siempre, como sujeto que es, va a dejar traslucir su subjetividad aún en los razonamientos de tinte logicista. No hay, pues, una “verdad jurídica objetiva” a la cual se pueda arribar. ¿Por qué, si no, una sentencia puede ser revocada y postular

<sup>31</sup> Ferrer Arroyo, F. (2019), *Psicología y neurociencias jurídicas. Aportes para la práctica del Derecho*, Navarra: Aranzadi, Thomson Reuters proviewtm eBOOKS, pp. 437-441. El autor también cita el ejemplo que puede verse en la película «Matar a un ruiseñor», en la cual, un abogado blanco del sur de los Estados Unidos, decide tomar la defensa de una persona afrodescendiente acusada falsamente de violación, y se convierte en enemigo del pueblo tanto como el propio acusado, aunque deja una enseñanza moral a sus hijos que todo abogado debería aprender.

conclusiones diferentes? ¿Por qué, frente a un mismo caso, distintos jueces fallan de modo totalmente opuesto?<sup>32</sup>

Piero Calamandrei (especialista en el proceso civil italiano en el siglo pasado), nos presenta a la persona frente al momento de dictar sentencia. Para llegar a ese momento se ha realizado un recorrido lógico y motivado para su conclusión, cargado de preguntas:

¿Pero, cuántas veces la motivación es una fiel reproducción del sendero que ha guiado al juez hasta el punto de llegada? ¿Cuántas veces el juez está en condiciones de darse él mismo exacta cuenta de los motivos que le han inducido a decidir así? ¿Cómo puede considerar fiel una motivación que no reproduzca los subterráneos meandros de esas corrientes sentimentales, a cuyo influjo mágico ningún juez, ni el más severo, puede sustraerse?”<sup>33</sup>

No solo hay prejuicios, esencialmente hay humanidad.

Esforzarse por entender bien lo que el otro ha dicho es una exigencia moral, ya que, al argumentar en defensa de una tesis y no estar dispuesto a conceder nunca nada al adversario es una estrategia incorrecta y equivocada. Debemos aprender que se argumenta con el/los otro/s. Lo que cuenta es lo que se dice y las razones que lo avalan.<sup>34</sup>

## 9. ¿QUÉ SABEMOS DE DELIBERAR? ¿QUÉ INFORMACIÓN TENEMOS?

Sobre la práctica deliberativa, insisto, no sabemos nada. Todo es intuición<sup>35</sup>, es como si cada jueza/juez tuviera su propio método. Es imaginable

<sup>32</sup> Dillon, M. V. (2015), “La sentencia judicial como género argumentativo”. Algunas pautas para su escritura”, en *Diálogo entre el Derecho Procesal y la Teoría General del Derecho*, Asociación Argentina de Derecho Procesal, Santa Fe: Rubinzal Culzoni, pp. 199-212.

<sup>33</sup> Calamandrei, P. (1997), *Elogio de los jueces*, Buenos Aires: Editorial Librería El Foro, pág. 155.

<sup>34</sup> Atienza, M. (2006), “Diez consejos para argumentar bien o decálogo del buen argumentador”, *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 29 (2006), pp. 473-475.

<sup>35</sup> Leemos, escuchamos, buscamos, redactamos, apuntamos, disentimos, confrontamos opiniones, escuchamos argumentos y sus refutaciones en audiencias orales, estas y

un sistema de trabajo que va desde intercambiar opiniones de los puntos de decisión hasta quien entrega su voto escrito como única expresión dialéctica.

En el proceso de capacitación para la implementación del nuevo sistema procesal penal adversarial y acusatorio, este tema –la deliberación– no formó parte de ningún taller. Entonces, las juezas y jueces de aquel sistema ingresaron al actual con las mismas prácticas de la inquisición (llamado oral mixto). Sabemos que no es lo mismo ser una jueza o juez de aquel viejo sistema que del proceso adversarial. Cuando suceden estas situaciones se recurre a la investigación de cómo se lleva adelante esta práctica forense, pero no lo hemos realizado. Para la doctrina, los jueces del sistema acusatorio adversarial penal, al momento de deliberar,

(...) deberán analizar todas las pruebas reunidas durante la sustanciación de la audiencia para evitar partir desde una idea preconcebida, esto es sin un anclaje en una solución del caso. Deberán trabajar con sus anotaciones personales, analizando las proposiciones fácticas que han quedado acreditadas. A los efectos de analizar el peso de las pruebas, deberán tener en cuenta si la cobertura, idoneidad, credibilidad y admisibilidad. Al momento de arribar a un veredicto, y a los efectos de fortalecer la publicidad de las decisiones y el acercamiento de la Justicia a la ciudadanía, los jueces dictarán oralmente el veredicto, explicando sucintamente los fundamentos y las razones por las que arribaron a la decisión.<sup>36</sup>

En nuestra formación, de grado o ya en el Poder Judicial, no hemos realizado ninguna práctica deliberativa, y llegamos al punto de recibir información poco ortodoxa; por ejemplo, a través de la ficción del cine para observar una deliberación en el seno de un Tribunal judicial. Así, en el filme “La más grande pelea de Mohammed Ali”, tiene como argumento el proceso deliberativo de la Corte Suprema de Justicia de EEUU (integrado

otras actividades y estados transitamos para alcanzar una decisión imparcial, legal y motivada. ¿Lo hacemos bien?

<sup>36</sup> Rua, G. y González, L. (2018), “El rol del juez en un sistema adversarial. Fundamentos y técnicas de conducción de audiencias”, en *Revista Sistemas Judiciales*, publicación anual de CEJA e INECIP, año 17 n° 21. Recuperado de <https://inecip.org/documentos/el-rol-del-juez-en-un-sistema-adversarial-fundamentos-y-tecnicas-de-conduccion-de-audiencias/>

por nueve varones), en donde el campeón del mundo de box de peso pesado se niega a formar parte del ejército que irá a combatir a Vietnam en función de su creencia religiosa<sup>37</sup>. Los relatores de los jueces resultan ser la primera línea con quien alguno de los jueces discute el caso antes de deliberar con el resto de sus colegas, luego sus opiniones transitan entre quienes afirman que no les interesa ninguna ideología porque solo aplica la ley (como si la legislación no tuviera una carga ideológica), sin embargo en esas discusiones se tratan cuestiones políticas, el peso de la opinión pública, las enfermedades (propias y de familiares) que cambian el humor de los jueces (así muestra la faceta humanitaria que rodea e invade a todas las personas por igual).<sup>38</sup>

Al ser secreta la deliberación de los jueces técnicos<sup>39</sup>, caemos en la especulación de un guión cinematográfico, o en la total ausencia de

37 La Corte en 1971, revocó en forma unánime la sentencia de condena de cinco años de prisión.

38 Bianchi expone cómo funciona la Corte EEUU, entre otros puntos que se ajustan a este trabajo, nos comparte, "(...) Hughes, incluso, cita el relato que en 1874 realizaba del acuerdo del juez John A. Campbell (quien se desempeñó en la Corte entre los años 1853/1961): "El deber de los jueces de la Suprema Corte consiste en oír los casos, en prepararse para las consultas, en consultarse durante la deliberación, en decidir los pleitos en esas reuniones y en preparar la sentencia escrita y el fallo de la Corte. Su tarea más ardua y responsable tiene lugar durante las sesiones (...). En Ellas, usualmente, el chief justice exponía el caso. Resumía los alegatos y pruebas; se exponían los argumentos y sus conclusiones en relación con ellos y abría la discusión. La discusión era libre y estaba abierta a todos los jueces, hasta que todos habían dicho lo que deseaban. Se formulaba entonces la pregunta de si el fallo que se revisaba debía o no ser revocado, y se pedía a cada magistrado, por orden de antigüedad, comenzando por el más moderno, que diese su juicio y las razones en que se basaba para mantenerlo. Las opiniones de la mayoría decidían el caso, y determinaban el contenido de la ponencia que habría de redactarse. El presidente designaba al juez que debía prepararla" (Hughes, "The Supreme Court of the United States", citado en. Bianchi, A., "La jurisdicción apelada de la Corte Suprema de los Estados Unidos", LL 1992-E, 1154.

39 A diferencia de lo que sucede en el Supremo Tribunal de Brasil (y en la Suprema Corte de Justicia de México, que igualmente desempeña funciones de tribunal constitucional), donde las deliberaciones son públicas (e incluso radiadas y televisadas), en España, y en general en el modelo europeo de justicia (no solo constitucional sino también ordinaria) la regla es la deliberación secreta. Aragón Reyes, M. (2018), "La deliberación en los Tribunales Constitucionales" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 112, enero-abril (2018), pp. 377-385.

documentos para nuestra formación práctica. Esto no sucede sobre las deliberaciones de los ciudadanos jurados, ya que existen estudios basados en investigaciones sobre cómo es la deliberación de los jurados de ciudadanos. El “Chicago Jury Project” es una investigación desde las ciencias sociales sobre cómo deliberan los jurados populares civiles y penales en EEUU; según Andrés Harfuch, esto se logra porque aquel país es el único que autoriza a los jurados a hablar libremente con quien quieran tras haber dado su veredicto.<sup>40</sup>

¿Este estudio podría realizarse en la Argentina o en Río Negro o en otra provincia del país? Existe un estudio sobre la experiencia en Neuquén que hace referencia a la experiencia de la deliberación del jurado y su dinámica<sup>41</sup>, pero ¿alguna jueza o juez estaría dispuesto a responderle a un sociólogo, psicólogo, o abogado cuáles fueron sus principios y valores para la toma de su decisión? Muchas/os tendrán como respuesta lo escrito en la sentencia, lo que abre a la pregunta: ¿se escribe todo lo que deliberamos? No tenemos un estudio de votos individuales, votos en conjunto ni votos en disidencias. Entonces no hay un estudio de cómo resolvemos.

En este sentido, incluimos una breve referencia de nuestra Corte Suprema de Justicia Nacional, que resulta importante para este trabajo. En un análisis de doctrina se presenta la dificultad de estudiar los votos de sus integrantes, e indica

Además, conforme a una práctica antiquísima, la Corte no fija en sus sentencias un orden en la deliberación, que queda librado a los intentos de los iniciados por develarlo, intentos que muchas veces sólo pueden alcanzar la frustración, porque los votos individuales están concebidos de tal manera que a menudo ni siquiera es posible distinguir si los jueces mantienen disensos sobre reglas o principios decisivos, o si la individualidad del voto responde más bien a cuestiones marginales, unas veces a la tendencia a poner un *obiter*

<sup>40</sup> Harfuch, A. (2019), *El veredicto del jurado*, Buenos Aires: Ad-Hoc, pág. 404.

<sup>41</sup> Romano, A.; Porterie, M. y Hans, V. (2021), *El jurado neuquino: el comienzo del jurado clásico en la Argentina I*, 1era ed., Buenos Aires: Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales - INECIP, 2021. Recuperado de [https://inecip.org/wp-content/uploads/2021/11/El-jurado-neuquino\\_110322.pdf](https://inecip.org/wp-content/uploads/2021/11/El-jurado-neuquino_110322.pdf)



*dictum* no indispensable para la solución del caso, otras como mero desborde de ilustración y esteticismo.<sup>42</sup>

Para cerrar esta primera parte, dejo una pregunta: quien no participa o evita la deliberación, ¿tiene condiciones de ser jueza/juez? En el último punto de este trabajo, reflexionamos sobre su posible respuesta.

## SEGUNDA PARTE

*“(...) la calidad de la toma de decisiones judiciales: su calidad integrativa, su potencial pacificador de una sociedad sobrecargada de cuestiones políticamente polémicas, para neutralizar la polarización que genera la política. En cuanto a esto, los tribunales con una práctica deliberativa y colegiada de toma de decisiones serán mejores que las cortes que no hacen esfuerzos colectivos para encontrar puntos en común.”*

Gertrude Lübke Wolff<sup>43</sup>

### 10. CÓMO DELIBERAMOS EN RÍO NEGRO<sup>44</sup>

#### 10.1. Las juezas y los jueces profesionales del foro penal

Si queremos saber cómo deliberamos las juezas y jueces penales, qué mejor que preguntarnos a nosotros mismo, por eso este trabajo utiliza una encuesta como creación de conocimiento empírico para enriquecer la investigación. Por la cantidad de respuestas obtenidas, se alcanzó a la mitad de los integrantes del foro penal. Añado que en la consulta se

<sup>42</sup> García, L. (2007), en *Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. 2, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, pp. 194-195.

<sup>43</sup> Jueza del Segundo Senado del Tribunal Constitucional Federal alemán entre 2002 a 2014. Es profesora de Derecho público en la Universidad de Bielefeld desde 1992. Doctora honoris causa por el European University Institute (2015).

<sup>44</sup> Agradezco a las juezas y jueces del foro penal de la provincia de Río Negro, que respondieron la encuesta cuya finalidad era fuente de información. La tarea se realizó en el transcurso de la pandemia julio/septiembre del 2020.

incorporaron a las juezas y jueces con función de garantía, porque es habitual que participen de juicios.<sup>45</sup>

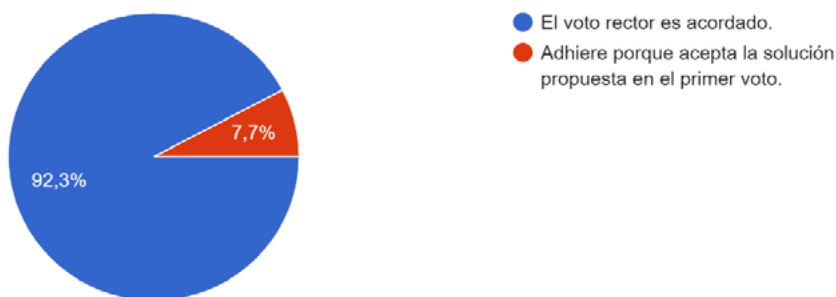
A continuación, se presentan los resultados.

El primer punto de la encuesta es la conformación del género. El 20% de las respuestas fue dada por juezas, cuando al fuero lo integran en un 25%, por lo que advertimos que la participación refleja esa misma composición.

Otro punto fue cómo tomamos las decisiones. Cuando la deliberación es individual, esto es, un Tribunal unipersonal, más de la mitad (52%) se toma un espacio temporal de 24 horas para decidir. Lo que significa que existe una deliberación con introspección interna. Por otro lado, un 24% va tomando la decisión en el transcurso del juicio, y el 24% restante, dentro de la hora de culminada la audiencia.

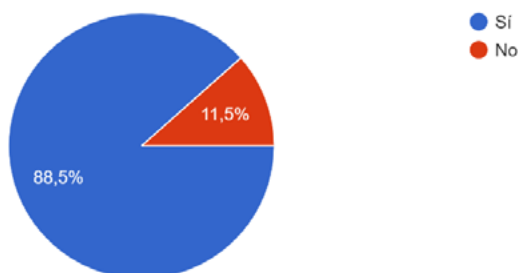
Cuando la deliberación se hace a nivel grupal, es decir, un Tribunal integrado por tres juezas/jueces, más del 90% de las respuestas indican que en la deliberación el voto rector es acordado. El 88% indica que incorpora opiniones de los otros magistrados y el 78% señala que esos argumentos son el resultado de la deliberación. Gráficamente podemos verlos así:

En el caso que usted es juez/jueza de un Tribunal de tres miembros,  
¿cómo es la deliberación? (25 respuestas)

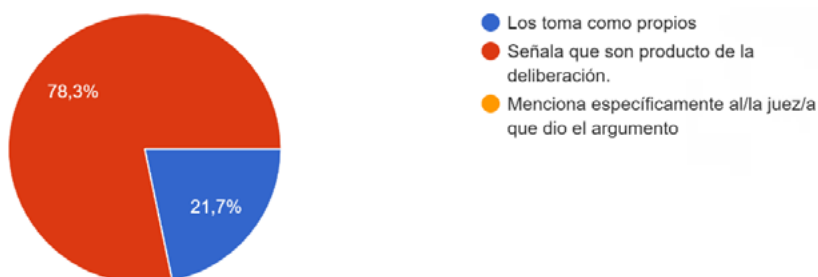


<sup>45</sup> Sobre un total de 52 juezas y jueces, 40 de fueron consultados y 26 respondieron.

