

## Acusación alternativa o subsidiaria, juicio abreviado y

### ¿Calificaciones alternativas?

Este tipo de acuerdos “...transforman al proceso penal, concebido hasta ahora como un conflicto de valores decidido por el juez como un tercero imparcial, en una regulación de conflictos regidos por criterios de poder y no por criterios jurídicos...”

Schunemann.-

**Sumario:** I. Introducción. II. Nociones básicas del juicio abreviado. III. Breve reseña sobre la acusación alternativa. IV. ¿La suma de los factores altera el producto? V. Posibles respuestas a estos cuestionamientos. VI. Conclusión.

*Por Guillermo Oscar Frittayón.-*

#### **I- Introducción:**

En este trabajo intentaré abordar la cuestión acerca de la posibilidad de combinar dos institutos ya arraigados en nuestro ordenamiento procesal y las observaciones que pudieran realizarse acerca de la consecuencia de este *mix*. Me refiero a la posibilidad de realizar *calificaciones alternativas* en el acuerdo que sirve de fuente a un procedimiento llevado a cabo mediante la forma de juicio abreviado; habida cuenta de la facultad del ministerio público fiscal de realizar acusaciones alternativas, todo ello dentro de las normas de fondo que rigen la materia en la provincia de Buenos Aires.

La finalidad de esta presentación, sin ánimo alguno de agotar el tema ni de afirmar las conclusiones a las que arribaremos más adelante con absoluto valor de verdad; se centra principalmente en abrir las puertas a nuevas opiniones al respecto, las cual entiendo –como todas- llevarán a seguir enriqueciendo la materia que nos ocupa.

Entiendo necesario a tal fin, comenzar por trazar los lineamientos básicos de ambos institutos –juicio abreviado y posibilidad conferida al Ministerio Público

Fiscal de realizar acusaciones alternativas- para luego tratar de combinarlos en el sentido indicado y ver luego, si el resultado arrojado es apto para satisfacer su análisis constitucional.

## **II- Nociones básicas del juicio abreviado:**

Afirma el Dr. José Luis Ares que “el mecanismo en estudio supone la renuncia por parte del imputado a su derecho constitucional a un juicio oral y público, abriendo paso a una negociación con la fiscalía, aunque la última palabra la tendrá el tribunal. Implica la introducción de la autonomía de la voluntad en el proceso penal y permite una transacción, fundamentalmente respecto de la pena a aplicar, en un marco de discrecionalidad reglada del fiscal”. Y continua diciendo: “En definitiva, el juicio abreviado se refiere a una solución penal consensuada, en la que -como señala Bertolino (1997, B) - se renuncia a alternativas procedimentales, reemplazándolas por otras. Como toda negociación supone concesiones recíprocas; las partes tratan de obtener ventajas. El fiscal busca lograr una condena casi segura y al renunciar a la posibilidad de una pena mayor, ahorra tiempo para dedicar esfuerzos a casos más complejos y graves. El imputado, por su lado, evita la exposición que implica el juicio oral y público en el que deberá confrontar con víctimas y testigos (la llamada pena del banquillo) y el riesgo que supone el debate, y busca obtener una pena más reducida y en menos tiempo. Finalmente, el Estado habrá concluido un caso rápidamente y con menor asignación de recursos”.

El trámite de juicio abreviado resulta procedente en el supuesto normado por el art. 395 del CPPBA, el cual reza: “Si el fiscal estimare suficiente la imposición de una pena privativa de la libertad no mayor a quince años o de una pena no privativa de la libertad, procedente aún en forma conjunta, podrá solicitar el trámite del juicio abreviado. El imputado y su defensor, también podrán solicitarlo”.

Obsérvese la amplitud del instituto en cuestión, quizá originada en la gran utilidad práctica que ha demostrado en los hechos, habida cuenta de que hoy día ha elevado a quince la cantidad de años que operan como límite a la aplicación de

este procedimiento, límite que anteriormente estuvo establecido en ocho años y antes en seis, comprendiendo –una vez más- tanto la materia correccional como criminal.-

Resulta además indispensable, según la exigencia contenida en el art .396 del CPPBA que –independientemente del originante de la solicitud de imprimir tal trámite- exista el acuerdo conjunto del Fiscal, el imputado y su defensor. Asimismo, en el acuerdo al que se alude precedentemente el representante del Ministerio Público Fiscal deberá pedir pena y el imputado y su Defensor entenderán su conformidad a ella y a la calificación.

En consecuencia, y tal como enseña Ares, el acuerdo debe versar acerca de tres cuestiones:

- El trámite abreviado,
- la calificación del hecho; y
- la pena a imponer al causante, lo que incluye la modalidad de su ejecución.

Esta conformidad dada por el imputado solo lo es respecto de la calificación legal y el pedido de pena, no pudiéndosela entender como un reconocimiento de su culpabilidad en el hecho: postura esta que resulta reforzada por el segundo párrafo del art. 69 de la ley 12.061 que dispone que “no será necesaria la confesión del imputado”; lo que ha dejado a salvo al instituto en estudio de reparos constitucionales que se efectúan a su par de la normativa de forma nacional. Ambas normas se encuentran en consonancia con lo prescripto por el art. 398 último párrafo del CPPBA; el cual dispone que tras el control de legalidad efectuado por el órgano judicial, y si se ordenare continuar con el trámite ordinario “ninguna de las conformidades prestadas o admisiones efectuadas por el imputado podrán ser tomadas en su contra como reconocimiento de culpabilidad”.

