

El debate sustanciado mediante el sistema de enjuiciamiento por jurados arribó a un veredicto de no culpabilidad en favor de los imputados del proceso por los delitos de apremios ilegales, vejaciones reiteradas calificadas por violencia y amenazas, y por el delito de torturas.

La víctima constituida como particular damnificada, pese a la falta de contemplación legislativa expresa en el ámbito procesal de la Provincia, interpuso recurso de casación ante el tribunal criminal correspondiente contra el veredicto de no culpabilidad, como manifestación de su derecho de acceder a la justicia, y en el ejercicio del derecho a la protección judicial y a la tutela judicial efectiva. El Tribunal Criminal resolvió declarar inadmisibles el recurso interpuesto afirmando la ausencia de regulación en dicho sentido, y destacando que, ante la imposibilidad recursiva del Ministerio Público en casos de veredictos de no culpabilidad, el particular damnificado se encontraría en idéntica situación, atado de pies y manos.

La defensa pública, patrocinando a la víctima como particular damnificada interpuso recurso de queja ante el Tribunal de Casación Penal de la Provincia, manifestando el obstáculo en el acceso a la justicia y el derecho a gozar de la protección judicial que el Estado se ha comprometido a brindar a todos los ciudadanos, lo que implica un concreto deber estatal de garantizar el acceso al recurso judicial.

Se planteó además la inconstitucionalidad por omisión de la normativa procesal provincial —arts. 79, inc. 7º, 423, 453, 452 último párrafo, 371 *quater* inc. 7º, 450, 448 *bis* del CPP—, porque no contemplan la posibilidad de recurrir el veredicto de no culpabilidad emitido por el Jurado Popular considerando la legitimación activa de la víctima como particular damnificada. Y se alegó entre otros aspectos, la desigual protección que el propio Estado, por intermedio de sus órganos legislativos y judiciales, brinda a aquellas víctimas de violencia institucional, respecto de aquellas víctimas de delitos de menor entidad que cuentan con todas las facultades recursivas que el Estado legislativamente pone a su disposición.

En oportunidad de resolver el pedido el Tribunal de Casación Penal de la Provincia admitió la queja presentada, pero resolvió

rechazar por improcedente el recurso de casación interpuesto contra el veredicto de no culpabilidad pronunciado por los jurados.

Para resolver de esa forma tuvo en cuenta los siguientes dos ejes: 1) El derecho del acusador —sea público o privado— a recurrir la absolución del imputado no tiene reconocimiento constitucional; y 2) La naturaleza soberana de la decisión del jurado popular, que es la razón de ser de la irrecurribilidad de su veredicto.

En relación con el primer eje se afirmó que el derecho de acceder a la justicia y a la protección judicial no debe confundirse con el derecho al recurso, pues se trata de dos cuestiones, que si bien están vinculadas, no son lo mismo. Los tratados internacionales reconocen el derecho al recurso solo a favor de la persona inculpada de delito (art. 8.2.h de CADH).

El acceso a la jurisdicción, y consecuentemente a obtener una sentencia útil, no implica necesariamente el derecho a ejercer la vía recursiva. El derecho al recurso es una de las manifestaciones del derecho a ser oído, pero no son cuestiones plenamente equiparables, se advierte entre ellas una relación de género a especie. Se afirma que el art. 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) al emplear el término "recurso" se refiere al mecanismo de *habeas corpus* o amparo.

El Tribunal de Casación afirmó que la víctima goza del derecho al debido proceso y tiene convencionalmente reconocido el derecho a la jurisdicción y protección judicial. A fin de garantizar tales derechos nuestro sistema procesal vigente consagra derechos y facultades para permitirle comprobar el delito y descubrir a los responsables.

En relación con el segundo eje el Tribunal sostuvo que el carácter de irrecurrible del veredicto del jurado es una característica propia de la decisión en sí, que se funda en el carácter soberano del órgano que la dicta. La característica del veredicto de no culpabilidad es que cierra de manera definitiva e irrevocable la potestad punitiva estatal o privada sobre el acusado. Cuando el pueblo soberano —como jurado— niega el permiso político de aplicar el poder penal, la persona debe quedar libre en el acto ya que nadie más podrá modificar esa decisión. El jurado es la expresión de la soberanía del pueblo, y

como tal no puede ser desconocida por ninguno de los poderes del Estado.

En función de ello se declaró admisible el recurso de queja interpuesto por la víctima, se rechazó la inconstitucionalidad por omisión planteada y se declaró inadmisibles el recurso casatorio contra el veredicto de no culpabilidad dictado.