Cuando usted redacta el primer voto, ¿incluye elementos de sus colegas surgidos en la deliberación? (26 respuestas)



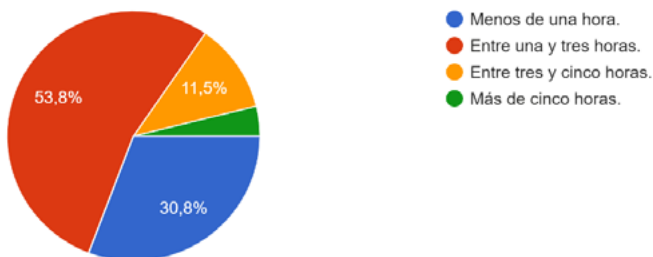
Si respondió afirmativamente la pregunta anterior, esos argumentos... (23 respuestas)



El momento del inicio de la deliberación fue otro aspecto que se consultó. Surge de allí que en 53% la reunión se realiza al finalizar los alegatos de cierre, un 19% ya comienza la deliberación en los cuartos intermedios mientras transcurre el juicio (digamos que las opiniones se van formando mientras escuchamos testigos, peritos o alegatos de las partes), un 15% antes de la deliberación toman un espacio de reflexión individual y el restante 11% lo hace de otro modo. Este análisis se amplía con otras respuestas, que hacen referencia a la forma de deliberar. Allí tenemos que el 85% utiliza una combinación mixturada entre reuniones discontinuas y el uso de medios tecnológicos –chats, videollamadas, e-mails– y solo el 15% lo hace en la reunión continua. Digamos entonces que la norma que establece el código no concuerda con el espíritu colaborativo que nos

presenta la respuesta. Ello continúa confirmándose con la respuesta dada sobre el tiempo de la deliberación, donde otro 85% toma el promedio que oscila entre la hora y las cinco horas (a mi entender, los llamados telefónicos, e-mails y chats se incluyen en esos tiempos).

En Tribunal colegiado, ¿cuánto tiempo (regularmente) toma la deliberación?  
(25 respuestas)



En Tribunal colegiado, ¿en qué momento se da la deliberación?  
(26 respuestas)



En Tribunal colegiado, ¿cuál es la forma que prima en la deliberación?  
(26 respuestas)



Tres respuestas del ciento por ciento nos advierten la clara y manifiesta predisposición en concentrarse en una deliberación colaborativa, porque juezas y jueces escuchan y son escuchados en la deliberación, y esencialmente están dispuestos a ser receptores de otros argumentos que puedan hacer cambiar la idea originaria (su deliberación individual). Hay respuestas que hablan de un intercambio de posiciones, cuando el 20% dice que es capaz de cambiar su decisión, y en ese margen el 80% nos informa que cambió de opinión entre una y cinco veces, ya que un 90% pudo lograr que otro colega modificara su posición al escucharlo. En este punto, se destaca la pretensión de convencer, a ser persuadido.

La pregunta “Si alguna vez modificó su voto ¿qué razones le llevaron a hacerlo?”, tuvo como respuestas “la predisposición de escuchar a los otros colegas del tribunal”, que, por ejemplo, brindaban un interpretación más razonable y adecuada según las pruebas; “acceso a nueva jurisprudencia y doctrinas”; su “propia escritura” la hizo “reflexionar y adoptó otra solución”; “mejores argumentos”. En una de las respuestas se expresó:

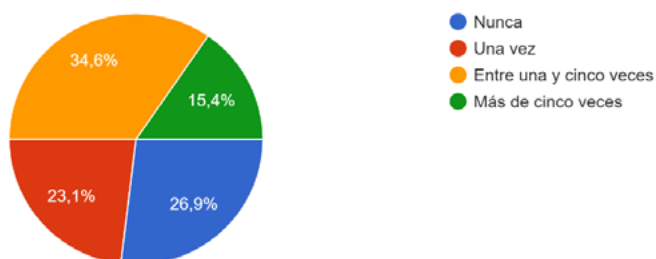
Soluciones integrales, mejores fundamentos a los ya expuestos, reflexión sobre lo indicado o recomendado por los otros integrantes. Pero una vez tomada y acordada una decisión he respetado lo concluido, como solución a los planteos, en respeto. Generar confianza en un pensamiento claro, expuesto con fundamentos, actuando generosamente con el conocimiento y experiencia, procurando la integralidad de tratamiento de los temas e integración y participación efectiva de lo observado, reflexionado y aportado por los otros colegas.

Estas respuestas indican una clara predisposición hacia el debate e intercambio de opiniones que suceden durante el juicio, en su posterior deliberación y luego por otros medios de comunicación. Estas contribuciones le dan fuerza a nuestra postura de que la deliberación debe ser colaborativa. Entonces, ¿por qué no fomentarlo desde un protocolo/guía o mejor metodología procesal?

Un tema particular es la disidencia. Un 70% así tomó su decisión entre una y más de cinco veces. A la pregunta “Usted disiente en un tercer voto, ¿por qué lo hace?”, entre otras se obtuvieron las siguientes respuestas, “porque podría ser utilizados para fundamentar un eventual recurso”; “debo explicar porque no estoy de acuerdo; porque es producto de la reflexión integral, de fundamentos que no pudieron derivar en una relación

unánime de interpretación y considero que es importante conservar la ‘alternativa’ por sí existe revisión de lo resuelto”. Un dato llamativo de esta respuesta es que un 27% nunca votó en disidencia, y consideramos que es un campo para explorar el motivo de esa situación. Abre muchas conjeturas, pero no tenemos datos para corroborar.

En su experiencia en la judicatura,  
¿cuántas veces votó en disidencia? (26 respuestas)



## 10.2. El jurado popular penal

Cuando actúa un jurado integrado por ciudadanas/os, aquí sí tenemos un protocolo procesal. Según nuestra legislación local, a través de una jueza/ juez, al jurado se le formula una serie de instrucciones de cómo llegar a un veredicto de culpable o no culpable a través de la deliberación. Cuando juramos como jueces penales nadie nos dijo a nosotros esas palabras, más allá de la referencia que acabamos de repasar nuestro código procesal; ¿con el jurado elevamos la vara?

Al jurado se le pone en conocimiento de que la reunión para deliberar es secreta, y se le explica qué es el principio de presunción de inocencia, y que para declarar culpable a una persona se debe probar la existencia del hecho y su autoría más allá de toda duda razonable. Se le informa que la acusación es quien tiene la carga de demostrar la culpabilidad del acusado. Se le explica el alcance constitucional de la negativa a declarar del acusado y que solamente podrán considerar la prueba producida en el juicio. Se le aclara sobre el derecho sustantivo aplicable al caso, el delito principal y los delitos menores incluidos en él, las causas de justificación y análogas, si fueron objeto de debate y las cuestiones atinentes

a la valoración de la prueba. Su tarea es analizar los hechos y decidir en una votación secreta (artículos 200/202 del Código Procesal Penal de Río Negro).

En el primer juicio por jurados penal llevado adelante, el juez profesional Marcos Burgos les dijo a los jueces ciudadanos: “Cuando entren a la sala del jurado para comenzar sus deliberaciones, es muy importante que ninguno de ustedes empiece diciéndole al conjunto que ya tiene una decisión tomada y que no la modificará, a pesar de lo que puedan decir los demás”.<sup>46</sup>

¿Por qué se presupone que los abogados tenemos amplia capacidad deliberativa? ¿El resto del universo no lo tiene, cuando, quizás, una ciudadana/o tengas más práctica que nosotros sobre esa metodología? ¿Por qué motivo no está reglado el procedimiento de la deliberación a los jueces técnicos, cuando, en cambio, a los jueces populares les damos instrucciones que podríamos recibir nosotros mismos como una guía o protocolo a observar?

### **10.3. Las juezas y jueces de foros no penal**

Respecto a los otros fueros, por ejemplo, en el proceso civil, en su “acuerdo” se indica que este se realiza con la presencia de todos los miembros del tribunal y del secretario, allí se produce una votación donde el fallo podrá emitirse con el voto coincidente de los dos primeros, siendo en este caso potestativo para el tercero emitir su voto, cada magistrado debe fundar su voto o adherirá al de otro. Por lo tanto, esa la sentencia se dicta por mayoría.<sup>47</sup>

En el proceso laboral, cuando concluye la audiencia de “vista de causa”, el Tribunal dicta sentencia en el mismo acto o dentro de los quince días subsiguientes, los jueces deben celebrar un acuerdo con la comparencia personal de los votantes y previa discusión de la temática del fallo a dictar.<sup>48</sup>

Los procesos administrativo, de familia y electoral, en sus códigos remiten a las disposiciones del proceso civil y comercial.

<sup>46</sup> El caso se desarrolló los días 2 al 5 de marzo de 2020.

<sup>47</sup> *Código Procesal Civil Y Comercial de Río Negro*, Ley P. N° 4142, artículo 271.

<sup>48</sup> Ley P. N° 1504, *Procedimiento Laboral de la provincia de Río Negro*, artículo 53.

¿El vocablo “acuerdo” puede ser utilizado en modo similar al de “deliberación”?<sup>49</sup>

## 11. CONCLUSIONES

Hasta ahora hemos visto que no contamos con un protocolo para la práctica deliberativa (tanto para su organización, como para su estímulo); y tampoco existe una regla clara para la conformación de una unanimidad o mayoría. Nuestros códigos procesales no desarrollan cómo debería transcurrir la deliberación para juezas y jueces en todos los procedimientos judiciales para la toma de la más importante decisión: una sentencia jurisdiccional.

Esta conclusión principal nos lleva a otra: a los miembros de un jurado popular les exigimos más que a los jueces al momento de su deliberación. Es decir, se es más exigente en indicarle a los jurados el deber de deliberar, que establecerlo con mayor claridad y necesidad en su ejercicio a las juezas y jueces profesionales.

La toma de decisiones tiene un previo continente deliberativo, como requisito anterior, que debería ser establecido bajo reglas para una práctica diseñada, a fin de promover una cultura de la deliberación. Un análisis del conflicto merece que se identifique el derecho a razonarlo jurídicamente y tomar la decisión judicial.

Se advierte también que no contamos con estudios que analicen los aspectos de nuestros documentos finales.

De la encuesta realizada, advertimos que la deliberación comienza en el juicio y transcurre luego no solo en forma presencial, sino también por otros medios de comunicación. Por lo tanto, ¿por qué no permitir este diseño actual, que se ajusta más a la realidad en el texto procesal, y generalizarlo en todos los códigos procesales (donde regula una situación que va más allá de las cuatro paredes de una sala de deliberación)? También se puede establecer de modo obligatorio que las decisiones del tribunal unipersonal tendrán un mínimo espacial temporal para su declaración de veredicto, como incentivo a la reflexión de la decisión que deba tomarse

<sup>49</sup> Mi opinión es que la terminología se ajusta el proceso escritural del proceso, el acuerdo se refiere al expediente como metodología del trámite del papel.



luego de concluido el debate del juicio (la norma procesal actual indica un plazo máximo).

Es una tarea de la Legislatura, así como también de los tribunales, procurar establecer los marcos institucionales y legales que promuevan la toma de decisiones colegiada con una deliberación colaborativa.

En coincidencia con Sarrabayrouse, las reglas de la deliberación buscan alcanzar el consenso y tienen un valor moral y político, porque sus decisiones se sostienen en razones.

El ejercicio de estas virtudes facilita el entorno, mediante el respeto a la opinión minoritaria. También tienen una función correctora: tratan de evitar las distorsiones deliberativas, que conducen a decisiones peores que las individuales (...). Estas virtudes deliberativas, también son útiles para atenuar los errores individuales: en tanto permiten advertir y corregir los sesgos que necesariamente carga cada individuo. Además, la epistemología de la virtud tiene una fuerte implicación para las políticas públicas, y debería integrar una teoría institucional que propicie la deliberación virtuosa. En definitiva, las reglas de decisión por mayoría favorecen las virtudes de la deliberación, fomentan el respeto interno y permiten expresar opiniones diversas.<sup>50</sup>

Bajo este análisis, el voto dirimente debe dejar de existir<sup>51</sup>, porque se vincula a una polarización entre dos posturas, que evita la real deliberación y genera una falta de racionalidad en la decisión jurisdiccional, se asemeja más a posturas dogmáticas y no a una verdadera deliberación colaborativa.<sup>52</sup> La finalidad de la deliberación es tener una decisión por mayoría

<sup>50</sup> Sarrabayrouse, E. (2019), "La deliberación de los jueces y sus formas de votar tras el juicio oral y público en el CPPN ley 27063. Problemas generales y particulares" en González Portillo y Martínez (dir.), *Juicio oral*, Tomo 2, Colección Proceso Penal Adversarial, Buenos Aires: Editores del Sur, pág. 201.

<sup>51</sup> En el desarrollo del punto 4, en la página 7, figura la fórmula poco gentil hacia la deliberación, porque cuando el primer y segundo voto establecen un antagonismo en su solución, el tercer voto se convierte en árbitro de la decisión, sin poder generar el diálogo colaborativo que este documento propició.

<sup>52</sup> La deliberación es el marco para el convencimiento racional, no para la persuasión emocional, entonces Pérez Zafrilla, siguiendo a los teóricos Landemore y Mercier señala que, gracias al desarrollo de sendos procesos cognitivos de argumentación y evaluación que componen el razonamiento y que tendrían un origen evolutivo, en la deliberación es

adoptada sobre la base de del resultado. Ello implica una nueva forma de redactar la sentencia, de un modo más sencillo, y basada en un esfuerzo compartido por todos los jueces. Hacia allí debemos dirigirnos.

Otro aspecto de la deliberación en concreto es que ni el Código Procesal ni la Ley Orgánica del Poder Judicial establecen la modalidad sobre cómo deliberan los integrantes del Tribunal de Impugnación, cuando nuestra labor es realizar un control a la sentencia del juicio.

Se advierte que en el resto de nuestro ordenamiento procesal provincial, la deliberación no forma parte en la toma de decisiones, al contrario, importa más la suma matemática del conteo de voluntades que alcanzar una decisión argumentada en consensos; lo que se ajusta más a un modelo *seratiam*.