En lo que aquí interesa, es de aplicación el art. 397 del CPPBA, el cual reza: “las partes podrán acordar el trámite del juicio abreviado hasta treinta días antes de la fecha fijada para audiencia de debate oral”. Nótese que el párrafo citado alude a la última oportunidad de presentar el acuerdo; por lo que obviamente no es la única.

La primera oportunidad para ello es al tiempo de efectuar la requisitoria de elevación a juicio. Posteriormente puede realizarse durante el transcurso de la audiencia preliminar; amén de que hoy día ya no se encuentre previsto en la normativa de fondo local, pues nada impide que durante el transcurso de la misma se solicite y se acuerde seguir el procedimiento del juicio abreviado.

Una vez que se ha arribado al acuerdo, el mismo será sometido a control de legalidad, sea a cargo de un Juez en lo Correccional o de uno de los miembros del Tribunal en lo Criminal, dependiendo del delito a tratar. En este momento procesal se someterá a análisis lo pactado y de encontrarse cumplidas las exigencias legales deberá admitirse la conformidad alcanzada dictando sentencia en el plazo de cinco días previo a mantener contacto de visu con el encartado en autos (arts. 398 y 399 del CPPBA).

Este mismo acuerdo, podrá ser rechazado por el órgano jurisdiccional actuante en los supuestos descriptos por el art. 398 inc. 1°, es decir, cuando se demostrase que la voluntad del imputado se hallaba viciada al momento de su aceptación o cuando haya discrepancia insalvable con la calificación legal aplicada en el acuerdo, respetando el principio de congruencia. Sin embargo estas causales no son las únicas, ya que existen otras causales, aunque no reguladas expresamente; a saber:

- si se pretendiese pactar una pena ilegal (v.gr. debajo del mínimo previsto en la figura o una especie no contemplada en la misma),
- si no expresaron acuerdo todas las partes que deben hacerlo,
- si la conformidad del imputado se plasmó por escrito pero en su contacto de visu ante el juez o tribunal se rectifica o manifiesta no tener conocimiento preciso de lo que firmó, ya que en esa oportunidad se le impondrá de las consecuencias de la vía adoptada.
- También, obviamente si la pena acordada supera el tope de los quince años de sanción privativa de libertad, y
- Agrega José Luis Ares que “atento la naturaleza del procedimiento abreviado que sustituye el debate por un acuerdo, la defensa no podría pretender introducir elementos justificantes o minorantes de la

responsabilidad del imputado, por lo que ante un planteo de ese tenor, el órgano jurisdiccional deberá desestimar el trámite, debiendo discutirse esas cuestiones en un debate oral y plenamente contradictorio”.

Cuando fuere desestimada la solicitud del procedimiento de juicio abreviado, se ordenará que el proceso continúe conforme las reglas del ordinario (correccional o criminal según el caso); resolución esta que resulta inimpugnable según expresamente lo prevé el art. 398 CPPBA. Asimismo, el órgano jurisdiccional que la dictó deberá desprenderse de los autos a fin de no ver comprometida su imparcialidad.

Le asiste la razón al Dr. José Luis Ares al afirmar que el juez o tribunal que la reciba deberá dictar las providencias necesarias a fin de lograr la realización del juicio oral, no pudiéndose solicitar nuevamente se imprima el procedimiento abreviado so riesgo de tornarse el instituto en estudio en altamente disfuncional y generador de dilaciones indebidas. Podría pensarse que se estaría dejando de lado la tan ponderada autonomía de la voluntad, valor más que reflatado en los tiempos que corren, lo cual es cierto. Aun así, no es menos cierto que la celeridad y economía procesal se verían afectadas si se “...daría margen a que las partes peregrinen de tribunal en tribunal a la búsqueda de un órgano dispuesto a admitir el convenio...” con las consecuencias negativas que conllevan los procesos penales que perduran en el tiempo para quienes participan en calidad de imputados en ellos; a quienes, por imperio constitucional, debe tenérselos por inocentes.

Dispone el art. 399 del CPPBA que: “La sentencia deberá ser dictada en el plazo de cinco días y se fundará en las evidencias recibidas antes de presentado el acuerdo. No se podrá imponer una pena superior a la solicitada por el Fiscal. Tampoco se podrá modificar en perjuicio del imputado el modo de ejecución de la misma acordado por las partes, ni incluir otras reglas de conducta o consecuencias penales no convenidas. Se podrá absolver al imputado cuando así correspondiera. Regirán en lo pertinente las reglas de la sentencia”.

No está de más decir que si el órgano jurisdiccional se encuentra habilitado a absolver al imputado a pesar de la existencia del acuerdo al que él contribuyó a formar; también se halla facultado a imponer una pena menor a la contenida en el acuerdo, siempre y cuando la misma respete la escala legal del delito de que se trate. Respecto de la cuantía de la pena, solo le está vedado al juez que entiende en la causa exceder de aquella que fuere individualizada por el Ministerio público Fiscal, pena que funciona como techo, ya que él es el órgano que tiene a su cargo el ius puniendi; y, por otra parte, implicaría incurrir por parte del Juez o Tribunal interviniente en demasía decisoria.

### **III- Breve reseña sobre la acusación alternativa:**

La ley 13.260 ha incorporado el último párrafo al art. 335, CPP, introduciendo la llamada acusación alternativa en estos términos: "El requerimiento podrá indicar alternativamente aquellas circunstancias de hecho que permitan encuadrar el comportamiento del imputado en un tipo penal distinto, para el caso de que no resulten demostrados en el debate los elementos que componen su calificación jurídica principal, a fin de posibilitar la concreta defensa del imputado".