Finalmente, la Suprema Corte de Justicia de Bs. As. (21) resolvió rechazar el recurso planteado y entre sus argumentos señaló que "...de la circunstancia de que la víctima sea un sujeto beneficiario de las garantías del derecho internacional de los derechos humanos, y que por ende, pueda intervenir en el proceso penal como un sujeto procesal legítimo (art. 77 y ccds., CPP —tal como lo hizo la víctima de autos a quien el Estado le aseguró el patrocinio jurídico gratuito a través de la defensa oficial—), no parece derivarse un derecho de raigambre constitucional a hacer revisar los veredictos de no culpabilidad que emita el jurado popular".

Es importante destacar la mención que hace a la promoción de una mayor participación de la víctima en el procedimiento de jurados, sobre todo en casos que puedan encerrar graves violaciones a los derechos humanos. Indicarón los jueces en ese sentido que "...en ese sentido, cabe aclarar que lo aquí resuelto se circunscribe íntegramente al rechazo de la grave petición de inconstitucionalidad formulada en concreto, sin que lo dicho desmerezca el debate que en los ámbitos idóneos pueda darse a los fines de evaluar la posibilidad de innovar en la materia".

IV.2. Necesidad de oportuna protesta para cuestionar las instrucciones en el recurso de casación art. 448 bis, inc. c)

Frente a un planteo defensorista denunciando arbitrariedad en la confección de las instrucciones y en su registro, como en la sentencia, la Sala I del Tribunal de Casación Penal (22) resolvió que "...el Ministerio de la Defensa no puede en esta instancia establecer una crítica sobre las instrucciones que su misma actividad contribuyó a establecer sin que haya mediado disidencia u oposición de su parte respecto de las finalmente fijadas, debiéndose tener en cuenta que las exigencias de la regla procesal que ampara la potestad recursiva en materia de instrucciones al jurado [art. 448 bis inc. c) del CP] incluyen el oportuno cuestionamiento de las instruc-

ciones al jurado más la acreditación que la instrucción que fuera puesta en crisis ha condicionado la decisión de dicho cuerpo, debiendo a este fin la defensa explicar qué incidencia y entidad tendría la misma para producir ese efecto" (23).

IV.3. Jurado estancado: desarrollo del juicio posterior

En la Provincia de Bahía Blanca hubo tres casos donde el jurado se declaró estancado (24), más allá de los planteos que pueden hacerse respecto de su implementación (25), nos interesa mencionar interrogantes que se generan respecto de la realización del nuevo juicio por jurados.

En uno de los debates se juzgó a dos personas por el delito de abuso sexual. Uno de los imputados fue declarado no culpable, pero el otro reunió 9 votos por la culpabilidad. Tras tres rondas de deliberación que ordena la ley, la votación no varió y la jueza declaró estancado el Jurado y tanto el Fiscal como la querrela manifestaron que continuarían con la acusación. Por tal motivo, habrá un nuevo juicio ante otro Jurado.

El caso fue a Juicio por Jurados en función del monto de la pena del delito imputado: "abuso sexual con acceso carnal agravado por la participación de dos personas [art. 119, tercer párrafo, en relación con el cuarto párrafo inc. d) del Cód. Penal]", en calidad de coautores (art. 45, Cód. Penal). Ahora bien, el Jurado dictó veredicto de no culpabilidad para uno de los imputados. En función de tal veredicto, entonces, una de las circunstancias fácticas que motivó la calificación "agravada" del delito ya no se encuentra presente: esto es, la participación de dos personas. Esto genera el primer interrogante respecto de si la Fiscalía sostendrá la misma calificación. En el caso de que se sostenga la misma calificación jurídica, ¿Que implicancias jurídicas tendría con relación a la decisión dictada por el Jurado en relación con los hechos del caso? ¿Se le debe hacer saber al Jurado que el coimputado fue declarado no culpable? ¿Puede ser llamado a declarar? ¿La denunciante se puede referir en su declaración a la participación de este imputado? Estos son algunos de los interrogantes que nos surgen y que veremos cual es la solución que se adopta durante el juicio.

Cita online: TR LALEY AR/DOC/2338/2023

(21) Causa P. 130.555, "García, Aron Elías Naon —particular damnificado— s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa n° 78.302 del TCas. Penal, Sala V, seguida a "Bray, Juan Pablo y Paredes, Javier Maximiliano".