Para culminar, es preciso que la Escuela Judicial asuma la tarea de capacitar a quienes asumen nuevas funciones y nuevas prácticas.<sup>53</sup> La Organización Internacional de Formación Judicial indica que todos los miembros del poder judicial deberían recibir formación antes o al recibir su nombramiento, y deberían también recibir capacitación regular a lo largo de sus carreras. En esa dirección, la formación judicial es esencial para garantizar los altos estándares de competencia y desempeño, y para preservar la independencia judicial, el poder judicial y las instituciones judiciales de capacitación deben ser responsables del diseño, contenido y distribución de la formación judicial.<sup>54</sup>

posible el acuerdo racional. V. Pérez Zafrilla, P. (2017), "Por qué fracasa la deliberación y cómo podemos remediarlo. Una alternativa ética al enfoque neurocientífico", en *Revista Internacional de Filosofía*, nº 70, 2017, pp. 131-146, recuperado de <http://dx.doi.org/10.6018/daimon/228381>

<sup>53</sup> Por ejemplo, una modalidad de estructura de sentencia (si había o no que indicar los hechos, con que precisión señalar los fundamentos de los recursos que se hacen en forma oral), cómo podemos interrogar a las partes cuando no comprendemos a que apunta su presentación o una aclaración y otras muchas cuestiones. Pero concretamente nunca se indicó sobre cómo deliberar.

<sup>54</sup> V. <http://www.iojt.org>

## 12. COLOFÓN, UNA PROPUESTA

Entiendo que este trabajo no puede concluir con el diagnóstico desarrollado, sin dar una propuesta, es decir, por qué no tener una guía para las deliberaciones de los jueces técnicos.

Siendo la sentencia un acto público por el cual ejercemos el poder del Estado que se decide en nombre de la ciudadanía, el modo deliberativo debe ser obligatorio como carga democrática. Así, la decisión jurisdiccional emerge de un espacio deliberativo en donde se pone de manifiesto el nivel de comunicación de quienes integran el tribunal. Esto es, una práctica procesal en donde nos escuchemos para reflexionar y no para contestar; en la cual entendamos qué nos dicen los otros interlocutores, ya que un tribunal de juezas y jueces profesionales deliberan colaborativamente en la búsqueda de un acuerdo en razones comunes.

Un protocolo bien podría contener unas primeras reglas prácticas para la deliberación interna.

Primero, determinar la agenda de la deliberación, qué puntos precisos son los que se toman en cuenta. Esto es, qué se va a decir en función de la información que se dispone, debe estar lo más posiblemente clara su indicación, las partes deben y tienen el derecho a saber de qué información dispusimos en nuestra deliberación, y podrán apreciar los argumentos a favor y en contra. Estas son las bases en las que se sustenta la sentencia deliberada.

Otro aspecto a considerar son las condiciones de participación: que refleje la igualdad de oportunidades de participación como así también la simetría (se evitan un sesgo de sexo o de autoridad –integrantes con mayor o menor antigüedad en el cargo o del foro que proviene–).

Se trata de garantizarnos la libertad comunicativa de expresar nuestras opiniones y rebatir con argumentos las opiniones de otros, con el fin de reinterpretar las cuestiones discutidas. Nuestra obligación es prestarnos a debatir, ser sinceros con las posturas que asumimos, estar abiertos a la crítica, porque se tiene por establecido que el cuestionamiento es constructivo para enriquecer la discusión, dado que la finalidad no es otra que tomar la mejor decisión que cuente con las razones de su justificación razonada y motivada legalmente.<sup>55</sup>

<sup>55</sup> “En los tribunales colegiados, la deliberación debe tener lugar y la motivación expresarse en términos respetuosos y dentro de los márgenes de la buena fe. El derecho de cada

Es importante que, en los futuros exámenes, evaluaciones y/o entrevistas para quienes pretenden ser jueza/juez, y en los futuros pasos ante el Consejo de la Magistratura, se haya incorporado a sus contenidos un ejercicio teórico/práctico sobre la deliberación.

En cuanto a la práctica que se propone como base del debate cooperativo institucionalizado, el presidente del tribunal es quien debe asumir un rol de coordinador (siendo aún un deliberante más), para velar por un debate productivo, con la finalidad de alcanzar la mejor decisión en el caso, del siguiente modo:

- Las decisiones se adoptarán por mayoría absoluta, previa deliberación de sus miembros (principio de colaboración).
- La deliberación debe ser cooperativa. En caso que exista un voto por mayoría y otro por minoría se expresará los puntos/temas tratados en la deliberación (principio dialógico).
- Existiendo unanimidad, los jueces cuyas posturas sean coincidentes podrán exponer de manera conjunta o mediante un voto rector, y los restantes por adhesión la solución que resultare producto de la deliberación.<sup>56</sup>
- En el caso de que la decisión se adopte por mayoría, se expondrá en primer término la postura mayoritaria mediante voto conjunto; y el voto en minoría se expresará al final del texto, dejando constancia que la exposición de los argumentos se hizo en el orden del sorteo.

No somos voluntades aisladas que forman un Tribunal. La solución del caso requiere al conjunto, al organismo, no a cada juez en forma individual, sino que pasa a ser grupal al surgir de la deliberación. Lo contrario sería

juez a disentir de la opinión mayoritaria debe ejercerse con moderación” (artículo 26 del Código Iberoamericano De Ética Judicial Adoptado el 22 de junio de 2006 por la XIII Cumbre Judicial Iberoamericana, en Santo Domingo, República Dominicana, y modificado el 2 de abril de 2014 en la XVII Reunión Plenaria de la Cumbre Judicial Iberoamericana en Santiago de Chile).

<sup>56</sup> Un proyecto de formula podía ser: “Luego de nuestra deliberación el voto unánime será expresada por el juez/a...” Luego el siguiente voto: “Adhiero al voto de... porque son las conclusiones de nuestra deliberación tomada en forma unánime”.

suponer jueces individuales y que el azar haga concordar esas expresiones para lograr una mayoría en el resultado.<sup>57</sup>

Las reglas de deliberación mejorarían las dificultades actuales que se observan cuando no se termina de comprender cómo se ha formado una mayoría con iguales fundamentos en una sentencia, porque tendríamos un voto unánime del Tribunal o bien, un voto mayoritario claramente conformado (que podría tener las opiniones de sus expositores) y un voto minoritario.

Para concluir, tengo la esperanza que el tema expuesto sea un disparador para el debate de este instituto procesal al cual no le hemos dado su real dimensión.

57 En la deliberación nos comunicamos oralmente, luego la decisión tomada se escribe y si bien o es el punto de este trabajo, es oportuno señalar que una sentencia de fácil lectura consagra un derecho de los justiciables. Una buena deliberación tendrá como consecuencia la redacción de una mejor sentencia, cómo indica Mónica Graiewski, está empezando a asomar en el mundo jurídico, el lenguaje de fácil lectura, porque al ciudadano común le resulta dificultoso comprender los términos en que están redactados los escritos y sentencias judiciales. Ello es así porque el lenguaje que utilizamos jueces y abogados resulta en oportunidades muy intrincado y confuso, y no solamente por la aplicación de la jerga específica de nuestra profesión. La realidad es que a veces, en nuestro afán por escribir con mayor propiedad, terminamos manifestándonos con argumentaciones incomprensibles, inclusive para nosotros mismos. V. Graiewski, M. (2017), "Las sentencias de fácil lectura como un derecho de los justiciables" en *L&T. Law and Trends*, recuperado de <https://www.lawandtrends.com/noticias/justicia/las-sentencias-de-facil-lectura-como-un-derecho-de-los-justiciables-1.html>

Además, en esta obra colectiva, sobre este tema escribe Marcelo Chironi en su texto "Argumentación, comunicación y lenguaje".



---

## Cuatro razones básicas para introducir el cuestionario previo a la audiencia de *voir dire*

**SANTIAGO MÁRQUEZ GAUNA\* Y GEORGINA AMARO\*\***

Cuando pensábamos en elegir el eje de este trabajo no estábamos decididos en si describir anecdotarios sobre audiencias de juicios por jurados, o si escribir sobre cuáles son los desafíos y propuestas para el avance del sistema acusatorio en lo que a juicios por jurados respecta. Desde que se creó la Unidad de Apoyo de Litigación de Juicios por Jurados del Ministerio Público Fiscal de Río Negro<sup>1</sup>, en adelante “UAL”, trabajamos en propuestas que se llevaron a cabo en la preparación de audiencias, lo que las convierte hoy en modestos anecdotarios. Pero por otro lado, siguen siendo un desafío que tiene que ser sostenido a lo largo de cada juicio popular.

En este trabajo nos dedicaremos exclusivamente a un tipo de audiencias en los juicios por jurados: la audiencia de *voir dire* o de (de)selección del jurado. Partimos de la idea de la centralidad e importancia de esta audiencia, la cual, si bien es conocida por la mayoría de quienes se pusieron en contacto con la bibliografía o con la práctica de estos juicios, no puede quedar solo en el plano de las ideas: esta audiencia merece preparación con anticipación, y una clara definición de la teoría del caso para que la parte depure el jurado con una actitud consecuente con aquella.

\* Fiscal Jefe de la ciudad de Cipolletti, 4º Circunscripción, RN.

\*\* Fiscal Adjunta de la ciudad de Viedma, 1º Circunscripción, RN.

<sup>1</sup> Resolución N° 032/21 FG, dictada por el Fiscal General de Río Negro, Dr. Fabricio Brogna.

La adopción del sistema de enjuiciamiento acusatorio adversarial y la implementación del juicio por jurados, impone, entre otros desafíos, litigar de forma estratégica desde el inicio una teoría del caso, mediante una confrontación de elementos de prueba y de argumentos (principio de contradicción).

Por ello es que conviene no descuidar, sino por el contrario, colocar en primer lugar que tanto la defensa como la acusación representan un interés en pugna, ambos son parciales<sup>2</sup>, y deben presentar sus teorías del caso frente a jueces no profesionales, accidentales y no permanentes, que se ocupan de conocer, controlar y valorar elementos de prueba rendidos en juicio, y de decidir la culpabilidad o la no culpabilidad del acusado.

Se suma a este desafío una práctica impensada en los sistemas de enjuiciamiento inquisitivos y mixtos: la posibilidad de los litigantes de influir en la composición del órgano juzgador. Las y los litigantes, más allá de un sistema limitadísimo de recusaciones, nunca se tuvieron que ocupar estratégicamente de la conformación del órgano juzgador.

Esta novedad se complejiza si la (de)selección se desmerece como instancia de litigación estratégica y adversarial. Por ejemplo, cuando se sostiene que intentar conseguir un panel de jurado/as favorables al caso no es ético, o que los casos bien trabajados y consolidados se ganan independientemente de la integración del jurado, relativizando la etapa de (de)selección. Estas últimas posiciones, además, ignoran las investigaciones que afirman que todas las personas poseemos sesgos cognitivos sobre ciertos asuntos.

Como lo anticipamos, lo expuesto puede redundar en minimizar este acto que es de una enorme importancia en la litigación estratégica adversarial.

Como punto de partida, cuanto más claridad tenga la parte de su teoría del caso, con mayor destreza podrá diseñar su estrategia para depurar el jurado que no desea que juzgue su caso. Con una teoría del caso clara, la segunda tarea será decidir quiénes no queremos que integren el jurado. El desafío es preparar esta audiencia comprendiendo que el juicio por jurados comienza con la preparación de la audiencia de *voir dire*.

2 El Ministerio Público Fiscal tiene a su cargo el deber de objetividad, no de imparcialidad, porque precisamente representa intereses de parte.



Desde UAL propusimos la incorporación de un modelo de cuestionario en audiencia y litigado por las partes, que se introduce después de que la Oficina Judicial nos remite el listado del potencial jurado y antes de la audiencia de *voir dire*.

Seguidamente, expondremos la necesidad y las cuatro (4) razones básicas para incorporar un cuestionario como antesala a la audiencia de *voir dire*.

## 1. NECESIDAD

El Ministerio Público Fiscal, la acusación particular y la Defensa Pública o particular, deben contar con información de calidad para ser estratégicos en la litigación de juicios por jurados. Esta necesidad no surge en medio de las audiencias de juicio, sino que es anterior.

La audiencia de *voir dire* es una audiencia (de)selección de jurados, o dicho de otra forma: es la oportunidad que tienen las partes para (de) seleccionar a las personas que no quieren que integren el jurado. El jurado tiene a su cargo el deber de imparcialidad, que es a su vez una garantía tanto para el imputado/a como para la víctima, pero son la/as litigantes quienes se deben ocupar de averiguar si son o no parciales.

Si existe una razón concreta que afecte la garantía de imparcialidad, las partes tendrán que utilizar las herramientas de recusación con o sin causa. Para ello, es esencial contar con información sobre lo/as potenciales jurado/as.

El punto detectado por la UAL es que las partes pueden llegar “con la hoja blanco” a la audiencia de *voir dire*. Muchas veces –pese a que se intente rastrear datos del potencial jurado/a– la información no está disponible o no es certera.

Las declaraciones juradas enviadas desde la Oficina Judicial a los/as ciudadanos/as sorteados no resulta como un insumo suficiente. Lógicamente, aquella tiene otra misión y propósito: conocer si la lista inicial de jurados/as sorteados por la Justicia Electoral de la Provincia (art.36, inc.1, CPP) poseen los requisitos e impedimentos legales que permitan automáticamente ser descartados (arts.34, 35 y 36 inc. 2<sup>º</sup>, CPP).

3 La norma procesal establece “[e]l Poder Judicial verificará que los ciudadanos cumplan los requisitos previstos legalmente. La depuración de la lista la efectuará la oficina judicial

En efecto, analizamos los datos que se desprenden de las contestaciones de las declaraciones juradas<sup>4</sup>, enviados por las Oficinas Judiciales de distintas circunscripciones de Río Negro. Luego intentamos utilizar aquella escasa información para establecer búsquedas en redes sociales y fuentes abiertas. En ocasiones no fue posible establecer si la persona hallada en sitios de Internet se correspondía con el potencial jurado/a; el jurado/a no tenía redes sociales o se hallaban las redes sociales del potencial jurado/a, pero eran privadas.

Frente a esto, asumiendo que el perfil del potencial jurado/a se analiza en función de las teorías del caso de las partes, y que para analizar tal pretencioso concepto es importante conocer sus opiniones o modos de ver un conflicto, surgió la necesidad de obtener mayor y mejor información para llegar a la instancia de audiencia, y se diseñó un cuestionario para que todas las partes puedan obtener información de los potenciales jurado/as y litigar en igualdad de condiciones.

## 2. LAS CUATRO RAZONES BÁSICAS

### 2.1. La información para una depuración con estrategia

Sin información previa es imposible la tarea de depuración con estrategia. Suele argumentarse que la información puede y debe ser relevada por las partes en la propia audiencia de *voir dire*, ya que de esa manera se asegura la igualdad de oportunidades. Esto es comprobadamente falso.

La primera razón para la utilización del cuestionario previo a la audiencia radica en que se trata de una herramienta que permite, a todas las partes, definir con mayor precisión su estrategia de cara a la misma, y mejorar el control sobre la conformación del jurado como garantía constitucional.

de la circunscripción respectiva y se hará a través de declaraciones juradas que requerirá a los ciudadanos sorteados por vía postal enviada al domicilio indicado en el padrón electoral y con franqueo de devolución pago. El Superior Tribunal de Justicia determinará el tenor de la nota explicativa, el significado de las tareas encomendadas, el cometido que le asigna la ley en razón de su carácter de carga pública y todo otro dato que estime de interés. Finalizado este procedimiento, se confeccionarán los listados definitivos" (art. 36, inc. 2, CPP). Luego el STJ dictó la Acordada nro. 16/2018.

4 También conocidas como "formularios".

La participación de acusadores y defensores en la construcción del cuestionario permite también que se enriquezca la herramienta con diversas miradas, y ayuda a que todas las partes puedan obtener la información que creen necesitar para el proceso de (de)selección de una forma técnica, segura y controlada por un/a juez/a profesional.