Como señala Maier, se trata del caso en que el acusador pone en juego las hipótesis posibles, ordenando una tesis principal y su subsidiaria o alternativa, de modo tal que el fracaso de la primera no determina necesariamente la imposibilidad de una condena por el mismo acontecimiento histórico. El instituto permite al fiscal, teniendo en cuenta una misma base fáctica, utilizar más de una calificación jurídica; siendo luego –según las probanzas producidas en el debate- el juez quién decidirá el encuadre jurídico que merecerán los hechos materia de juzgamiento.

Sostiene Nicolás Guzmán que "la acusación se inscribe en lo que denominamos "contexto de descubrimiento", esto es, en el momento de la investigación judicial en el cual las conjeturas –por definición solo plausibles- se formulan y son puestas a prueba para establecer su verdad o falsedad. Recién luego de esa etapa, y una vez afirmada en la sentencia condenatoria la verdad del enunciado que contiene la

hipótesis acusatoria, se ingresa en el terreno del “contexto de justificación”, donde el juez justifica racionalmente la afirmación de que tal enunciado es verdadero mediante la valoración de las pruebas y la explicitación del razonamiento efectuado”.

Permite este mecanismo al Fiscal mudarse hacia otros tipos penales siempre que el acontecimiento histórico permita llenar los requerimientos típicos de ellos. Afirma Eduardo D’Empaire que “se trata de plantear con anterioridad al juicio, o puntalmente, al momento de formularse la requisitoria de citación a juicio, las distintas circunstancias fácticas que pueden determinar una u otra calificación legal respecto de la conducta a juzgar”; y que “todas las circunstancias de hecho a juzgarse se conocen de antemano y configuran alternativa o subsidiariamente las distintas calificaciones. El acusador las incluye desde el principio, ya que las conoce, evitándose así ulteriores sorpresas que impidan un adecuado ejercicio del derecho de defensa”.

El mensaje que acompañó al proyecto justificaba la disposición destacando que "la posibilidad no sólo es importante para la Fiscalía, desde que permite mantener una incriminación menor o diferente cuando fracase aquella formulada como principal, evitándose problemas de congruencia; sino que permite al imputado visualizar el abanico de conductas que pueden ser materia de debate, y por tanto, advierte sobre posibles cambios de incriminación, sin sorpresas que produzcan indefensión, ni los eventuales retrasos producto de ampliaciones del requerimiento en el trámite de la audiencia oral".

La norma de referencia ha sido tomada casi en forma textual del proyecto de Julio Maier de 1986; precisamente este autor, propiciador del instituto, sostiene al respecto: "La acusación alternativa o subsidiaria supone que el acusador pondrá en juego las hipótesis posibles, cuidando de describir todas las circunstancias necesarias para que puedan ser verificadas en la sentencia, sin perjuicio de ordenar el escrito de manera que permita entender cuál es la tesis principal y cuál o cuáles las subsidiarias o alternativas. Una acusación construida de esa forma

permite la contestación defensiva, la prueba y la decisión; se observa claramente cómo ella es el pilar fundamental que permite el ejercicio idóneo del derecho de defensa". Este mismo autor explica que es acertado referirse a ella como alternativa o subsidiaria; siendo en el primer caso indiferente a los efectos de la condena, aunque no en lo referente a la determinación de la pena, declarar cumplida una o ambas conductas a la vez; mientras que en su segunda denominación, la aceptación de uno de los supuestos en la sentencia excluye al otro. Pero, en todo caso, la condena o absolución son únicas.

#### **IV- ¿La suma de los factores altera el producto?**

Volvamos ahora al núcleo central de este trabajo, cual es saber si es posible combinar ambos mecanismos sin que ello afecte de modo alguno derechos y garantías consagrados constitucionalmente. Siendo que si bien tanto el juicio abreviado como las acusaciones alternativas o subsidiarias han recibido cuestionamientos desde aquella óptica, la mayoría de la doctrina y jurisprudencia los acepta y abogan por su validez constitucional. ¿Sucederá lo mismo si intentamos liar ambos en un mismo procedimiento? ¿Será este resultado superador del baremo constitucional?

Con ello me refiero a la posibilidad de incluir en un acuerdo logrado necesario para acceder al procedimiento del juicio abreviado distintas *calificaciones alternativas* a las cuales tanto el imputado como el defensor presten su conformidad. Intuitivamente, acerca de esta posibilidad, la respuesta aparece como negativa, pero ¿Por qué? ¿Acaso la normativa de forma provincial veda tal posibilidad? ¿Lo hacen las normas de fondo? ¿Y la constitución? Volveré sobre ello más adelante, tras explicar más detenidamente la conjunción de los mecanismos que nos ocupan.

El mensaje que acompañara el proyecto legislativo sostiene que se profundiza el acusatorio y que el tribunal no puede disentir respecto de cuestiones establecidas por las partes, limitando las posibilidades de desestimación sólo a dos supuestos

(los del inciso primero del art. 398), evitando una intromisión de tipo inquisitiva del tribunal en lo acordado por las partes.