(22) TCP Sala I, "Llanos Méndez, Santos s/ recurso de casación", 17/11/2017, Causa N° 81.523.

(23) TCP, Sala I, "Mazzon", 27/10/2015, c. 72.016.

(24) El art. 371 *quater*, inc. 2 del CPPBA dispone: "2.

Jurado estancado. Cuando no se obtuviera el número de votos requeridos respecto a los interrogantes planteados en a) y/o b) del apartado anterior, se debatirá y votará nuevamente la cuestión hasta tres [3] veces. De mantenerse la situación, el veredicto será de no culpabilidad, salvo que se hubieran obtenido más de ocho [8] votos afirmativos, en cuyo caso el jurado se declarará estancado, y el presidente hará saber tal circunstancia al secretario. El juez convocará inmediatamente al jurado a la

sala de audiencia. Una vez presentes todas las partes, el o los imputados y la totalidad del jurado, el juez comunicará que el jurado se declaró estancado, y le preguntará al fiscal si habrá de continuar con el ejercicio de la acusación. En caso negativo, el juez absolverá al acusado, salvo que el ofendido constituido como particular damnificado sostenga la acusación que hubiere formulado el fiscal en la oportunidad del art. 334. En caso afirmativo, el jurado volverá a deliberar y votar las cuestiones. Si el

jurado continuase estancado, se procederá a su disolución, y se dispondrá la realización del juicio con otro jurado. Si el nuevo jurado también se declarase estancado, el veredicto será de no culpabilidad".

(25) ARES, José Luis, "Jurado estancado y en bis in idem", en *Juicio por Jurados. Proceso adversarial en la provincia de Buenos Aires*, Editores del Sur, 2020, t. I.

La doctrina del delito menor incluido en el juicio por jurados

Nicolás Schiavo



Abogado (UBA). Especialista en Derecho Penal y Criminología (UNLZ). Doctor en Derecho (UBA). Profesor de posgrado en "Valoración de la Prueba" y en "Juicio por Jurados" en la Universidad de Palermo. Profesor de grado en "Valoración de la Prueba" en la Universidad de Buenos Aires. Profesor invitado en la Universidad de Talca (Chile) y Universidad de Medellín (Colombia). Profesor de posgrado en la Universidad Católica de Salta y del Comahue. Capacitador en razonamiento probatorio en la Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura de Tucumán. Ha publicado diversas obras sobre razonamiento probatorio, derecho procesal penal y juicio por jurados, y brindado conferencias sobre estos tópicos en la Universidad Autónoma de México, Universidad de Medellín, Universidad de Talca, Corte de Apelaciones de Talca, Corte de Apelaciones de Piura, y en la Universidad de Girona.

SUMARIO: I. Introducción.— II. El problema doctrinario base.— III. Fundamentación de la doctrina.— IV. Problemas constitucionales.

I. Introducción

A poco de cumplirse diez años de la sanción de la ley 14.543 de Juicio por Jurados, se han planteado cuestiones emergentes del litigio, que condujeron a la aplicación, casi automática, de aquellas soluciones pensadas en el sistema estadounidense. Este apresurado comparativismo legal (1), que inobserva los contextos culturales, estructuras burocráticas, procedimentales, compromisos institucionales y legales, completamente diferenciados, tiene la potencialidad de generar problemas de dificultosa solución.

El caso más paradigmático de ellos es el vinculado con la doctrina del delito menor incluido, ya que a poco que se indaga en los elementos distintivos del instituto y de los conflictos constitucionales que genera, se advierte mucho más acertada la presentación que hace la doctrina cuando la expone como “una hidra de muchas cabezas” (2), o la jurisprudencia que la ha conceptualizado como: “...un verdadero mar de sargazos que no podría fallar en desafiar al navegante judicial más intrépido...” (3).

II. El problema doctrinario base

La primera dificultad es la de establecer los límites conceptuales del instituto, para lo cual se han presentado diversas teorizaciones.

Este aspecto es fundamental, porque una incompreensión de los objetivos, y de las definiciones, conducen a una ambigüedad terminológica y conceptual, que provoca un conjunto problemático de agravios constitucionales.

II.1. La tesis de interpretación estricta de la ley

Una tradicional interpretación se vincula con la tesis de interpretación estricta de la ley, la cual plantea que existe un delito menor cuando todos sus elementos constitutivos están en el mayor (4).