El objetivo de depurar los jurado/as sorteados de manera de establecer un jurado imparcial es compartid<sup>5</sup>, sin perjuicio de que cada parte tendrá a su cargo las recusaciones conforme su teoría del caso, y sin por ello imposibilitar la instancia de interrogatorios conforme las reglas de examen y contraexamen.

## **2.2. La información de calidad**

Las partes no deben contar con cualquier información, sino con información de calidad. Obtener información sobre el potencial jurado, pero sin tomar contacto con el mismo, requiere en bases de datos abiertas y redes sociales.

La información obtenida de este modo trae problemas técnicos y prácticos que se vinculan. El problema técnico es que no es información brindada en el marco de un proceso legal, con las advertencias que deben hacerse por ley al jurado (como por ejemplo, el juramento de decir verdad). El problema práctico es que la información puede estar desactualizada o que no sea del potencial jurado/a sino de un homónimo –y se extraigan conclusiones de otra persona–. Se agrega la incomodidad que podría presentarse si el potencial jurado/a conoce que se obtuvo información buscándolo en redes sociales y que ha sido “investigado”.

En suma, la información obtenida por formatos informales no es de calidad y puede resentir al potencial jurado/a.

5 Además no hay que perder de vista que el CPP RN establece la exigencia de conformación plural del jurado: hombres y mujeres en partes iguales -incluidos los/as suplentes; como mínimo la mitad del jurado debe pertenecer al entorno social y cultural del imputado/a y -en lo posible- que haya personas mayores, adultas y jóvenes (art. 193 inc. 6, CPP RN).

### **2.3.** La brevedad de la audiencia como un beneficio para todas las partes, el jurado y el/la juez/a profesional

La tercera razón, y conectada con las anteriores, es hacer más corta la duración de la audiencia. Generalmente el desarrollo de las preguntas que hace cada parte es lineal y no simultáneo –responden cada uno de los potenciales jurado/as y no todos a la vez, lo que puede demorar un tiempo considerable–. Sumado a ello, en la audiencia se verifica si alguno/a de los citados/as está comprendido/a en los impedimentos para ser jurado (art. 193, inc.1, CPP); se tratan las excusaciones o motivos para excusarse (art.193, inc. 2, CPP) y finalmente las recusaciones con o sin causa (art.193, inc. 3 y 4, CPP).

La idea de que las partes obtengan información previa y procesada previamente posibilita que los planteos sean concretos, garantizando la agilidad en la tarea de depuración.

La conexión entre la razón expuesta con anterioridad y esta es obvia: un potencial jurado/a que esté fatigado o molesto no tendrá la predisposición de brindar información completa. Es decir, obtendremos poca información y sin calidad.

### **2.4.** *La igualdad*

Obtener información de calidad para un mejor litigio en la audiencia es un objetivo que comparten todas las partes. Por lo expuesto, la herramienta persigue coadyuvar al objetivo que tienen en común todos los operadores del sistema, sobre todo y teniendo en cuenta que hay partes con mayor estructura para recabar información.

## **3. EL CASO “ANTECEDENTE” QUE HABILITA LA INCORPORACIÓN**

Las razones que expusimos hasta aquí fueron utilizadas para introducir el cuestionario en diversos procesos donde UAL fue requerida para su intervención en apoyo a los/as Fiscales. Se introdujo la primera vez en el marco del legajo MPF-CA-00219-2020<sup>6</sup>, con acuerdo de las partes y autorización

<sup>6</sup> El MPF, representado por el Fiscal del caso Dr. Martín Augusto Pezzetta; Fiscal Jefe Dr. Santiago Márquez Gauna; la querella representada por el Dr. Marcelo Eduardo Hertzriken

del juez profesional; se suministró a la Oficina Judicial del Poder Judicial (OFIJU)<sup>7</sup> que confeccionó un formulario online (*Google Forms*) y que agilizó en gran medida la recolección de datos de los potenciales jurados.

Luego, en el marco del legajo MPF-RO-01503-2020<sup>8</sup>, fueron expresadas las ventajas de esta propuesta, pero la lógica de construcción estuvo más marcada por una fuerte intervención del juez. La parte querellante y las defensas estuvieron de acuerdo y el juez resolvió habilitar su incorporación evaluando previamente su contenido y acotándolo. Luego de este precedente, se introdujo un cuestionario previo en el marco del legajo MPF-SA-1593-2020<sup>9</sup> que elaboraron las partes, el juez realizó un control y decidió admitirlo.

#### 4. ALGUNOS EJEMPLOS DE LA INFORMACIÓN QUE SE CONSULTA EN LOS CUESTIONARIOS

En el formulario, por citar solo algunos ítems y en honor a brevedad, consultamos:

- la edad; nacionalidad; estado civil actual; ocupación de la pareja o ex pareja;
- conformación familiar: edades, géneros, ocupaciones;

Velasco y el Dr. Joaquín Hertzriken Cattena; la defensa particular asumida por la Dra. María Guadalupe Inaudi y el Dr. Juan Manuel Coto. El juez profesional que decidió la incorporación fue el Dr. Marcelo Alcides Gómez.

- 7 La Oficina Judicial tiene entre sus funciones asistir a lo/as jueces/zas del foro (art. 30, CPP).
- 8 El MPF, representado por el Fiscal Jefe Dr. Nelli; la querella por el Dr. Marcelo Eduardo Hertzriken Velasco y el Dr. Joaquín Hertzriken Cattena; la defensa oficial fue ejercida por el Dr. Eduardo Luis Carrera y la defensa particular por el Dr. Carlos E. Vila. El juez profesional que decidió su incorporación fue el Dr. Sandro Gastón Martín.
- 9 El MPF, representado por el Fiscal Jefe Dr. Juan Pedro Peralta y la Agente Fiscal Dra. Estela Pasarelli y la Dra. Candelaria Molineux; Abogado querellante Dr. Damián Torres y Defensor Particular Dr. Daniel Mayor. Las partes introdujeron el cuestionario -luego de discusiones previas e informales- en la Audiencia de Preparación de juicio. El juez profesional Dr. Marcelo Chironi resolvió su incorporación y su carácter oficial.

- máximo nivel de estudios alcanzado; si estudia o está trabajando y dónde;
- trabajo(s) y nivel educativo de otros adultos en el grupo familiar y cuál es la relación que tiene el potencial jurado/a;
- en qué ciudad en la que vive y hace cuánto vive allí; ciudades en las que vivió y por cuánto tiempo;
- si alguna vez el potencial jurado/a o alguien cercano presenció delito; fue entrevistado/a o interrogado/a por la policía; si ha sido sujeto/a de una orden de restricción o protección; si fue testigo/a de un juicio; si fue acusado/a de un delito; si fue víctima de un delito;
- requerimos que liste todo grupo y/o organización a la que pertenezca o en la que haya participado, incluyendo trabajo voluntario. Esto podría incluir clubes sociales, asociaciones, grupos profesionales, voluntarios, barriales, educativos o políticos;
- si tuvo alguna vez experiencias agradables o desagradables con respecto a las fuerzas policiales y si en caso de que escuchara testimonios de oficiales de la policía le daría a ello mayor credibilidad, menor o la misma cantidad que a otros testigos;
- si cree que el sistema de jurado de este país es un sistema justo;
- si cree que nuestro sistema de justicia penal funciona;
- cuáles son sus principales medios de comunicación consumidos;
- si hay alguna razón por la que crea que podría tener dificultades siendo justo en un caso o alguna razón por la que siente que podría o no ser jurado/a;
- si tiene alguna creencia religiosa o filosófica que pudiera dificultar su tarea como jurado/a;

Puede adaptarse en función del tipo de caso. Por citar algunos ejemplos, si el hecho trata de un homicidio, puede contener otro tipo de consultas, por ejemplo: “¿cuán difícil cree que sería para usted evaluar fotografías gráficas, incluyendo fotos de una persona que ha muerto? En cambio, si se trata de un caso de violencia sexual, le hacemos saber que podrán eventualmente oír testimonios sexuales explícitos, descripciones de violencia o evidencia gráfica en un caso y luego consultamos: “¿si fuera presentada dicha evidencia, sería difícil para usted permanecer imparcial?”.

Por el contrario, en caso de tratarse de un hecho que se habría cometido con armas de fuego, se agrega, por ejemplo, si tiene alguna experiencia

con armas de fuego y si tiene opiniones sobre las armas de fuego (positivas o negativas). Otro ejemplo se da en los casos de violencia de género, en los que se agregó: “¿Ha tenido usted –o alguien que conozca– alguna experiencia vinculada a violencia doméstica/familiar o de género? En caso afirmativo, ¿cómo fue el suceso?, ¿qué relación tiene esa persona con usted?, ¿cuáles fueron las circunstancias?, ¿llamaron a la policía?, ¿cuándo fue esto?”, entre otras preguntas.

Una vez que las partes obtienen las respuestas de los formularios y procesan la información, preparan preguntas para la audiencia de *voir dire*. Por ejemplo, si con la información obtenida del cuestionario conocen que ciertos potenciales jurados/as viven en pareja y el objetivo es de(seleccionar) personas con sesgos machistas (porque entendemos que no podrán juzgar el caso con perspectiva de género), se profundizarán las consultas para averiguar qué piensan del rol de la mujer; cómo creen que es la distribución ideal de tareas con la pareja; si las mujeres y los hombres puede realizar las mismas tareas, entre otras. O bien, si del cuestionario surge que ciertos potenciales responden que no creen en el sistema de justicia, se preguntará a aquellos que contestaron de ese modo si quienes creen que la justicia penal no funciona creen que luego de observar la totalidad de la prueba en un juicio pueden o no determinar si una persona cometió o no un hecho ilícito, por citar algunos ejemplos.

## 5. CONCLUSIONES

Desde UAL entendemos que las partes comparten un objetivo en común y que la herramienta del cuestionario puede ser utilizada para aumentar la calidad de las audiencias. El cuestionario –si bien es genérico– se puede adaptar y ajustar de acuerdo al tipo caso. Naturalmente, no tendría sentido hacer idénticas preguntas en casos diferentes.

Se recoge como experiencia que, de los cuestionarios que pretendieron introducir las partes, se descartaron algunas preguntas tanto por el/la juez/a interviniente o porque la contraparte no estuvo de acuerdo en que forme parte del mismo. Pero aquellas preguntas descartadas del cuestionario inicial, son las que el/la litigante hizo en la instancia de la audiencia propiamente dicha. La idea es, justamente, que las respuestas de los cuestionarios sean la materia prima para, en la audiencia propiamente

dicha, se litigue con mayor información y se hagan preguntas que disten de las vertidas en el cuestionario previo, ya sea por propender a adquirir una información más aguda o porque se estima neurálgica para la teoría del caso de cada parte.

Sostenemos que la instauración del juicio por jurados no se reduce en cambiar la forma de integrar los tribunales de administración de justicia penal, sino que compromete toda una concepción acerca del sistema de enjuiciamiento que prevé la Constitución Nacional y nuestro CPP local.

Sin dudas nos resta un largo camino para incorporar en nuestro quehacer diario estas nuevas lógicas de litigio. A nuestro parecer, se debe intentar incorporar prácticas que posibiliten una litigación virtuosa e impedir que se consoliden, veladamente, otras que responden a viejos sistemas procesales que, agazapadas, pretenden sobrevivir.



---

# La reforma del nuevo CPP y la ejecución de la pena

**GIULIANA A. GRIPPO\* Y MÁXIMO J. BALLVÉ BENGOLEA\*\***

## 1. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente artículo es analizar cuáles fueron los cambios que la sanción del nuevo Código de rito ha introducido en el proceso que rige durante la ejecución de la pena. En esa línea, se analizarán las previsiones introducidas en el Capítulo II, Título VII, que a partir del artículo 257 establece la dinámica procesal que debe configurar la ejecución de la pena en sus diferentes clases.

En este sentido, más allá de que las modificaciones significaron un avance importante en cuanto a la necesidad de otorgarle a esta etapa del proceso un tinte acusatorio, con una mayor participación de las partes (actuación activa de la defensa y del Ministerio Fiscal), y la imparcialidad que debe ocupar el juez de ejecución para garantizar los derechos

\* Abogada por la Universidad Nacional del Comahue, mediadora por la Universidad Nacional Tres de Febrero, diplomada en Juicio por Jurados (USI), abogada independiente, Defensora Penal Adjunta del Ministerio Público de la Provincia de Río Negro.

\*\* Abogado con orientación en derecho penal (UBA), maestrando en derecho penal (UBA), diplomado en Educación Superior (UdeMM), en Responsabilidad Médica y Empresas de Salud (UCES) y en Juicio por Jurados (USI), disertante y autor de varios artículos de derecho penal y procesal penal, ex docente de Derecho Procesal Penal y Seminario Profesional I (UdeMM), Defensor Penal Adjunto del Ministerio Público de la Provincia de Río Negro.

y garantías de las personas condenadas, entendemos que existen razones para concluir que aún queda camino por recorrer para dar solución a cuestiones que fueron surgiendo con el transcurso del tiempo y durante la implementación de la nueva normativa. Son algunas de estas cuestiones las que pretendemos esbozar aquí.

Finalmente, vinculada a la temática de la ejecución de la pena y las últimas modificaciones legislativas que han venido endurecer –en términos generales– sus condiciones, nos interesa llamar la atención acerca del conflicto que se presenta en la unificación de penas, cuando se unifica una pena actual –con un régimen de ejecución de la pena más estricto (v.g. ley 27.375)– con una pena anterior, en la que regía un régimen menos riguroso para el acceso a los beneficios penitenciarios.

Sobre el punto, nos proponemos efectuar no más que un somero análisis de la problemática, las distintas posturas existentes y, a nuestro modo de ver, la forma correcta de su solución a la luz de los principios constitucionales.

## **2. NOVEDADES PROCESALES EN LA ETAPA DE EJECUCIÓN DE LA PENA:**

Dentro del libro V, dedicado al control de las decisiones judiciales, el Capítulo I del Título VII del digesto ritual dedica un espacio exclusivo destinado a regular la ejecución penal. A estos fines, a partir del artículo 257 se establecen las pautas que rigen la ejecución de la pena, en sus diversas especies y modalidades, a partir de tener por cumplido el presupuesto de que ya ha recaído sentencia condenatoria y que esta adquirió firmeza. De ahí su ubicación en el cuerpo codificado, tras la regulación de los diferentes remedios procesales.

Así las cosas, recaída la condena, el legislador provincial dejó en manos de la novedosa Oficina Judicial la realización del cómputo de pena y la determinación de las fechas correspondientes a la mitad de la condena y a la totalidad de los beneficios penitenciarios, previstos en las leyes de ejecución de la pena privativa de la libertad (3008 y 24.660) y el Código Penal, tarea que, en la práctica, efectúa la Unidad de Ejecución de Pena (art. 257).