Cabe aclarar, en primer lugar, que la calificación legal del hecho no puede ser materia de negociación. En este sentido, sostiene Villar (1997, p. 156) que el fiscal "tiene una disponibilidad dentro de los límites impuestos por el principio de legalidad, de negociar el monto de la pena (disponibilidad del *ius puniendi*), no así de la prueba, no pudiendo, por lo tanto, negociar la calificación". En igual orden de ideas, Marchisio (1998, p. 115) expresa que "las ventajas que puede o no otorgar el agente fiscal serán sólo sobre el monto de la penalidad solicitada dentro de la escala penal prevista para el delito materia de requisitoria, puesto que no podrá efectuar concesiones en cuanto a la calificación de los hechos, ni al grado de participación, y *menos aún en cuanto a eliminar de la acusación alguno de los hechos que motivaron la investigación*" (el destacado me pertenece).

Agrega a esto José Luis Ares que "*no resulta procedente que la fiscalía omita incluir un hecho que fue materia de la requisitoria* o anticipe un desistimiento que debe producirse eventualmente en el debate o que pacte darle al suceso un encuadre diferente (de común, más benigno) del que surja de las constancias de las actuaciones. Por caso, si surgiera de las piezas de la investigación que en el hecho se utilizó un arma, que lo hiciera agravado, y esa utilización surja de un secuestro válido, de prueba testimonial, pericial, etc., y las partes pretendieran, en forma explícita o implícita, que dicho elemento ofensivo no existió. En cambio, creemos que *si el encuadre jurídico no resulta claro, máxime cuando el mismo fue objeto de discusión en el período de oposición a la requisitoria de elevación a juicio, sí podría formar parte del acuerdo un nomen iuris más benigno que el que alguna vez se le diera a lo largo de la causa* (una vez más, el destacado me pertenece).

Me pregunto ahora: ¿No se salvarían estos posibles inconvenientes apelando a la introducción de calificaciones alternativas en el acuerdo que norma el art. 396 CPPBA?

Es de importancia poner de relieve que los momentos procesales en que es permitido recurrir a ambos institutos se superponen en el curso del procedimiento. Así, puede suceder que en la oportunidad de formular el fiscal su requerimiento de citación a juicio, en virtud de las características del hecho histórico, decida formular acusación alternativa o subsidiaria. Es también en este estadio procesal donde pueden acordar las partes renunciar al debate oral y someterse al procedimiento normado por los arts. 395 a 403 del CPPBA. Más aún, podría suceder que habiendo el fiscal utilizado la facultad conferida por el último párrafo del art. 335 y acusado alternativa o subsidiariamente, y continuado la causa conforme al procedimiento ordinario, decidan las partes en la someterse al procedimiento abreviado en la última oportunidad para ello, esto es, treinta días antes de la fecha señalada para la audiencia del debate oral (art. 397, segundo párrafo). Asimismo, no debe uno olvidar que la defensa tuvo la posibilidad de oponerse a la requisitoria de elevación a juicio en la llamada etapa intermedia.

Corresponde hacer notar en lo referente al punto -lo que considero un error legislativo- que el art. 334 (según ley 13.260) dispone que si el fiscal estimare contar con elementos suficientes para el ejercicio de la acción, y *no resultare procedente* la aplicación de alguno de los criterios de oportunidad o *abreviación del proceso*, procederá a formular por escrito su requisitoria de citación a juicio; cuando el art. 397 (también según ley 13.260) expresa que las partes podrán acordar el trámite del juicio abreviado hasta treinta días antes de la fecha fijada para audiencia de debate oral, estadio en el cual -obviamente- ya ha habido requisitoria de elevación a juicio.

Obsérvese que el CPPBA no pareciera vedar tal posibilidad. El Art. 335 último párrafo, en cuanto habilita al representante del Ministerio Público Fiscal a formular acusaciones alternativas o subsidiarias -siempre teniendo en cuenta el mismo acontecimiento histórico- al tiempo de formular su requisitoria de citación a juicio no hace alusión alguna a que esta opción implica renunciar a otras con las que cuenta, por caso a llevar a acordar con el imputado y su defensa resolver la cuestión conforme las reglas del juicio abreviado.

Algo similar sucede con el articulado que norma el procedimiento abreviado, ya que nada dice respecto a esta hipótesis. En lo que aquí respecta, reza el último párrafo del art. 396: “el fiscal deberá pedir pena y el imputado y su defensor extenderán su conformidad a ella y a la calificación”. Pareciera que al referirse a “calificación” y no a “calificaciones” y a “pena” y no “penas”, no le está permitido al Fiscal introducir en el acuerdo distintas penas y/o calificaciones, pero en el art. siguiente dispone que “El fiscal formulará su solicitud de acuerdo a los dispuesto por el art. 335...”, sin realizar distingo alguno entre los párrafos que componen la norma en cuestión. ¿Cabría distinguir allí donde la ley no distingue? ¿Qué sucedería si en este acuerdo habría más de una y quienes deben prestasen su conformidad a cada una de ellas y a cada una de las penas que les correspondan? ¿Debería rechazarse el acuerdo por el juez y ordenarse que continúe según el procedimiento ordinario? ¿Obligárselo a que elija una calificación de entre ellas? ¿Se afectaría la autonomía de la voluntad?

Podría suceder que un Fiscal verdaderamente interesado en que quién resulte imputado en autos reciba la condena que a sus ojos merece, hiciese uso de esta hipótesis a la que hago alusión, es decir, que tras haber realizado su requisitoria de citación a juicio, conteniendo ella más de una acusación; y ante la posibilidad de lograr el acuerdo necesario para tramitar la vía del procedimiento abreviado insistiese en mantener ambas acusaciones, las que se plasmarán en sendas calificaciones legales con sus respectivos pedidos de pena, en el acuerdo a tal fin se redacte. Recordemos que en palabras de Eduardo D’Empaire, el pedido de pena se realizará teniendo en cuenta una y otra calificación legal. Es decir, debe indicarse fundadamente cual es la pena en concreto que se peticiona respecto de una u otra hipótesis.