Un ejemplo de esta dimensión normativa diferenciada se aprecia en la polémica presente en el caso “Álvarez y Telechea” (5), respecto a las relaciones entre el delito de homicidio simple (art. 79, CP), y el homicidio culposo (art. 84, CP), para establecer si esa relación estricta se produce.

De este modo, al tratarse de un problema normativo, este se asume como parroquial, y las soluciones dadas en un ámbito normativo no son trasladables, ya que aquí las disposiciones tienen estructuras fácticas diferenciadas (6).

La teoría estricta de interpretación es aplicada por numerosas jurisdicciones federales estadounidenses (7), y su principal beneficio es que al analizar en abstracto los elementos individuales de cada

infracción, se proporciona un adecuado respeto al principio de legalidad y congruencia (8).

Pero ello es muy poco, y hasta allí llegan los beneficios emergentes de su simpleza.

En primer lugar, no todas las disposiciones legales hacen fácil determinar cuándo se está en presencia de una relación de homogeneidad parcial de los elementos constitutivos; y una respuesta idénticamente estricta (inflexible), parecería ser inconsistente con los propósitos que animan la doctrina.

Pero el asunto se complejiza, bajo cualquiera de los fundamentos que aquí se presentan, cuando la legislación (o la jurisprudencia) imponen que el juez, de oficio, deba efectuar una introducción de todos estos delitos menores. En el caso de la teoría estricta de la ley, es posible apreciar que los actuales sistemas legales se encuentran plagados de múltiples tipificaciones superpuestas, y sumamente complejas.

Todo ello tiene un efecto complejo en la visión legal estricta, pues la cantidad de veredictos posibles a los que se exponen los jurados, colocan el casillero de “no culpable” en un lugar tan lejano, que el formulario es una invitación a la condena, alterando el principio de veredicto general.

Algunos ejemplos pueden ilustrar estos conflictos de multiplicidad de soluciones.

Supóngase un robo agravado por el uso de arma de fuego (art. 166, inc. 2, segundo párrafo, CP), siendo que con ella golpeó a la víctima en la cabeza produciéndole un corte (lesiones leves, art. 89, CP). A su vez, y mientras estaba huyendo efectuó un disparo al aire para que la víctima no lo siguiera.

Un formulario de veredicto que incluyera todas las posibles soluciones emergentes del debate implicaría un primer casillero de culpable por robo agravado por el uso de arma de fuego, un segundo por robo con arma, un tercero por arma cuya aptitud para el disparo no pudo acreditarse, un quinto, por robo simple, el sexto por lesiones. Por su parte, si se tratara de más de un sujeto, y cada uno de ellos asumiera distintos roles en la conformación del hecho, las posibilidades de intervención criminal (asumiendo tres) implicarían una potenciación de las seis anteriores, que arrojaría ciento veinticinco opciones de condenas posible, antes de una última de absolución (9).

II.2. La tesis de afinidad

A los fines de relajar los contornos de ese enfoque, y captar un conjunto de supuestos que están más allá de los límites del concurso aparente, la jurisprudencia

estadounidense modificó los fundamentos bajo la tesis de los delitos cognados.

Con estos nuevos postulados, la Corte Suprema de Justicia de Michigan en “People vs. Van Wyck” (10), sustentó que todas las formas del homicidio involuntario son delitos menores del asesinato, indicando que para ello es necesario considerar los alegatos, y aquellos sucesos que fueron materia probatoria en el juicio.

De tal modo que la Tesis de Afinidad presenta dos subvariantes.

Por un lado, se realiza un análisis del alegato de las partes, para determinar si de ese relato es posible establecer la existencia de un delito menor que pudiera ser incluido. Este punto de vista presenta ciertos problemas, ya que el lenguaje utilizado en las palabras de clausura puede generar pobres relaciones con las múltiples variantes que se abren cuando se realizan conexiones inferenciales con las evidencias.

Por ello, una segunda expresión, se vincula más con estas últimas. De este modo, el delito menor asume una hipótesis emergente de las conexiones plausiblemente explicativas derivadas del desahogo de las evidencias.

La teoría cognada es encantadoramente simple para solucionar una multiplicidad de casos, y para alienarla con los objetivos subyacentes. Por ello fue adoptada como la tesis mayoritaria (11).

Pero el beneficio preanuncia el problema, ya que la ganancia acontece con base en una amplitud tal que deja librado al azar la suerte de cualquier imputación (12), y compromete principios básicos del debido proceso.