De esta manera, el legajo de ejecución conformado con las piezas de interés de la causa, incluido el cómputo confeccionado, es remitido por la Oficina Judicial al Juzgado de Ejecución a los efectos de que intervenga durante el cumplimiento de la pena, de conformidad con la competencia establecida en el artículo 28 del CPPRN y 40 de la ley provincial 3008.<sup>1</sup>

Aquí comienza una nueva etapa, la de la ejecución de la pena, que tendrá como propósito que el condenado –ya sea a pena de prisión, efectiva o en suspenso, de multa o inhabilitación– cumpla la sentencia del tribunal.<sup>2</sup>

La ley prevé que también le corresponde a la Oficina Judicial comunicar a la autoridad administrativa responsable del control de la ejecución de las penas, tanto las sentencias de condena como los cómputos (art. 258). Sobre el particular, debe interpretarse que las comunicaciones deberían dirigirse al Servicio Penitenciario, en el caso de las penas privativas de la libertad de efectivo cumplimiento y al Instituto de Asistencia a Presos y Liberados (IAPL) de la respectiva circunscripción judicial, en los casos de penas de prisión que hayan sido dejadas en suspenso (art. 26 CP), para que lleve a cabo el control y seguimiento de las reglas de conducta impuestas (art. 27bis del CP).

Vinculado con esta última alternativa –las penas dejadas en suspenso–, el artículo 262 del Código Procesal establece que el control de las reglas del art. 27bis del CP “se hará a través de una oficina judicial especializada, quien pondrá la información a disposición de las partes, para que puedan hacer peticiones”. Párrafo seguido, se establece que se procederá de igual forma en el control de reglas impuestas en el marco de la suspensión

1 La comunicación e intervención del Juzgado de Ejecución Penal se sigue rigiendo en la actualidad por la acordada 1/12 del STJRN.

2 Si bien durante la etapa preparatoria y el juicio la actividad de las partes y el juez queda registrada en el sistema informático “Choique”, a partir de la etapa de ejecución los juzgados llevan un registro informático de los legajos (legajos digitales) en el sistema “SEON”, donde se cargan la totalidad de las presentaciones de las partes e informes y el juez realiza las providencias y notificaciones. El sistema “Choique” durante la ejecución de la pena queda reservado al uso exclusivo de las partes (Fiscalía y Defensa), a fin de que carguen los datos, informes, cómputos, detalles, asienten observaciones y creen oficios y escritos que consideren necesarios para llevar adelante su actividad. Vinculado con la temática, bien útil sería que en todos los casos, tanto el acta de la sentencia como el cómputo realizado sea cargado al sistema por la Oficina Judicial a fin de posibilitar el acceso a las partes para su consulta, principalmente para control de la defensa, haciendo realidad y eficaz el expediente digital.

de juicio a prueba, y que las cuestiones planteadas serán resueltas por el juez de ejecución o el que sea designado por la Oficina Judicial.

Asimismo, el artículo 260, que estructura el sistema de audiencias orales, propio del acusatorio, para la totalidad de los planteos que se efectúen durante la ejecución de la pena, establece la intervención de la Oficina Judicial, en carácter de intermediaria, para la realización de la totalidad de los trámites que deban realizarse ante el juez de ejecución, incluso para la materialización de medidas de prueba pedidas por las partes o la petición y recepción de informes emitidos por el Servicio Penitenciario.

Pese a ello, se debe tener en cuenta aquí que el 31 de julio de 2017, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro (STJRN) emitió la acordada 18/2017, bajo el argumento de “precisar con claridad las funciones que competen a los Juzgados de Ejecución y a las Oficinas Judiciales en la etapa de ejecución de la pena (...) que faciliten el funcionamiento integral del nuevo sistema”, haciendo uso de la prerrogativa que le otorga el artículo 43, inciso j) de la Ley Orgánica del Poder Judicial (ley 5190).

Así las cosas, y a los efectos apuntados en el párrafo anterior, el Máximo Tribunal provincial decidió que los Juzgados de Ejecución deben realizar la totalidad de los trámites previstos en los artículos 258, 260, 261 y 263 de la norma procesal (art. 2, inc. a).

Como consecuencia de ello, se destaca que, en primer lugar, las comunicaciones a las que alude el artículo 258 ya no quedan en cabeza de la Oficina Judicial, sino del juez de ejecución, quien, como se dijo, es el responsable del control de la ejecución de la pena y de que se respeten las garantías y derechos del condenado durante su cumplimiento.

Sin perjuicio de hacer notar previamente lo irregular que resulta la circunstancia de dejar sin efecto una disposición legal mediante una acordada del STJ, entendemos que desde una óptica práctica parece adecuado el decisorio, ya que en definitiva es el magistrado quien va a intervenir desde el inicio hasta el vencimiento de la pena, y quien debe determinar, en concreto, los aspectos y detalles a tener en cuenta, tanto por el condenado como por las autoridades de control (Servicio Penitenciario, IAPL, etc.), para que se pueda dar cumplimiento a la sentencia de la manera más adecuada. Ello, además, en concordancia con lo que establece el

segundo párrafo del artículo 27bis del CP<sup>3</sup> y las leyes de ejecución de la pena privativa de la libertad.

Se suma a ello que, tal como puso de manifiesto el STJ en la aludida acordada, los jueces de ejecución no conforman el foro de jueces, más allá del apoyo que puedan llegar a recibir de la Oficina Judicial llegado el caso, por lo que la intermediación de este último organismo para la realización de los trámites previstos en el artículo 260 del CPP resulta palmariamente innecesaria, dado que siempre es el mismo juez el que interviene en la totalidad de los legajos de ejecución, como titular de una judicatura ya estructurada, con un plantel de funcionarios y empleados fijo, que necesariamente deben existir para coadyuvar en el seguimiento de los expedientes y los trámites que le son propios en el día a día.

Resulta clara, entonces, la diferencia que marca la necesidad de la intervención de la Oficina Judicial en un sistema de jueces colegiados, y no cuando rige el sistema de juzgados, propio de la ejecución penal en la provincia.

En esta línea es que en el inciso f del artículo 2 de la aludida acordada se establece que los pedidos y recepción de informes del Servicio Penitenciario deben ser efectuados directamente por el Juzgado de ejecución.

Ahora bien, el STJ también asignó al Juzgado de Ejecución el control de las reglas de conducta impuestas en el marco de una condena de ejecución condicional (art. 26 y 27bis), quitándole esa función a la oficina judicial especializada que designa el artículo 262 del CPP, y que debía regirse en modo similar a los casos en que se suspende el proceso a prueba (art. 2, inc. b, de la acordada 18/2017).

Si bien, como dijimos, compartimos el temperamento del STJ en relación a la intervención de la Oficina Judicial, disentimos con lo decidido en este caso, ya que no solo no se está cumpliendo, inexplicablemente, con lo dispuesto por la norma procesal sino que, además, se sobrecarga

3 Sobre el particular, se debe resaltar que si bien el juez de ejecución puede modificar las reglas de conducta impuestas por el juez de juicio, ello es siempre por petición del Fiscal y para posibilitar su cumplimiento en la realidad concreta que transita el condenado o las instituciones de control, pero no para imponer nuevas reglas u obligaciones más pesadas, que implican agravar la condena. En este sentido: CSJN, “Germano Karina Dana s/ causa n° 12.792”. Fallos 335:38, del 14 de febrero de 2012 y CNCCC, Sala I, voto del Dr. Bruzzzone. Reg. 837/18.

de trabajo al juzgado, al Ministerio Fiscal y a la Defensa en la etapa de ejecución.

No puede pasarse por alto que la acordada nada dice acerca de las motivaciones que llevan a sustraer a la Oficina Judicial del control de estas reglas cuando, por otro lado, en la realidad sí mantiene la tarea en los casos de suspensión de juicio a prueba, tal como lo dispone el quinto párrafo del artículo 98 del digesto ritual. Además, allí se establece que esta oficina tendrá a su cargo todo lo relativo al cumplimiento de medidas sustitutivas a la prisión, lo cual involucra, claramente, a las penas de prisión de ejecución condicional.

A nuestro modo de ver, el sistema creado por la ley es más que conveniente ya que, análogamente a lo que ocurre en los casos de *probation*, el control de las reglas de conducta dispuestas por un juez bien puede ser controlada por la Oficina Judicial Especializada, ya que se trata de una función más bien administrativa, junto con la permanente intervención del IAPL, y que solo en caso de presentar novedades se dé intervención al Ministerio Público Fiscal y a la Defensa para que, de ser necesario, efectúen sus planteos ante el juez de ejecución.

Este no solo fue el deseo del legislador, sino que es plenamente eficaz y, al mismo tiempo, permite que los Ministerios Públicos y el Juez de ejecución se aboquen, sobre todo, a los legajos de ejecución de penas privativas de la libertad de efectivo cumplimiento, que demandan un control más minucioso y urgente, por la vulnerabilidad que le es propia a los privados de la libertad, y requieren mayor dedicación y preparación en virtud de los derechos que se hallan afectados. Un claro ejemplo de ello lo encontramos en la problemática que emerge en los casos de unificación de penas cuando la primera de ellas recayó durante un régimen de ejecución de pena privativa de la libertad más benigno que la segunda, tema que abordaremos seguidamente.

Para finalizar, solo resta agregar que en materia recursiva el CPP fijó dos sistemas: tratándose de decisiones del juez de ejecución que concedan o rechacen los beneficios penitenciarios (salidas transitorias, libertad condicional y libertad asistida), la revisión será tratada por tres jueces que, en la práctica, son jueces de juicio (art. 264). En el resto de los casos, tratándose de otras decisiones que causen agravio, en la impugnación

intervendrá un solo juez de juicio, de acuerdo a lo normado en los artículos 222, 228, 233, 235, inc. 4, 236 y 240 del CPP.<sup>4</sup>

### 3. UNIFICACIÓN DE PENAS: ENTRE LA LEY 24.660 Y LA 27.375

La disyuntiva con la que convivimos a diario versa sobre cuál es la norma aplicable al caso concreto en una unificación de penas, a partir de la entrada en vigencia de la ley 27.375 (B.O del 28 de julio de 2017), que introduce cambios en la ley 24.660, ley que regula la ejecución de la pena privativa de la libertad.

El problema concreto tiene que ver con la existencia de un primer hecho por el cual recayó una sentencia condenatoria firme, y con posterioridad la misma persona es imputada por la comisión de un nuevo segundo hecho por el que es condenada en el plazo de vigencia de la sentencia anterior, con lo cual correspondería unificar las penas.

Uno de los temas más complejos en el caso de unificación de penas, es elucidar cuál es la normativa aplicable al caso, ya que, a partir de la entrada en vigencia de la ley 27.375, no correspondería la aplicación del régimen establecido por la misma, toda vez que esta es más gravosa que el régimen establecido en la ley 24.660 en su redacción anterior, prevaleciendo esta última por ser más benigna y haber comenzado a regir y regular algún instituto determinado, con anterioridad a su modificación.

Es claro que las reglas aplicables deben ser claras, precisas y han de ser comunicadas en forma previa a su aplicación. Su cambio no puede afectar a los actos ya cumplidos y a las consecuencias que deriven de los mismos. Si las nuevas reglas tienden a restringir con pautas más gravosas el acceso paulatino a la libertad, deberá estarse indefectiblemente a las reglas anteriores, máxime si tenemos en cuenta que, si bien ambos regímenes tienen previstas distintas exigencias para acceder a distintos institutos, la ley 24.660 contiene un régimen de progresividad más beneficioso para que puedan regresar en forma secuencial y paulatina al medio libre.

4 El tema recursivo también es tratado por la acordada 18/2017, que en su art. 3 dispone que deben efectuarse ante el Juzgado de Ejecución, señalar si se trata de revisión o impugnación, la decisión del agravio y solicitar que se comunique a la Oficina Judicial para que fije la audiencia.

Dicha ley va preparando al condenado hacia su egreso a través de la concesión gradual de ciertos institutos morigeradores de su encierro, basado en sus avances. Con lo cual, hay que estar indefectiblemente a la interpretación más favorable de la libertad y al proceso de reinserción social, principio rector de todo el sistema penal.

Debería primar, en el caso de unificación de penas, aquel régimen que favorezca un acceso más fácil a esas posibles morigeraciones graduales del encierro, puesto que se orientan al afianzamiento del fin primordial de la pena que se ha reconocido constitucionalmente.

Tanto el artículo 103 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como el artículo 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (convenciones internacionales que forman parte de nuestro bloque de constitucionalidad por así disponerlo el art 75 inc. 22 de la CN), le imponen la obligación al Estado de proporcionar al penado las condiciones necesarias para un desarrollo personal que resulte adecuado y favorezca su integración a la vida social, todo ello debiendo realizar una interpretación sistemática e integradora de todas las normas legales y constitucionales vigentes aplicables al caso particular. Dichos principios fueron también recepcionados por el artículo 1 de la ley 24.660.

Es decir, teniendo dos leyes aplicables a distintos hechos comprendidos en una unificación de pena, si el régimen de ejecución de la pena aplicable al primer hecho que motivó la primera condena es más benigno que la del segundo, debe aplicarse, en nuestro caso y a nuestro fundado criterio, la ley de ejecución de la pena sin las modificaciones introducidas por la ley 27.375, ya que de no ser así, no solo se estaría desatendiendo la naturaleza abarcadora de la unificación de penas, sino que, además, la pena del primer hecho se regiría por una ley posterior, la cual resulta aún más grave.

Estos principios (legalidad, irretroactividad y ley penal más benigna) cuentan con jerarquía constitucional y los encontramos en el artículo 18 de la CN, 9 de la CADH y 15.1 del PIDCyP.

Jurisprudencialmente, tenemos distintos fallos que siguen este criterio:

Por un lado, el Tribunal cimero del país dejó más que clara su postura en cuanto a la aplicabilidad universal –salvo limitadas excepciones vinculadas con las normas de carácter de emergencia o temporario– de la ley



penal más benigna, a partir del precedente “Cristalux”,<sup>5</sup> en el que la ahora mayoría se remitió a la disidencia de “Ayerza” (Fallos 321:824) asegurando, entre otras cosas, que:

(n)o es posible pretender que una rama del derecho represivo o un determinado objeto de protección estén genéricamente excluidos de la esfera de aplicación del principio (...) ya que de otro modo, el camino de una interpretación amplia de este último, supuesto en el propósito de “... que el delincuente se beneficie lo más posible de cualesquier modificaciones ulteriores de la legislación” se vería inicialmente sembrado de obstáculos que un examen particular podría revelar arbitrarios. (De la disidencia del Dr. Petracchi en “Ayerza”)

En este mismo sentido, pero en un supuesto aún más vinculado a nuestro caso, la Corte se expidió también en precedente “Granillo Ocampo”.<sup>6</sup> Allí se decidió cuál era la ley aplicable cuando en el transcurso de la comisión de un delito de carácter *permanente* se modificaba la legislación agravando las penas; dado que, claro está, el hecho típico es uno, no es divisible, y las penas aplicables deben regirse solo por una de las leyes en vigor. La mayoría coincidió en que, por más que en el último tramo de la comisión del hecho estuviera vigente una ley más gravosa, esta no era aplicable ya que la primera ley, vigente al inicio del hecho, era la más beneficiosa, y ello se ajustaba al principio de irretroactividad de la ley penal del artículo 18 CN.<sup>7</sup>

Finalmente, cabe mencionar que en el fallo “Bignone” (Fallos 340: 549) la Corte confirmó que “aún si existiese alguna duda respecto de la aplicabilidad del art. 2 del C.P. (...), esta debe resolverse en favor del imputado debido a que en el proceso interpretativo (...) debe acudirse a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos.”