Seguramente pocos imputados, y menos defensores aún, prestarían su conformidad a este punto, pero ¿Si lo hicieran? Renacen en mi mente todos los cuestionamientos que me hice en los párrafos anteriores...

Señala José Luis Ares que “así como el imputado tiene derecho a prestar declaración y derecho a no hacerlo, y si declara puede admitir su culpabilidad o negarla, así también se le abre un abanico de posibilidades en torno al itinerario procesal de su causa, entre las que se encuentra la suspensión del juicio a prueba, el juicio directísimo, si se dan los presupuestos legales, el juicio abreviado, la omisión de prueba en materia correccional o el juicio oral. Y para adoptar estas decisiones, el imputado debe contar con adecuado asesoramiento, suficiente información y control jurisdiccional”. Agrega que “son las partes quienes han debido evaluar el caso desde sus respectivas ópticas e intereses para acordar el juicio abreviado; si lo han hecho de manera ligera o superficial no habrán cumplido eficazmente con su cometido, pero ello el juzgador no podrá suplirlo; el tribunal no puede ni debe suplir la voluntad ni la actuación de las partes”.

Supongamos que en los hechos esto sucede, es decir, la conformidad requerida es extendida en los términos que planteo. Restaría ver ahora si el juez de autos debería aceptarlo o rechazarlo y mandar a continuar el trámite ordinario por ante otro magistrado.

Entre las causales para desestimar la solicitud de juicio abreviado mencionadas en páginas anteriores, no aparece la que aquí se trata. Podría llegar a suponerse que se trataría del caso normado por el inciso primero del art. 398, en cuanto nos habla de una discrepancia insalvable con la calificación legal aplicada en el acuerdo; pero igualmente el juez que decidirá acerca de los hechos que son materia de juzgamiento puede entender que el acontecimiento histórico es encuadrable en una u otra calificación respetándose el principio de congruencia; por lo que en este punto resta aún encontrar fundamentos para resolver la cuestión admitiendo o rechazando la solicitud que llega a su conocimiento.

Recordemos que – en palabras de José Luis Ares- cuando la norma en cuestión se refiere a discrepancia insalvable con la calificación legal aplicada al acuerdo, “alude a que si la discrepancia del órgano jurisdiccional lo es por entender

encuadrable el suceso en un tipo más benigno se podrá admitir y resolver en tal sentido pues será en favor del imputado”.

Aún más, y para complicar ya sobremanera la cuestión, si el juez admitiere el acuerdo debería dictar sentencia en el término de cinco días, fundándola en las evidencias recibidas hasta antes de presentado el acuerdo, no pudiendo imponer una pena superior a la solicitada por el fiscal (conf. Art. 399 CPPBA).

Dispone el art. 374 del CPPBA en su anteúltimo párrafo que el tribunal no podrá apartarse del hecho contenido en la acusación y agrega en el artículo siguiente que el tribunal al dictar sentencia, en el tratamiento de la cuestión relativa a la calificación legal, no puede exceder el hecho materia de acusación ni producir indefensión para el imputado. Asimismo, en su art. 399 último párrafo que en el trámite del juicio abreviado regirán en lo pertinente las reglas de la sentencia. De esta forma, y siendo que los arts. 374 y 375 aparecen en sintonía con el 335 último párrafo, y que el art. 399 en su parte final remite a las reglas de la sentencia, pareciera –una vez más- que la existe la posibilidad de realizar calificaciones alternativas en el marco de un acuerdo que abra las puertas a un procedimiento abreviado, y más si tenemos en cuenta que la redacción de estas normas es fruto de la ley 13.260.

Siempre debemos tener como Norte que lo que se está juzgando es un hecho único, un único acontecimiento histórico, y es aquí quizá –de admitirse el acuerdo- el momento en que el juez debiera optar por una de las calificaciones legales que introdujo el Fiscal en el acuerdo con su correspondiente determinación de pena en caso de que resolviese condenar al encartado. Tranquilamente, también podría suceder que –admitido un acuerdo celebrado en estos términos- se resolviese a favor del imputado absolviéndoselo, por considerarse que no se encuentran reunidos los requisitos típicos de ninguna de las figuras legales plasmadas en el acuerdo de partes. Recuérdese asimismo que tanto la presunción de inocencia como el principio in dubio pro reo mantienen plena vigencia.

Cobran vigencia en este punto las palabras de Maier (2001), al prologar una obra de diversos autores sobre el tema, "el núcleo del debate acerca de esta institución se vincula, claramente, a la decisión acerca del papel que cumple el procedimiento penal: quienes reducen ese papel a la función de garantía, disponible para el imputado -que, por ello, precisamente, puede renunciar a ella en ejercicio de su derecho a la autonomía de su voluntad y en aproximación al 'proceso de partes'- resultan firmes defensores de esta vía procesal; quienes, por el contrario, piensan que el procedimiento penal, en especial el juicio público, a más de una garantía individual a disposición del afectado, representa para el Estado y sus funcionarios una condición de legitimación acerca de la utilización de la pena estatal -máxima medida de coerción que el orden jurídico autoriza-, se oponen a él, al menos si se lo usa casi indiscriminadamente para imponer penas graves, como la privativa de libertad".