El principal problema, de muchos, es que con ello se afecta el derecho de defensa en juicio, pues bajo tales postulados un imputado debería ser capaz de resistir todos los posibles delitos menores, con enfoques probatorios contradictorios, o aceptar que es mejor hacerlo con el hecho más gravoso, entregándose a una condena por las imputaciones menores.

De este modo, la teoría generaría incentivos perversos para un acusador que le bastaría con presentar una acusación mucho más gravosa, aunque desprovista de suficientes evidencias, para que el imputado no pueda defenderse del delito menor incluido (13).

II.3. Equivalencia lesiva

El denominado Código Penal Modelo de los Estados Unidos, introduce una tercera solución a la doctrina del delito menor incluido en la Sección 1.07[4](c).

Allí se señala que un veredicto por delito menor está disponible cuando la diferencia

con el delito imputado se exprese en el resultado que queda igualmente contemplado por la infracción menos grave. El lenguaje propuesto ha sido recibido de buen agrado por la Corte Federal del Circuito de Columbia (14), la cual limitó a que los delitos tengan una vinculación a la tutela de los mismos intereses.

Una traducción del enfoque sería consistente con la extensión de la tesis estricta, ya que de lo que se trata es de encontrar vinculaciones normativas con el mismo bien jurídico tutelado, que puede ser objeto de lesión o puesta en peligro.

La propuesta logra captar una buena parte del lenguaje empleado en el mentado caso “Álvarez y Telechea” (15), ya que, si se trata de establecer la atribución de responsabilidad por la muerte de una persona, se verificaría una equivalencia lesiva entre el homicidio doloso (art. 79, CP) y culposo (art. 84, CP).

Pero a poco que se analizan sus fundamentos se advierte que mientras sus alcances son muchos más amplios que los proporcionados por la teoría estricta, también se restringen los asignados a la Teoría de la Afinidad. Esto es así porque a diferencia de esta última, que resulta tributaria de los hechos y las pruebas litigadas, la propuesta de equivalencia lesiva también presenta dependencia de una estructura normativa.

De este modo, mientras soluciona el problema de la imputación de homicidio doloso y culposo (arts. 79 y 84, CP), no hace con el conjunto de supuestos implicados en la fundamentación del instituto.

III. Fundamentación de la doctrina

La Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, sostuvo en “Beck vs. Alabama” (16) que la doctrina es una tradición del *common law*, a partir de la cual los jurados —en los casos sancionados con pena de muerte— deben tener la capacidad de condenar a un imputado por cualquier delito menor.

Pero de un profundo estudio histórico de la doctrina (17), se advierte que el beneficio estaba inicialmente pensado para favorecer el acusador, que de este modo disponía de una instrucción que permitía despejar las tribulaciones morales de los jurados, para alcanzar un veredicto condenatorio.

La ejecución de aquellos iniciales enfoques recién comenzaron a virar hacia mediados del siglo XX, cuando se la presentó como un adecuado resguardo del imputado, y una sustancial mejora en la determinación de los hechos, trasladándola más allá de los supuestos de pena capital.

Este nuevo lenguaje, implicaba levantar dos argumentos diferentes (18).

El primero proporcionado por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Uni-

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) ALLEN, R. J., “Los peligros de la investigación en derecho comparado”, *Debatiendo con Taruffo*, Marcial Pons, Madrid, 2019.

(2) BLAIR, C. R., “Constitutional Limitations on the Lesser Included Offense Doctrine”, *A. Crim. L. Rev.*, vol. 21, 1984, ps. 445-476.

(3) “Albernaz v. United States”, 450 US 333, 1981.

(4) SHELLENBERGER, James A. - STRAZZELLA, James A., “The Lesser Included Offense Doctrine and the Constitution: The Development of Due Process and Double Jeopardy Remedies”, *Marquette Law Review*, vol. 79, no. 1, 1995, ps. 1-193.

(5) SC Buenos Aires, “Lucas Eduardo Álvarez y Daiana Ayelén Telechea s/ Recurso extraordinario de inapli-

cabilidad de ley en causa N° 97.120 del Tribunal de Casación Penal, Sala I”, 03/04/2023, TR LALEY AR/JUR/51500/2023.

(6) MAIER, Julio J. B., “Derecho Procesal Penal”, Del Puerto, Buenos Aires, 1996, t. I, p. 575. Tampoco es pertinente una equiparación bajo la asunción del error de tipo de la imputación dolosa, pues únicamente se responde a título de culpa cuando esa ausencia de equivalencia pueda ser predicada como un supuesto de “imprudencia” en función de ser un error veniable (véase ZAFFARONI, Eugenio R. - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro, “Derecho Penal. Parte General”, Ediar, Buenos Aires, 2002, 2ª ed., p. 535).