5 CSJN, “Cristalux S.A. s/ ley 24.144”, Fallos: 329:1053, Rta el 11/04/2006.

6 CSJN, “Granillo Ocampo Raúl Enrique Y Otros s/ recurso de queja”, Fallos: 337:37. Rta el 04/02/2014.

7 La CSJN ha decidido en el mismo sentido en múltiples precedentes, como 330:4544, 323:3426, 340:549, entre otros.

A nivel provincial, el STJ se expidió de manera contundente en la causa “Morales”,<sup>8</sup> reafirmando que la situación de los condenados durante la ejecución de la pena privativa de la libertad –incluyendo los beneficios penitenciarios– se rige por la ley vigente al momento del hecho, o de toda otra ley posterior que sea más favorable, y que ello se comprende dentro del principio de ultra actividad, que permite la aplicación de una norma pese a su derogación, si es que resulta más beneficiosa para el reo. También se hizo hincapié en el impedimento de aplicar retroactivamente una ley que no reúna esas condiciones.

Siguiendo este derrotero, en el ámbito local, ya en la segunda circunscripción judicial este es el recto criterio que se ha venido cimentando para resolver este tipo de cuestiones.<sup>9</sup> Entre otras, podemos mencionar la causa “Epulef”<sup>10</sup>, en la que existía una unificación de penas y se resolvió que no podían aplicarse las restricciones de la ley nueva del segundo hecho, ya que la reforma de la ley 24.660 era más severa.

Finalizando ya con la jurisprudencia, destacamos y celebramos las decisiones que tomó recientemente la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal en autos “Almarante”<sup>11</sup> y “Morales”,<sup>12</sup> en las que se resolvió la problemática en estudio en el sentido aquí articulado, poniendo de manifiesto que corresponde aplicar la ley 24.660 previo a la reforma “en tanto era la ley vigente al momento de la comisión del primero de los hechos por los cuales recibió reproche penal y que, además, resulta ser la ley penal más benigna para el condenado”. Se dijo también con razón que “no resulta posible aplicar parcialmente dos regímenes distintos de ejecución de la pena, dado que el tratamiento penitenciario no puede escindirse en función de las diversas fechas de los hechos por los cuales resultó condenado.”

8 STJRN, “Morales Antonio Ramón S/ Incidente de Ejecución De Pena”, Sec. Penal. STJ n° 2. SE n° 7, Rta el 15/05/18. En la misma línea, precedentes STJRNS2 Se. 88/6 “incidente”, Se. 181/06 “incidente”, Se. 90/07 “incidente” y Se. 217/15 “Cano”.

9 Causa nro. 2RO-1416-JE2013, “Coria s/ Ejecución de pena”

10 Causa nro. 2RO-2826-JE2020, “Epulef David Antonio S/ Ejecución de pena”

11 CFCP, Sala II, “Almarante...s/ recurso de casación”, Reg. nro. 972/21. Rta. el 16/06/21.

12 CFCP, Sala II, “Morales Lucinda s/ recurso de casación”, Reg. nro. 1806/2021. Rta el 02/11/21.

Ahora bien, todo ello se encuentra palmaria sintonía con el artículo 2 del Código Penal (ley penal más benigna aplicable incluso en el marco de la ejecución de la pena), el cual menciona que no se puede aplicar una ley más gravosa retroactivamente. Este principio de irretroactividad de la ley penal rige como regla en la materia, y reconoce como única excepción la aplicación retroactiva de una ley penal posterior más benigna para el imputado.

Por si fuera poco, la solución que propugnamos encuentra también cobijo a la luz de los principios *pro homine* y *pro libertate*. En efecto, el primero implica que la interpretación jurídica debe buscar el mayor beneficio para el titular del derecho, acudiendo siempre a la norma más amplia o más extensiva, cuando se trate de reconocimiento de derechos. Dicho principio es el criterio general de interpretación que ordena el artículo 29 de la CADH y el artículo 5 del PIDCyP.

En cuanto al segundo, nos sirve de base para ampliar la justificación de la aplicación de la ley penal más benigna en casos como el estudiado, donde está en juego la libertad: dicho principio menciona que se debería estar a la interpretación de las normas legales que favorezcan la libertad de un detenido. Su aplicación busca un preferente ejercicio de los derechos, interpretándose en el sentido que mayor asegure su tutela, es decir, en el sentido de asegurar en el mayor número de supuestos la libertad de la persona ante cualquier tipo de detención, reconocido en el artículo 30 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ambos artículos imponen al estado la obligación de proporcionar al penado las condiciones necesarias para un desarrollo personal que resulte adecuado y favorezca su integración a la vida social al recobrar su libertad, todo esto encontrándose en sintonía con el artículo 1 de la ley 24.660.

Por todos los argumentos esbozados aquí, al menos, se colige que la implementación de las modificaciones introducidas por la ley 27.375 a la ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad en los casos de unificación de penas, violentan lo estatuido por nuestra Constitución Nacional y los tratados internacionales sobre Derechos Humanos, incorporados a ella a partir de la reforma de 1994.

Podemos concluir que los operadores del derecho convivimos a diario con casos donde existen unificación de penas, y teniendo en cuenta todos los principios expuestos, debería prevalecer, por un lado, la aplicación

ultra activa de las anteriores versiones de la ley 24.660 toda vez que en su actual redacción restringe o impide el acceso a varios institutos inherentes a la ejecución penal, y por el otro, la interpretación más favorable a la libertad, a la progresividad de los derechos y al proceso de reinserción social de los condenados.

#### 4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Cesano, J. (Dir.), Comuñez, F. y Monasterolo, N. (Coord) (2020), Ley 24.660, Ejecución de la pena privativa de la libertad. Con las modificaciones de la ley 27.375. Concordancias. Analisis doctrinario y jurisprudencial. Córdoba: Editorial Alveroni.

Comellas, E. (2020), “El conflicto de aplicación entre las Leyes N° 24.660 y N° 27.375 en los supuestos de unificación de penas”, en Peluzzi, M., Monsalve, M. y Bisceglia, V. (Dir), Miradas interdisciplinarias sobre la ejecución penal - 1a ed.- Buenos Aires: IJ Editores. Libro digital, EPUB.

---

## La etapa de ejecución de la pena en el sistema acusatorio

**BLANCA ALDERETE\***

### 1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El presente trabajo tiene por objetivo visibilizar la etapa de ejecución de la pena, tan olvidada en nuestro ordenamiento jurídico, tal vez por ser la última del proceso, pero en definitiva a mi criterio la más importante, ya que es el camino que va a transitar el condenado o la condenada para luego poder reinsertarse en nuestra sociedad como una persona útil y productiva.

Por otra parte, estas líneas tienen por objeto problematizar y reflexionar acerca de los contrapuntos que posee esta etapa con la entrada en vigencia del sistema acusatorio en nuestra provincia, ya que los Juzgados de Ejecución Penal continúan funcionando en varias de las cuestiones que allí tramitan con características del sistema mixto y no de este novel ordenamiento.

Si bien los Juzgados de Ejecución Penal en nuestra provincia fueron creados por Ley Provincial N° 3008 en el año 1996, lo cierto es que comenzaron a funcionar mucho tiempo después. Fue recién a partir del año 2010 que poco a poco fueron asumiendo jurisdicción. Y lo hicieron en

\* Abogada. Diplomada en Derecho Procesal Penal, Universidad Nacional de José C. Paz. Defensora Pública Penal IIIa. Circunscripción Judicial. Poder Judicial de Río Negro.

este orden: primero General Roca, luego San Carlos de Bariloche, siguió Viedma y por último Cipolletti.

Tiempo después, la entrada en vigencia de la Ley Provincial N° 5020 que impone el sistema acusatorio le imprimió una nueva dinámica al proceso penal, y más tarde con la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial 5190, los Juzgados de Instrucción, Correccionales y las Cámaras del Crimen desaparecerían para dar paso a lo que hoy conocemos como el Foro de Jueces Penales.

Ahora bien, ¿qué ocurrió con los Juzgados de Ejecución Penal? ¿Es posible un diseño de esta etapa distinto a cómo funciona hoy? ¿Se puede reformular la figura del Ministerio Público Fiscal? ¿Por qué es necesario que haya Ministerio Fiscal durante esta etapa? ¿Cómo se justifica su intervención? ¿El Ministerio Público Fiscal es el titular de la ejecución de la pena? ¿Cuál es la naturaleza de la actividad del juez o la jueza de Ejecución? ¿Puede ser imparcial? ¿Imparcial frente a qué? ¿Qué perfil debe adoptar? ¿La etapa de ejecución es o no adversarial? Estos, en mi opinión, son algunos de los interrogantes que debemos plantearnos para comenzar a desandar qué puntos o qué situaciones se podrían mejorar en pos intentar ensamblar esta última etapa al resto del proceso.

## 2. RESEÑA

La legislación procesal vigente en nuestra provincia impuso grandes cambios en todos los procesos, pero como ocurrió con muchas reformas en la región, el tema de ejecución de la pena quedó relegado y con unos pocos artículos específicos sobre la materia.

El derecho penitenciario o de ejecución es la rama que estudia la aplicación del castigo penal, pero paradójicamente es una de las ramas más jóvenes del derecho penal. Esta paradoja es notable si se observa que todas las teorías sobre la pena le asignan a esta algún tipo de función, y que más del 60% del personal de cualquier Poder Judicial se dedica a temas penales, pero durante años la ejecución concreta de la pena se consideró una cuestión administrativa, y los detenidos, sujetos sin derechos.

La reforma constitucional del año 1994, y la irrupción de una constante jurisprudencia en materia de derechos humanos, permitió que se crearan magistraturas especializadas en la materia, pero estas no dejan de ser los

parias del proceso, adaptando en general pocos artículos para penas y procesos de ejecución que pueden durar hasta cuarenta años.

Si bien la etapa de ejecución penal se encuentra regulada en el Título VII y consta de ocho artículos, que a la postre deberían funcionar en idéntico sentido, lo cierto es que hay matices. Comenzando a esbozar alguna respuesta, posiblemente sea porque subsisten los Juzgados de Ejecución Penal, que no fueron disueltos tras la reforma, y continúan funcionando como tales, rompiendo así la lógica del sistema en su totalidad.

Surge del art. 62 *in fine* de la Ley Orgánica del Poder Judicial N° 5190 que los titulares de los Juzgados de Ejecución no integrarán el Foro de Jueces y Juezas, y contarán con el apoyo de la Oficina Judicial Circunscriptiva. Sin embargo en la práctica vemos que esto no ocurre, ya que los Juzgados no solo no se disolvieron, sino que cuentan con su propio personal, que son quienes llevan adelante todos los trámites, excepto los jurisdiccionales, y la asistencia de la Oficina Judicial se reduce solo al agendamiento de audiencias de revisión previstas en el art. 264 del CPPRN. Es este organismo quien debe asumir un papel determinante en el proceso ejecutivo, dejando atrás un modelo centrado en un juzgado que impulsaba las causas a un proceso instado por las partes, sea Ministerio Público Fiscal, de la Defensa, abogado de confianza o el propio condenado, siendo cualquiera de ellos quien puede solicitar una audiencia, petición que *debiera* ser dirigida a la Oficina Judicial para que fije fecha y lugar para que se celebre la misma. Así también, en caso de ser necesaria la producción de prueba, la misma será presentada en la audiencia por la parte que la propone, y en caso de reticencia de los organismos que deban producirla, podrá solicitar a la Oficina Judicial que intime a su producción previa a la audiencia.

Por otra parte, el canal de comunicación entre el Servicio Penitenciario y las partes debe ser la Oficina Judicial. Asimismo, es este organismo quien debe controlar el cumplimiento de las reglas de conducta impuestas en las sentencias, poniendo la información a disposición de las partes con el objeto de que puedan peticionar.

Así las cosas, resulta muy positivo que se fije como regla la audiencia oral, pública y contradictoria, ya que permite un adecuado nivel de defensa del condenado que con el sistema mixto estaba muy desvirtuado.

Sin perjuicio de ello, antes de pasar a analizar el procedimiento propiamente dicho, entiendo que resulta necesario considerar en primer término,

el rol del Ministerio Público Fiscal y luego el del Juez o Jueza para posteriormente visualizar sus implicancias prácticas.

### 3. EL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

El proceso de ejecución, a diferencia del proceso penal, invierte la función requirente. El proceso penal se mantiene vivo en la medida que el ministerio fiscal tenga una pretensión persecutoria contra el imputado.

Por el contrario, durante la ejecución, es principalmente el condenado o la condenada quien impulsa el dictado de decisiones, a través de pretensiones dirigidas a lograr una mengua en la rigurosidad o duración del encierro.

El ministerio público parece ostentar una función diferenciada de la que tiene durante la etapa de conocimiento.

En síntesis: ¿por qué es necesario que haya ministerio fiscal durante esta etapa?

La Constitución Nacional no nos da ninguna pauta concreta acerca del rol del ministerio fiscal durante la ejecución penal, y las leyes orgánicas que reglamentaron su funcionamiento tampoco nos dieron demasiadas precisiones. Es decir, no nos instruyen expresamente acerca del carácter de la intervención del Ministerio Fiscal durante la ejecución.

Durante la ejecución, lo que debe ser objeto de decisión son incidentes en los que se debate el control o la modificación cualitativa de las condiciones en que se cumple la pena.

Si se cuenta con una pretensión del condenado o la condenada deducida en aras de un interés propio, y con la opinión del órgano administrativo sobre lo peticionado, ¿por qué razón, entonces, se justifica una tercera opinión?

El ministerio público, como órgano del Estado, debería estar obligado a pronunciarse con base en los objetivos de la ejecución penal que aquel declara como legítimos; es decir, con miras a favorecer la reinserción social del penado o la penada.

*¿Cómo se justifica entonces su intervención?*

La función de conducir y modular la pena durante su ejecución es repartida entre la administración penitenciaria y el poder judicial.



La inclusión del ministerio fiscal en el procedimiento de ejecución, se justifica entonces, centralmente en dos razones: las conclusiones de la administración y la pretensión de la defensa para que no solo exista una apreciación fáctica, sino también una valoración jurídica. El ministerio público fiscal es un órgano integrado por magistrados y magistradas versados en derecho, con la capacidad de acercar al tribunal esa valoración y eventualmente controvertir tanto las opiniones de la administración como así también las pretensiones de la defensa. Además, su actuación en ese cometido debe estar dotada de objetividad.

La intervención de un órgano con capacidad de emitir opinión jurídica permite perfeccionar el único atisbo de imparcialidad que puede exigirse del juez o la jueza de ejecución.

El juez o la jueza de ejecución penal está contaminado/a con el desarrollo de la ejecución de la pena, sobre la base del control judicial permanente que legalmente debe efectuar. El juez o la jueza de ejecución carece de la posibilidad de ser imparcial frente a las decisiones que debe tomar cuando parten de una pretensión del condenado la condenada, pues, normalmente, ya tendrá un juicio formado respecto del desarrollo de la ejecución y de los avances o retrocesos en el proceso de reinserción social. Frente a una pretensión concreta, el Ministerio Público Fiscal tiene la aptitud para controvertir tanto las conclusiones y valoración probatorias como las jurídicas planteadas por el condenado o la condenada. Así se evita que sea el juez o la jueza quien se ubique en una posición que ponga a prueba estas conclusiones, y de este modo puede tener una visión más cercana a la de tercero imparcial frente al cotejo de la prueba pericial y las interpretaciones jurídicas ventiladas.

Este nuevo esquema requiere un enfrentamiento de las partes, expresado en afirmaciones y refutaciones, pruebas y contrapruebas, argumentos y contra-argumentos, todo ello constituye el contradictorio. Asignar esta función a un órgano externo –el ministerio fiscal– permite al juez o a la jueza mantenerse, al menos frente al control de la prueba y las valoraciones jurídicas, en su rol de tercero o tercera imparcial.