Al respecto Alejandro Carrió (2002, p. 97), pronunciándose por la validez constitucional del instituto, afirma que "es posible concebir a la garantía que consagra que no hay pena sin juicio como algo renunciable por el imputado, en la medida en que lo haga conscientemente y con total conocimiento de sus consecuencias. La presencia del abogado defensor aconsejándolo y explicándole la magnitud del derecho al que renuncia, se vuelve aquí indispensable. Tampoco veo en el esquema sancionado una abdicación del Estado a su calidad de único órgano con facultades represivas. Ello, puesto que es el tribunal actuante quien en definitiva impone la sentencia condenatoria, y considero en tal sentido importante que aquél conserve la facultad para rechazar los 'acuerdos'...". En similar orden de ideas, Bruzzone (1998) concibe a la audiencia de debate como un privilegio y, como tal, renunciable en aras del derecho a la obtención de una sentencia rápida. Se pregunta por qué razón no tendría derecho a renunciar al juicio oral del mismo modo que renuncia al derecho a no declarar en su contra. Continúa preguntando por qué se le impone la obligación de transitar por un juicio oral si él se opone y prefiere asegurarse el mínimo de la pena, pactando con la fiscalía, antes de correr el riesgo de que se le aplique una más elevada. Reflexiona que parecería que el juicio oral y público, en el que el acusado será expuesto frente a sus vecinos

respecto de actividades, que tal vez pretenda mantener reservadas, no es tanto un derecho del imputado sino un derecho de la persona de controlar la manera en que los órganos del Estado administran el castigo penal. Finalmente, interroga si se trata de favorecer al imputado o de acentuar la condena social a que habrá de verse sometido en el transcurso de un juicio oral y público.

Si para los defensores del juicio abreviado el proceso es disponible para el imputado por ser una garantía y puede por tanto renunciar a él, cabe preguntarse porque no podría hacerlo aún el caso en que fuere acusado alternativa o subsidiariamente mediante calificaciones alternativas en el acuerdo que se origine a fin de acceder al procedimiento abreviado; pero, a la par, cabe también el siguiente interrogante: ¿Estaría así el juez que admite una solicitud de juicio abreviado con calificaciones alternativas o subsidiarias apañando una ampliación del poder punitivo estatal?

Entroncan todas estas apreciaciones con el principio de congruencia (o de coherencia en los términos de la Corte Interamericana), como derivación del derecho de defensa, el cual significa que debe mediar una estricta correspondencia entre el contenido de la sentencia y las peticiones de las partes, que son las que delimitarán el tema a decidir. Asimismo, se vincula con el principio de contradicción y el derecho a ser oído. Se exige esta correspondencia o correlación entre el suceso intimado en la declaración del imputado, en la acusación y en la sentencia; en función de la prueba producida en juicio. Ahora bien, si la prueba no se produce en juicio, más propiamente en el debate oral, por haber acordado las partes en la contienda someterse a las reglas del procedimiento abreviado, el principio de congruencia no se vería afectado, ya que son las partes quienes han renunciado a la posibilidad de producir prueba y han prestado su conformidad a que se resuelvan los autos teniendo en cuenta solamente las probanzas obtenidas durante la etapa investigativa. Y si son estas mismas probanzas las que permiten al representante del Ministerio Público Fiscal encuadrar su acusación en más de una hipótesis delictual, nada obstaría a que éste realice calificaciones alternativas en el acuerdo de juicio abreviado, pues al

menos el principio de congruencia quedaría aún a salvo; ya que, como afirma Ernest Beling “este principio rige respecto al material fáctico que constituye el objeto del proceso; el acontecimiento histórico, el fenómeno vital, el asunto de la vida en torno al cual gira el proceso”. Lo que importa aquí es que aquella situación fáctica normativa se mantenga inmutable a lo largo del proceso, aun en el caso de que existan acusaciones alternativas o subsidiarias.

Por otro lado, el principio *iura novit curia* se mantendría en sus justos límites en la hipótesis que planteo, ya que pareciera que no sería el juez quién encuadre típicamente el acontecimiento histórico, sino el fiscal al tiempo de realizar las calificaciones jurídicas que acotarán el *thema decidendum*, no pudiendo el magistrado individualizar figuras distintas de aquellas. Esto es lo que se ha denominado “jurisdiccionalidad limitada”, en contraposición al origen mismo del término jurisdicción, del latín *iuris dictio* que significaba “decir el derecho” por parte del órgano estatal llamado a decidir la cuestión.

Asimismo, y siendo que hay autores que sostienen lo beneficioso de utilizar el mecanismo de las acusaciones alternativas o subsidiarias en torno a la garantía del *ne bis in idem*, ya que la llena más ampliamente, podría llegar a argumentarse que la utilización de calificaciones alternativas en el acuerdo de someter la cuestión a juicio abreviado, al igual que durante el trámite del proceso ordinario, no violenta tal garantía, sino que, al contrario, la protege. ¿Por qué en el curso del trámite ordinario sería benéfico y no lo sería en el juicio abreviado?

Por último, y en el marco de un modelo teóricamente acusatorio, puede uno preguntarse porque ese tercero imparcial supra-ordenado a las partes podría oponerse a que se pacte un acuerdo por el cual las partes consientan –en condiciones de igualdad- someterse a juicio abreviado, amén de que este acuerdo contenga las características a que he hecho alusión. Empero, y dejando ya de lado a la autonomía de la voluntad, podría pensarse también en que el sistema acusatorio tiene por fin mantener tajantemente separadas las funciones de acusar

y juzgar, separación esta que constituye una garantía orgánica y que tiene por misión principal asegurar el derecho de defensa, lo cual es por demás cierto.

#### **V- Posibles respuestas a estos cuestionamientos.**

A pesar de que como ha podido apreciarse hasta aquí el tema parece caminar por el filo de un cuchillo, decidiéndonos a veces a favor de las calificaciones alternativas y otras tantas en su contra; adelanto mi opinión por la negativa acerca de la posibilidad que planteo, pero esta vez no intuitiva o caprichosamente, sino en razón de consideraciones fundadas en derecho, las que se desarrollarán seguidamente.

Si bien muchos de los interrogantes creo que encuentran su propia respuesta a lo largo de esta ponencia, una de las primeras razones que me interesa resaltar, a fin de justificar la posición que he asumido, es que cuando el art. 397 comienza diciendo que el fiscal formulará su solicitud de acuerdo a lo dispuesto en el art. 335 del CPPBA, continua el mismo diciendo que lo hará “acompañando la conformidad mencionada en el artículo anterior”, y la conformidad a que refiere el art. 396 es respecto de la pena y la calificación, en singular; lo que aparece como fundamento bastante sólido para descartar la hipótesis planteada en este trabajo. ¿Se habrá tratado de un olvido del legislador? Parece arriesgado hablar de un olvido legislativo en torno a la utilización de los mismos términos en modo plural -léase “penas” y “calificaciones”-, más aun teniendo en cuenta que ambas normas reconocen su actual redacción en la ley 13.260.

Lo mismo sucede con el art. 398 inciso primero, el cual al referirse a la “discrepancia con la calificación legal aplicada al acuerdo” y con el art. 399 cuando refiere que no se podrá imponer “una pena superior a la solicitada por el Fiscal”.

Bien se observa que en el articulado que norma el procedimiento abreviado el legislador provincial siempre se refiere tanto a la calificación legal como a la pena en singular, excluyendo deliberadamente –a mi entender- la posibilidad de plasmar en el acuerdo diferentes calificaciones y diferentes penas en consecuencia.

Asimismo, creo que existen razones más fundamentales para pronunciarme en contra del postulado bajo análisis. Creo oportuno señalar que cuando hablamos del juzgador como un tercero imparcial, que mantiene un rol pasivo, limitando su actuación a la materia propiamente decisoria, en modo alguno estamos queriendo significar que se le encuentra vedado realizar un control de legalidad de la materia que llegue a su conocimiento, por más que sean las partes quienes en esos términos se lo hayan acercado, ya que de ser esto así se convertiría en un mecánico homologador de posiciones consensuadas. Recordemos también, que es él quien ha jurado respetar y hacer respetar las normas constitucionales, juramento que lo obliga (al menos moralmente) a no dar curso a situaciones que vulneren tal normativa, por caso, un acuerdo de esta índole.

Es que un acuerdo entre Fiscal, imputado y defensor que contenga las pretendidas calificaciones alternativas, favorece un avance del Estado de Policía en desmedro del Estado de derecho. En la constante pulsión y contra-pulsiones que existen entre estos dos modelos estatales, el derecho penal de fondo y principalmente de forma, deben tener por fin servir de freno –de dique de contención en palabras de Eugenio Raúl Zaffaroni- a la constante puja del poder punitivo que representa al Estado de Policía por sobre el Estado de Derecho.

Todos los derechos y garantías que hoy día asisten a cualquier persona que participa en un proceso penal en calidad de imputado, son el producto del triunfo del Estado de Derecho por sobre la brutalidad e irracionalidad del poder punitivo que representa el Estado de Policía en esta eterna lucha dialéctica, lo que ha costado ríos de sangre a lo largo de la historia. Vale recordar que la maximización de las garantías a favor de las personas, opera como un límite negativo a la actuación del Estado en su faz coercitiva.

Afirma Zaffaroni, que “la función del derecho penal no es legitimar el poder punitivo, sino contenerlo y reducirlo, elemento indispensable para que el Estado de Derecho subsista y no sea reemplazado brutalmente por un Estado totalitario”. Agrega este mismo autor que “en esta tarea de contención reductora el derecho

penal no se halla solo, sino que navega acompañado de otras disciplinas. En el campo de la ciencia jurídica, su cónyuge inseparable es el derecho procesal penal, que regula el camino que deben seguir los diferentes actores del poder jurídico para detener o franquear el paso al ejercicio del poder punitivo”.

Un Estado de derecho es aquel que se rige por un sistema de leyes e instituciones ordenado en torno de una constitución. Cualquier medida o acción debe estar sujeta o ser referida a una norma jurídica escrita. En un estado de derecho las leyes organizan y fijan límites de derechos en que toda acción está sujeta a una norma jurídica previamente aprobada y de conocimiento público. El límite fundamental que la constitución impone al Estado y a los poderes de gobierno es el respeto por los derechos de los ciudadanos, asegurados y garantizados por ella. También le impone las normas que regulan el funcionamiento de las instituciones estatales con el objetivo de proteger esos derechos. En un Estado de derecho no reina la arbitrariedad, sino el derecho. Pero este derecho no está libre de valores, sino que tiene que ser justo. Los estándares procesales y materiales que forman la noción de justicia están anclados en los derechos humanos, las libertades fundamentales y otros principios constitucionales. Finalmente, se requieren instituciones sólidas, funcionales y reconocidas y legitimadas por la población para formular e imponer un orden jurídico justo.