Se pone de manifiesto la contradicción existente entre sostener la figura de un juez o jueza de ejecución que actúe de oficio y la creación de un proceso de ejecución con características acusatorias en las que se exige un ministerio público fiscal fuerte con facultades amplias.

El rol del fiscal o la fiscalía debe ser radicalmente distinto al actual, de modo de garantizar una imparcialidad plena del juez o jueza. Esto debería sugerir la reformulación de la figura del juez o jueza de ejecución hacia una orientación hacia un juez o jueza de garantías.

*¿El Ministerio Público es el titular de la ejecución de la pena?*

Teniendo en cuenta el régimen procesal de ejecución de penas en el ámbito nacional, nos parece que, en principio, la respuesta a ese interrogante así planteado es negativa.

El fiscal no es el dueño de la pena, pero tampoco es un órgano cuya opinión tenga características periciales o consultivas. Su posición debe poseer cierto grado de vinculación al tribunal, dirigida a permitir que el condenado o la condenada puedan defenderse, y evitar que el juez o jueza se comprometa de antemano con la hipótesis contraria a su interés, afectando su imparcialidad.

#### 4. EL JUEZ O JUEZA DE EJECUCIÓN PENAL

En varios ordenamientos provinciales se ha creado la figura del “juez de ejecución”, siguiendo el modelo instrumentado en 1924 en Brasil –*juiz de execucao*–, y continuando en Europa por el sistema italiano –*magistrato de sorveglianza*–, que tuvo luego particular influencia en Francia –*juge de l’application des peines*– y España –juez de vigilancia penitenciaria–, entre otros.

En nuestro medio, varios ordenamientos procesales crearon la figura del juez o jueza de ejecución penal como órgano especializado encargado de resolver todas las cuestiones que se susciten durante el cumplimiento de la sanción. Sin embargo, también subsisten sistemas en los que esa función es delegada al tribunal que dictó la sentencia condenatoria.

Los jueces y las juezas de ejecución deberían ser juristas –criminólogos–, pues su intervención no se limita a actuar en la esfera jurídica, y que deben ser especializados e incluso separados del resto en la carrera judicial. La creación de tribunales dedicados en forma exclusiva a la ejecución penal favorecería la selección de jueces y juezas profesionales con formación en otras ramas más allá del derecho –psicología, psiquiatría, sociología, entre otras–, que contribuyan para desempeñarse con mayor eficacia ante el carácter multidisciplinario de la ejecución.

No parece positivo que las tareas de ejecución orientadas a facilitar la reinserción social del condenado o la condenada queden en manos de jueces y juezas comprometidos personalmente con la condena que dictaron.

La creación de órganos especialmente diseñados para resolver las cuestiones que se suscitan durante el cumplimiento de la sentencia condenatoria continúa siendo la mejor opción para alcanzar la meta judicializadora de la ejecución penal.

*¿Cuál es la naturaleza de la actividad del juez o jueza de ejecución penal?*

El juez de ejecución no es un juez o jueza creado para permanecer ajeno al modo en que la administración hace cumplir la sentencia, sino que debe ejecutar, desde su órbita de actuación, la condena en sí misma, sin escindir el control de la actividad de la agencia penitenciaria.

Un sector de la doctrina lo ha caracterizado como un órgano mixto, judicial y administrativo. Sin embargo, se debe determinar criteriosamente cuáles de las funciones del juez o jueza de ejecución son de carácter jurisdiccional y cuáles no.

Por ejemplo, los permisos de traslado por fallecimiento o enfermedad grave de familiares (art. 166 de la Ley 24.660), no son más que simples autorizaciones que guardan íntima relación con una actividad penitenciaria que el juez o jueza homologa, una vez que la misma administración comprobó el supuesto. En este tipo de permisos no parece que el juez o jueza desarrolle función jurisdiccional alguna, sino que su actuación “bien merece la calificación de meramente administrativa”. Lo mismo ocurre con la autorización de retiro anticipado de fondo de reserva, las inspecciones generales a los establecimientos, las diversas autorizaciones a la administración penitenciaria y aquellas actividades de mero conocimiento.

Por el contrario, todas aquellas decisiones con consecuencias directas en la sanción penal o en su aspecto cualitativo, sin dudas, se encuentran incluidas dentro de las facultades jurisdiccionales del órgano de ejecución, independientemente de que en principio la decisión haya sido adoptada por la administración. El avance y retroceso de los internos por los distintos períodos de atenuación de las condiciones de encierro, la concesión de salidas transitorias, semilibertad, prisión domiciliaria, libertad asistida y libertad condicional, la sustitución de la pena por trabajos comunitarios, en tanto resultan ser cuestiones que afectan a la pena o a sus condiciones

cualitativas, no pueden ser otra cosa que objeto de una decisión de carácter jurisdiccional.

El hecho de que exista una delimitación de la función administrativa y judicial del juez o jueza de ejecución no ha impedido que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se haya pronunciado en favor de mantener la vigencia de todas las garantías penales y procesales en aquellos casos en los que se encuentre en juego algún derecho de las personas privadas de su libertad; ello de manera independiente de la naturaleza de los actos que afecten aquellos derechos.

El análisis del conjunto de facultades de los jueces y juezas de ejecución muestra que parte importante de su actividad es netamente administrativa. El resto de sus funciones es de naturaleza estrictamente jurisdiccional, ya sea que resulte de su competencia directa y exclusiva –libertad condicional, salidas transitorias, libertad asistida, etc.–, o bien que actúe como órgano de control de la actividad de la administración –avance y retroceso de períodos o fases, sanciones disciplinarias, calificaciones, etc.–. Sin embargo, en ambos casos se exige que la toma de decisión se desarrolle en el marco de un procedimiento respetuoso de las garantías del proceso penal.

*¿Puede el juez de ejecución penal ser un juez imparcial? ¿Imparcial frente a qué?*

Se espera que quien deba decidir sobre una pretensión durante el cumplimiento de la pena lo haga despojado de cualquier interés en la solución del caso. Ahora bien, ¿puede serlo realmente, dadas las características y funciones que presenta nuestro sistema?

Se trata de un juez o jueza que tiene por imperativo legal la función de “controlar permanentemente la forma en que se desarrolla el cumplimiento de la pena”. En la medida de que este control es, según la ley, “permanente”, se concluye que debe ser oficioso. Incluso algunas normas obligan al juez o jueza a realizar esta supervisión sin impulso de ninguna parte.

Debe ser un juez o jueza activo, que además de resolver las cuestiones que se susciten durante la ejecución de la pena, posee la obligación de “controlar que se respeten todas las garantías constitucionales y tratados internacionales ratificados por la República Argentina, en el trato otorgado a los condenados, condenadas, presos, presas y personas sometidas a medidas de seguridad”.

Advertimos que el juez o jueza de ejecución diseñado por nuestra organización judicial es un juez o jueza absolutamente inquisitivo, titular de iniciativas, que tiene la obligación de controlar de oficio permanentemente la ejecución de la pena de los internos o internas a su cargo, y al que la ley le asigna la decisión de múltiples cuestiones durante la supervisión del cumplimiento de la sanción penal. Es difícil, dadas estas cualidades, sostener que, al menos tal cual está diseñada su actuación, el juez o jueza de ejecución no represente o no posea interés alguno durante la ejecución penal.

Incluso soslayando esta intervención obligatoria y oficiosa, si solouviésemos en cuenta aquellas cuestiones que resuelve con motivo de pretensiones efectuadas por las partes, advertimos que cuando, por ejemplo, el juez o jueza debe resolver sobre la procedencia de una libertad condicional, ya tomó intervención en numerosas incidencias anteriores relacionadas con ello. Pudo haber convalidado sanciones disciplinarias, calificaciones de conducta y concepto impuestas por la administración, retrocesos en el régimen progresivo, rechazado o revocado salidas transitorias, entre un sinnúmero de cuestiones que contribuirían a que este o esta tenga ya un juicio acerca del interno o interna que solicita la libertad condicional.

La dinámica de la ejecución de la pena evidencia que la forma de visualizar la garantía de imparcialidad presenta particularidades que parecen sugerir soluciones que no serían admisibles durante el proceso penal.

Si bien deben ser jueces y juezas especializados ajenos a los que dictaron la sentencia condenatoria, ello permite en una medida muy acotada garantizar su imparcialidad. Solo apunta a evitar que no estén contaminados con “los hechos” que motivaron la condena.

Pero sin embargo, la creación de jueces y juezas especializados que “controlen permanentemente” el desarrollo de la ejecución de la pena impide, por definición, que estos resuelvan incidentes despojados de todo juicio previo acerca del interno y su desempeño, en relación con el régimen y tratamiento penitenciario dispensado. Un juez o jueza de ejecución de estas características carece de la posibilidad material de ser imparcial.

Por lo tanto, esta parte del proceso exige un órgano que decida en carácter de tercero ajeno al conflicto. La figura del juez o jueza de ejecución, en la medida que trae consigo la obligación de ejercer un control permanente del cumplimiento de la pena, presenta características que le

impiden ser imparcial, al menos, de forma similar a como entendemos a la imparcialidad durante el proceso de conocimiento.

Teniendo en cuenta que el principio acusatorio tiende a garantizar la imparcialidad del tribunal, separando la función de acusar de la de juzgar, debemos definir en qué aspecto y con qué alcance esa ajenidad a la decisión se materializa durante la ejecución actualmente, para luego proponer qué cambios deberían producirse para que el órgano jurisdiccional tome las decisiones de forma más asimilable a la imparcialidad que se exige durante el proceso penal.

*El Juez o la Jueza de ejecución, ¿qué perfil debe adoptar?*

Se sostiene comúnmente que para que un juez o jueza sea imparcial, debería ser como un cirujano o cirujana que no tiene vínculos emotivos con el caso/paciente/interno/a. Sin perjuicio de ello, entiendo que son necesarios jueces y juezas que medien entre agencias gubernamentales y ONG con el fin de coordinar sus actividades en pos de un tratamiento individualizado y adecuado para el ofensor u ofensora. Un juez o jueza empático/a, que dé preponderancia a este tipo de vínculos. Y en este contexto, no se renuncia a la imparcialidad, como una garantía fundamental del proceso, sino que se la visualiza como diversos procedimientos que aseguren que, al momento de tomar una decisión, el juez o la jueza previamente consultó a todas las partes involucradas y a los expertos en los temas ajenos a lo jurisdiccional.

En este contexto se espera de las partes colaboración. Si bien cada una mantiene su rol, todas las partes tienen la obligación de mirar hacia el futuro, de ver cómo reintegrar al sujeto a la sociedad en condiciones de seguridad para él mismo o ella misma y para terceras personas.

No obstante, es importante resaltar que esta metodología no es aplicable a todos los casos, pero sí a adictos, adictas, enfermos y enfermas mentales, casos de violencia doméstica, delitos menores, ofensores y ofensoras primarios/as y menores.

Los jueces y las juezas, en este contexto, pueden ser factores que contribuyan a la paz social y a mejorar aspectos de la seguridad de nuestras comunidades.

Por último, y para concluir más allá de esta nueva concepción a la que adhiero, en los sistemas acusatorios, a mi criterio también deben cumplir dos funciones y resolver siempre que le sea traída una controversia. Las mismas pueden versar sobre cuestiones administrativas y jurisdiccionales.

Dentro de las primeras, encontramos todas las relacionadas con el art. 166 de la Ley 24.660, que no son más que simples autorizaciones que guardan íntima relación con una actividad penitenciaria que el juez o jueza homologa una vez que la misma administración comprobó el supuesto, y por lo general, como mencioné párrafos más arriba, tienen que ver con cuestiones humanitarias. Asimismo, hay otras situaciones que no tienen relación con lo humanitario y que son meramente administrativas, como por ejemplo la autorización de retiro anticipado del fondo de reserva, y aquellas actividades de mero conocimiento (arts. 72, 75 inc. c de la Ley 24.660).

Por el contrario, todas aquellas decisiones con consecuencias directas en la sanción penal o en su aspecto cualitativo, sin dudas, se encuentran incluidas dentro de las facultades jurisdiccionales del órgano de ejecución, independientemente de que en principio la decisión haya sido adoptada por la administración. El avance y retroceso de los internos por los distintos períodos de atenuación de las condiciones de encierro, la concesión de salidas transitorias, semilibertad, prisión domiciliaria, libertad asistida y libertad condicional, la sustitución de la pena por trabajos comunitarios, en tanto resultan ser cuestiones que afectan a la pena o a sus condiciones cualitativas, no pueden ser otra cosa que objeto de una decisión de carácter jurisdiccional.

Sin embargo, en ambos casos se exige que la toma de decisión se desarrolle en el marco de un procedimiento respetuoso de las garantías del proceso penal y sin renunciar a la “imparcialidad”.

## 5. INTERPRETACIÓN DEL ART. 116 DE NUESTRA CONSTITUCIÓN NACIONAL

En primer lugar, considero que debemos esbozar una respuesta al siguiente interrogante:

*¿Se presenta durante la ejecución de la pena un caso en los términos del artículo 116 de la CN?*

El art. 116 de la Constitución Nacional indica que la existencia del caso no depende de los jueces y juezas, sino que ellos entran en escena solo como consecuencia de ellos.

Los jueces García, Sarabayrouse y Jantus, a través de sus votos (cfr. fallo CNCP, Sala II “Cerrudo, Antonio José s/rec. de casación” c. 12.791, rta. 15/12/2010) sostuvieron que durante la ejecución se presenta, eventualmente, también un caso en el sentido constitucional del art. 116 de la CN.

Si tomamos el término causa o caso como sinónimo de una pretensión acusatoria por un hecho, que habilita el ejercicio de la acción penal, debemos coincidir forzosamente en que esa causa se agota con el dictado de la sentencia condenatoria firme.

Durante la ejecución de la pena ya no hay acción penal, sino una sentencia condenatoria que hacer cumplir, dictada como conclusión de su impulso. La pretensión que motivó el caso ya no existe.

Es evidente que no hay un caso planteado en los mismos términos que en la etapa de conocimiento. No hay ya durante la ejecución una pretensión persecutoria del Estado, sino un título ejecutivo, una pena que hacer cumplir. Esto no significa, sin embargo, que no pueda hablarse de un caso asociado al término controversia. Durante la ejecución se presentan un sinnúmero de situaciones, generalmente promovidas por el condenado o la condenada en su propio beneficio, que pueden implicar modificaciones sustanciales en la rigurosidad de la pena.

En la medida en que el condenado o la condenada plantee una forma determinada en que, a su juicio, deba efectuarse la pena impuesta sobre la base de modalidades legalmente previstas, y exista una posición diferenciada o contrapuesta por parte del Estado acerca de su pretensión, habrá una controversia: un caso en el que se debata en concreto sobre la procedencia, modo, validez, vigencia de una determinada modalidad de ejecución sobre cualquier aspecto vinculado con el régimen de ejecución de penas.

Y para cada controversia habrá un trámite incidental diferenciado.

Durante la ejecución no hay un solo caso sino que habrá tantos como conflictos se presenten ante la jurisdicción entre las pretensiones del condenado o condenada y la forma en que el órgano asignado por la ley procesal para representar el interés del Estado en la ejecución de esa pena proponga. Esto significa que cada incidente de ejecución, cada controversia, actúa como un caso que demanda la solución por parte de un tercero –el poder judicial–, demandando así una intervención jurisdiccional imparcial; es decir, por parte de un sujeto –el juez o jueza– que no haya



contribuido a impulsarlo ni esté comprometido inicialmente con ninguno de los intereses en pugna que lo generaron. Aquí nuevamente se aprecia con meridiana claridad la contradicción que poseen estas afirmaciones con la obligación de los jueces y juezas de ejecución de controlar de oficio el desarrollo del cumplimiento de la pena.

*¿Significa entonces que el Ministerio Público Fiscal se erige en el titular de la ejecución de la pena durante esta etapa?*

Teniendo en cuenta el régimen procesal de ejecución de penas no solo en nuestro ámbito, sino también a nivel nacional, en principio la respuesta a este interrogante, así planteado, es negativa.

Cualquier conjetura de trasladar características acusatorias a un procedimiento de ejecución con jueces con la obligación de actuar de oficio presenta una contradicción en sí misma. La cuestión relacionada con la relevancia del dictamen fiscal en este tipo de procesos –con estas características– presenta la cualidad de ser la transición a la reformulación que debería operar para adoptar un procedimiento de ejecución de penas más adecuado a las notas distintivas de los procesos formalmente acusatorios que apuntan a un desdoblamiento tajante de la función penal del Estado.

El fiscal o la fiscalía no es el dueño de la pena, pero tampoco es un órgano cuya opinión tenga características periciales o consultivas. Es quien representa al Estado en la orientación que debe dársele al cumplimiento de la pena en cada caso concreto. Su posición debe poseer cierto grado de vinculación al tribunal, dirigida a permitir que el condenado pueda defenderse y evitar que el Juez o la Jueza se comprometan de antemano con la hipótesis contraria a su interés, afectando su imparcialidad.

*La etapa de ejecución, ¿es o no adversarial?*

No existe en ejecución penal una verdadera contradicción, pues ambas partes buscan que el interno o interna retorne al medio libre en mejores condiciones de las que lo llevaron al penal. Lo que puede existir es una diferencia en los medios para lograr esa reinserción. Y en este sentido, considero que los modelos que mejor se adecúan a estos nuevos tiempos son los de Justicia Terapéutica, en particular los juzgados de resolución de problemas.

En este nuevo enfoque, los tribunales trabajan en conjunto con los fiscales, defensores, agentes de los patronatos de presos y liberados, y otros tribunales, para desarrollar estrategias que lleven a los ofensores y

ofensoras a realizar programas de tratamiento, o se abstengan de realizar conductas que en el pasado los y las llevaron frente al sistema penal.

Se trata de recuperar una de las máximas del tratamiento penitenciario, “el tratamiento individualizado”, reponiendo la centralidad del individuo en el proceso, y utilizando todas las herramientas que el sistema otorga, a fin de lograr que el participante del proceso adquiriera las habilidades necesarias para cumplir con la ley.

Se deben redefinir los roles de los participantes del proceso, puesto que el juez o jueza ya no debe estar solo preocupado/a por el proceso y la doctrina aplicable al mismo, los fiscales en la detención de los ofensores y ofensoras, y los defensores en dejarlos libres. Todas las partes tienen un objetivo común que consiste en solucionar el problema del ofensor, ofensora, la víctima y mejorar la seguridad de la comunidad.

## 6. NUEVO MÉTODO. LAS AUDIENCIAS

A todas luces, existe un punto donde se generará una fricción entre el nuevo ordenamiento procesal y la práctica ante el Juez o Jueza de Ejecución. Este o esta conoce a los internos/as y, por lo tanto, la exigencia de imparcialidad debe ser examinada bajo otros aspectos.

El Juez o Jueza de ejecución no llega virgen a la audiencia, por el contrario, seguramente conozca al condenado o condenada y sus circunstancias, pero la exigencia está puesta en tratar cada audiencia como una nueva petición y resolverla en consecuencia. El conocimiento del condenado o condenada permite al juez o jueza, en alguna medida, controlar de mejor forma la información introducida por las partes, y generar un diálogo que permita una mejor resolución.

Como en todo sistema adversarial, la calidad de la sentencia en gran parte se encuentra ligada a la calidad de la información brindada por las partes. Y aquí voy a poner especial énfasis: toda vez que en nuestra provincia es el Juzgado quien agenda las audiencias y remite la información a las partes respecto de cada penado o penada, cuando conforme a la letra del art. 260 es la Oficina Judicial quien debería realizar dichas tareas.

El paso a un sistema adversarial implica que ya no existe un impulso de oficio, por el contrario, la judicatura será activada por las partes. Los participantes deben abandonar un rol pasivo en las audiencias, donde

frente al informe del secretario cada parte emite un dictamen y el juez resuelve. En el nuevo sistema la parte solicitante de la audiencia informará al tribunal su petición, la contraria controlará la calidad de la información y el juez decidirá.

Al ser necesario que los participantes se preparen para la audiencia y gestionen en forma particular la información que necesitarán, se dispararán otra serie de cambios que repercuten en los organismos que deben brindar estos informes. Las partes deberán obtener en forma particular informes de antecedentes, informe del penal dónde se propicia un beneficio, etc.

## 7. CUESTIONES URGENTES

En ejecución penal existen un sinnúmero de cuestiones donde el tiempo es determinante para que la resolución sea efectiva, o esta deviene abstracta o por el contrario la falta de respuesta a tiempo puede importar graves disturbios dentro del penal.

Así, actualmente las autorizaciones se tramitan directamente con el juez o jueza de ejecución penal que resuelve inaudita parte en la mayoría de los casos.

Ahora bien, para algunos parecería que ello rompe un poco la lógica del sistema acusatorio, y que esa responsabilidad debería transferirse al fiscal o fiscalía de ejecución, delegando en ese funcionario/a la primera respuesta ante esos pedidos, los cuales podrían consistir en autorizaciones amplias para salir del penal con custodia para cumplir deberes morales o familiares en los términos de los arts. 166 y 168 de la ley N° 24.660. Asimismo, cuando el fiscal o fiscalía entienda que no cuenta con facultades delegadas, solo en esos casos sería necesaria la respuesta judicial, o cuando dictamine que no corresponde dar la autorización y deba notificar al defensor o defensora, quien en ese caso podrá solicitar una audiencia para que el juez o jueza de ejecución resuelva (audiencia que podría realizarse por cualquier medio tecnológico que así lo permita, a los fines de la celeridad, siendo esta una de las notas características en los sistemas acusatorios).

No obstante ello, entiendo desde lo personal y desde mi breve experiencia en sistemas acusatorios, que todos los condenados o condenadas

están a disposición del Juez o Jueza de Ejecución, y este tipo de cuestiones como las mencionadas precedentemente tienen que ver con principios y razones humanitarias que informan a todo el derecho, más precisamente con el principio *pro homine* por ejemplo, que, excepto que sean totalmente irracionales o arbitrarias, en la práctica los fiscales y las fiscalas prestan acuerdo, es decir, son peticiones que realiza el penado o penada, o su defensor o defensora, pero que por cuestiones de humanidad en más del 95% los fiscales o fiscalas prestan acuerdo, entonces, analizado desde esa lógica, no parecería presentar fricciones con la dinámica del sistema.

La cotidianeidad muestra que nacimientos, enfermedades de hijos, hijas o familiares directos y casos de muertes llevan a los internos a solicitar salidas con custodia, y la falta de respuesta en tiempo oportuno puede derivar en graves problemas dentro del penal.

En otro orden de ideas, y respecto de cuestiones no litigiosas que no ameriten premura, me lleva a concluir que las particularidades de la ejecución de penas imponen que se realice de todos modos la audiencia por los efectos comunicativos hacia las partes y terceros que esta tiene.

Los efectos comunicacionales hacia terceros que posee la metodología de audiencias orales son una herramienta poderosa para transparentar lo que ocurre al interior de los penales, y para lograr en los condenados que participan de las audiencias que adhieran a las soluciones que surjan de las mismas.

## 8. ADECUACIÓN DEL PRINCIPIO ACUSATORIO DURANTE LA EJECUCIÓN PENAL

*¿Existe un imperativo constitucional de diseñar un sistema procesal de ejecución de penas gobernado por el principio acusatorio?*

Ello debe ser complementado con una reformulación de la figura del juez o jueza de ejecución de penas orientada hacia un juez o jueza de garantías.

La adecuación del principio acusatorio a la etapa ejecutiva de la sentencia penal resulta un imperativo derivado de la existencia de una potestad/interés del Estado en el cumplimiento de las penas impuestas por el poder judicial, que se traduce en la necesidad de que los casos –controversias– sobre la modificación cualitativa de la pena durante la ejecución

sean planteados por sujetos distintos al órgano encargado de resolver –garantía de imparcialidad–.

## 9. HACIA UN SISTEMA PROCESAL ACUSATORIO DURANTE LA EJECUCIÓN

Se advierte con claridad la existencia de dos posibles sistemas de control de la ejecución, que Harfuch ubica como modelos en pugna. Al primero de ellos –el juez o jueza de ejecución– lo denomina el paradigma de “El buen inspector de cárceles” y está constituido por un juez o jueza que tiene un tinte tutelar inquisitivo que resuelve en su despacho, aún de oficio, sin partes que confronten hechos, sin audiencia, sin prueba, y que periódicamente tiene que ir a la cárcel a inspeccionar en qué condiciones están los condenados y condenadas detenidos en ellas. Al segundo lo denomina “Espacio de litigio”, el cual presume la exigencia de jurisdicción como garantía de imparcialidad, y un ministerio público que posea “la carga de la pena”, lo que significa producir prueba, sostener la pretensión derivada del título ejecutivo de la pena, con amplia contradicción por parte de la defensa.

A los jueces y juezas no les correspondía inmiscuirse de oficio en la ejecución penal, sino que, antes bien, ellos debían intervenir cuando entre el organismo ejecutor y el condenado o condenada emerjan conflictos que un tercero imparcial debe decidir.

Un procedimiento de ejecución de penas, consistente con los procesos penales gobernados por el principio acusatorio formal, presupone el abandono de la figura del juez o jueza de ejecución como juez o jueza de control directo del cumplimiento de la pena a favor de que sea el ministerio fiscal quien controle la forma en que se cumple la sanción penal y tome las decisiones sobre el modo en que se modula la pena durante esta etapa.

El sistema de jueces y juezas de ejecución, al hacer caer todo el peso de la decisión sobre el juez o jueza, permite que el ministerio fiscal sea liviano en sus pretensiones, bajo el amparo de que el juez o jueza, de todos modos, las corregirá o perfeccionará con base al imperativo legal que lo ordena. La desigualdad entre el condenado o condenada y el Estado se manifiesta más fuertemente en este sistema binario que en aquel que responsabiliza al ministerio público de la decisión y permite al condenado

acudir a un órgano imparcial que controle la legalidad y validez de esa postura.

## 10. PALABRAS FINALES

Entiendo que, a lo largo de estas líneas, he intentado dar respuesta a los interrogantes planteados al inicio. Ahora bien, personalmente considero que pos de amalgamar la etapa de ejecución de la pena al resto del proceso penal, en primer término los Juzgados de Ejecución Penal deberían disolverse, como ocurrió con los otros organismos del fuero penal, y ser la Oficina Judicial la que dote de lo necesario a los Jueces y Juezas de Ejecución para que puedan desarrollar su labor, que entiendo solo debe reducirse a lo jurisdiccional, tal como la realizan los Jueces y Juezas de Garantías y los Jueces y Juezas de Juicio.

Por otra parte, y como mencioné líneas más arriba, en este novel sistema en el cual uno de los pilares es la oralidad, considero que absolutamente todas las peticiones vinculadas con el régimen de progresividad de la pena deber ser resueltas en audiencias orales y públicas, incluso a modo de ejemplo los estímulos educativos, que aquí en la Tercera Circunscripción Judicial se resuelven por escrito.

En este sentido, debemos abandonar los resabios del sistema mixto, para así dar paso a que el sistema acusatorio se instaure definitivamente entre nosotros. Y ello no solo a través de la oralidad, sino también de la intermediación, la publicidad y la celeridad para el tratamiento de los distintos planteos que realicen los penados o penadas.

Por último, y más allá de las nuevas notas características que deban asumir los operadores del sistema en esta etapa, sean Jueces y Juezas, Fiscales y Fiscalas, Defensores y Defensoras entiendo que todos deben tener un objetivo común y no perder ese norte, que no es ni más ni menos que la resocialización del condenado o condenada y su regreso a la sociedad como una persona útil y productiva, y así poder construir entre todos una sociedad mejor.

## 11. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alderete Lobo, R. (2018), *Acusatorio y ejecución penal*, Buenos Aires: Editores del Sur.
- Ferrajoli, L. (1997), *Derecho y razón*, Madrid: Trotta.
- García Yomha, D. y Martínez, S. (2006), “Hacia un proceso de ejecución de la pena adecuado a las exigencias constitucionales. Lineamientos para una reforma de la última etapa del proceso penal”, en *ÍCARO. Revista de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad y el Encierro*. Año 1. Nro. 1.
- Guillamondegui, L. (2009), “La oralización de incidentes de ejecución penal” en *Iter Criminis. Revista de Ciencias Penales*, Nro. II, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México.
- González Novillo, J. “La intervención del Ministerio Público Fiscal en los incidentes de la ejecución de la pena” en *El Derecho*. T. 166.
- Harfuch, A. (2014.), “La vigencia del principio acusatorio en la etapa de ejecución de la pena (observaciones críticas al fallo Romero Cacharane de la CSJN)”, en Zulita Fellini (dir), *Ejecución de penas privativas de libertad*, Buenos Aires: Hammurabi.

Esta obra analiza la implementación del sistema acusatorio adversarial en la Provincia de Río Negro, desde la mirada de juezas, jueces, e integrantes del Ministerio Público de la Defensa y la Acusación.

Abarca diversos aspectos del proceso penal, desde la gestión y la evaluación de resultados como soporte del sistema acusatorio adversarial hasta la imprescindible articulación entre los fueros de familia y penal en el abordaje de la violencia familiar y de género que imponen las leyes procesales en ambas materias.

En su recorrido explora la habilitación de la reparación integral con enfoque de justicia restaurativa como un camino hacia la pacificación. Se explora sobre el bloque de constitucionalidad y su impacto en las decisiones judiciales. El enfoque de niñez se encuentra presente en la obra mediante la descripción del abordaje jurisprudencial en el proceso penal juvenil.

A consecuencia de su reciente modificación, se trata el plazo máximo de duración de la prisión preventiva frente a su imposición en los casos excepcionales que autoriza la ley ante violencia de género.

Instaurado el juicio por jurados se describen razones para introducir el cuestionario previo a la audiencia de voir dire y sobre el sistema probatorio se trata la prueba de reconocimiento de personas; para concluir profundizando temas relacionados con la audiencia de control de acusación. A ello se agrega una mirada hacia la diversidad cultural y el diseño del juicio por jurados.

Al momento de la toma de las decisiones jurisdiccionales se presenta la anotación sobre el modelo de argumentación jurídica y el sistema adversarial y se indaga conceptualmente sobre las prácticas de deliberación de la judicatura penal en la provincia y la importancia de una formación continua.

La ejecución de la pena no está ausente y se evalúa la incidencia de la reforma procesal sobre la misma.

Estos temas invitan a su lectura, reflexión, comentarios, comparación en el afán de llevar adelante un proceso colectivo de aprendizaje frente al cambio de este nuevo paradigma en la administración de justicia de Río Negro.