Al decir de Ferrajoli, garantismo implica “sujeción al derecho de todos los poderes y garantía de los derechos de todos, mediante vínculos legales y controles jurisdiccionales capaces de impedir la formación de poderes absolutos, públicos o privados”. A lo que agrega José Luis Ares que “Existe una evidente tensión entre Estado de Policía y Estado de Derecho, y es responsabilidad tanto de los poderes políticos como del judicial, evitar los desbordes del primero, con afectación indebida de los derechos subjetivos de los habitantes, en especial la libertad personal y la esfera de reserva de los individuos. Se trata de trazar límites claros, desde lo teórico que sean efectivos en la práctica, para evitar intervenciones arbitrarias en desmedro de los derechos fundamentales...”.

Afirma Enrique Bacigalupo que “es indudable que los derechos fundamentales son derechos de los ciudadanos y en ningún caso derechos de la sociedad o del Estado contra los ciudadanos, sea que se los conciba como derechos previos al Estado o como derechos garantizados por éste. En todo caso los derechos fundamentales son siempre un límite para el ejercicio del poder estatal, cuyo ejercicio el ciudadano no debe justificar, es el Estado, por el contrario, quien debe justificar la limitación de los derechos fundamentales”.

Siguiendo a Zaffaroni, diremos que “de la Constitución Nacional (y los tratados incorporados en función del inciso 22 del art. 75) se deducen principios constructivos que rigen la elaboración del sistema o doctrina del derecho penal. Conforme a estos principios deben interpretarse las leyes penales y descartarse (por inconstitucionales) las que resulten de imposible encuadre conforme a sus pautas. Pueden proponerse diversos sistemas interpretativos, pero todos deben respetar los principios constructivos (...). Estos se derivan de tres mandatos fundamentales: a) de legalidad, b) de respeto elemental de los derechos humanos y c) del principio republicano. (...). El Estado de Derecho empuja hacia su mayor efectividad, el Estado de Policía hacia su retroceso”.

Principio de legalidad y máxima taxatividad legal e interpretativa son de trascendental importancia en torno a esta cuestión, como lo son asimismo buena fe y pro homine, conforme al cual cualquier derecho consagrado debe interpretarse siempre como límite a la criminalización y nunca como pretexto o justificación de esta.

Acordar al Ministerio Público Fiscal la posibilidad de “asegurarse una condena” mediante el procedimiento abreviado de juicio, pudiendo introducir en el acuerdo que a tal fin se celebre distintas calificaciones alternativas y, en consecuencia, distintos pedidos de pena; sin ningún lugar a dudas –de ser admitidos por el Tribunal- resulta en ampliar el poder punitivo estatal en desmedro del Estado de Derecho.

Por otro lado, esta tan pretendida igualdad de armas que se busca alcanzar en el modelo acusatorio, en el cual estructuralmente ya la parte acusadora posee una infraestructura o maquinaria (estatal) con la que no cuenta quien es sindicado como imputado; se vería reforzada a favor del acusador si le concediésemos ante un tribunal la posibilidad de lograr acuerdos viables con este tipo de calificaciones alternativas.

## **VI- Conclusión.**

Como adelantara hace ya unos cuantos párrafos, en modo alguno las conclusiones a las que aquí hemos arribado pretender gozar de un valor de verdad absoluta, sino más bien dar el paso inicial a fin de que surjan otras ideas – complementarias, distintas o no- al tema en cuestión.

En virtud de las consideraciones que se han formulado a lo largo de este trabajo, soy de la opinión que no resulta procedente que un magistrado acogiera una solicitud de juicio abreviado plasmado en un acuerdo que contenga calificaciones alternativas. Ante tal supuesto -ya que nada obstaría a que las partes en contienda lo realicen- al efectuar el juez el control de legalidad del mismo, entiendo que debiera rechazarlo por las razones antes dadas, y mandar a continuar el procedimiento ordinario por ante otro magistrado.

Asimismo, y como argumento de mayor peso, el último párrafo del 335 del CPP dice expresamente “El requerimiento podrá indicar alternativamente aquellas circunstancias de hecho que permitan encuadrar el comportamiento del imputado en un tipo penal distinto, para el caso de que no resulten demostrados en el debate los elementos que componen su calificación jurídica principal, a fin de posibilitar la correcta defensa del imputado.” Nótese que se refiere al caso en que no resulten demostrados en el debate los elementos que componen la calificación jurídica principal; debate que no ha de existir si se opta por el procedimiento abreviado, en donde los elementos de cargo serán los recolectados durante el curso de la IPP.

De esta manera cabría pensar que el legislador al tiempo de diseñar el instituto en estudio lo hizo excluyendo su aplicación para el caso en que no exista debate oral en el curso del proceso.

---

### **Bibliografía:**

- Ares, José Luis. El juicio correccional y otros procedimientos especiales en la provincia de Buenos Aires. 2.006.
- Córdoba, Gabriela E. El juicio abreviado en el código procesal penal de la nación.
- Ares, José Luis. Nuevo perfil del principio de correlación entre acusación y sentencia. 2.008.
- Guzmán, Nicolás. La acusación fiscal alternativa o subsidiaria. Reflexiones en torno a su validez lógica y jurídica. 2.006.
- D'Empaire, Eduardo. La acusación alternativa en el proceso penal de la Provincia de Buenos Aires: Una exégesis posible. 2.007.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro. Manual de derecho penal. Parte general. 2.006.
- Ares, José Luis. Garantías constitucionales en el proceso penal. Fundamentos, finalidades y funciones.
- Zaffaroni, Raúl Eugenio. Estructura básica del derecho penal. 2.011.
- Bacigalupo, Enrique. Derecho Penal y el Estado de derecho. Ed. Jurídica de Chile. 2005.