(7) “People v. Rosario”, 625 F.2d. 811, 912, 9th Cir, 1979; “Therault v. United States”, 434 F.2, 212, 214, 5th

Cir., 1970.

(8) HOFFHEIMER, Michael H., “The Rise and Fall of Lesser Included Offenses”, *Rutgers Law Journal*, vol. 36, no. 2, 2005, p. 357.

(9) Si el ejemplo se realiza con el art. 119 CP la potenciación se torna ridículamente ingobernable.

(10) 262 N.W.2, 638 Mich., 1978.

(11) BLAIR, C. R., “Constitutional Limitations on the Lesser Included Offense Doctrine”, ob. cit., p. 449.

(12) KOENIG, D., “The Many-Headed Hydra of Lesser Includes Offenses: A Herculean Task for the Michigan Courts”, *Det. C. Law Review*, no. 41, 1975, p. 51.

(13) De hecho, ante el riesgo de condena errónea por el delito mayor, podría abrazarse a esta posibilidad declarándose culpable del menor (pretendiendo incluso

realizar una cuerdo abreviado).

(14) “United States v. Whitaker”, 447 F.2d, 314, D.C. Cir, 1971.

(15) SC Buenos Aires, “Lucas Eduardo Álvarez y Daiana Ayelén Telechea s/ Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa N° 97.120 del Tribunal de Casación Penal, Sala I”, ob. cit., TR LALEY AR/JUR/51500/2023.

(16) 447 US 625, 1980.

(17) Una investigación más amplia, véase en SCHIAVO, Nicolás, “El juicio por jurado”, Hammurabi, Buenos Aires, 2ª ed., (en prensa).

(18) SHELLENBERGER, James A. - STRAZZELLA, James A., “The Lesser Included Offense Doctrine and the Constitution...”, ob. cit., p. 101.

dos en “Beck” (año 1980), pero desarrollado en “Keeble vs. United States” (19), relativo a que si los jurados son instruidos sobre que deben emitir un veredicto absolutorio cuando la Fiscalía no ofreció evidencias para condenar, una persona se vería expuesto al riesgo de condena, si la práctica se apartara de las consideraciones teóricas, ante una sospecha de culpabilidad por un delito menor. Es decir, en ausencia de tal opción el jurado condenaría por la única posibilidad que se le presenta.

Esta fundamentación, puede ser aplicable a cualquiera de las tres tesis destinadas a delimitar la teoría, pero en cualquier supuesto, se encuentra profundamente equivocada.

En primer lugar, si un jurado condena en esos contextos verificables, se estaría en presencia de un error constitucional que debería ser revertido por el recurso en los términos resueltos por la propia Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en los casos *in re* “Winship” (20), y “Jackson vs. Virginia” (21).

Pero si el veredicto de culpabilidad pudiera ser razonablemente defendido, la instrucción de delito menor estaría asumiendo una duda allí donde el jurado no la había expresado (22).

El argumento también presenta otro conflicto. Las instrucciones al jurado, han sido presentadas como un soporte a la razonabilidad del veredicto, de allí que el argumento dado en “Keeble” (año 1973), relativo a que la teorización puede no expresarse en la práctica, es asumir que la relación, entre instrucciones y veredicto, es conceptual, no empírica.

Todo ello es inconsistente con la asunción de las instrucciones vinculadas a la duda razonable, ya que los debates relativos a su lenguaje y su fuerza convictiva, tienen el deliberado propósito de evitar el riesgo de que ante una duda, el jurado tome una acción condenatoria.

Un segundo conflicto se hace presente con aquel argumento, pues si la teoría no gobierna el caso, los institutos que se proponen tienen que tener la capacidad de hacerlo.

Hay que afirmar que el riesgo de error se reduce con una instrucción de delito menor, implica levantar una afirmación empírica, cuyo valor de verdad es dependiente de pruebas emergentes de investigaciones, no de especulaciones. Pero lo cierto es que no se aprecia ninguna referencia a una indagación sobre el modo en que los jurados interpretan la duda razonable, o las imputaciones débilmente corroboradas que ameritan una instrucción de esa clase.

Si se analiza en un todo el argumento suministrado por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en “Álvarez y Telechea” (23), un segundo juicio, con instrucción menor por homicidio culposo, podría culminar con un veredicto de culpabilidad por homicidio doloso. Pero este debería ser revocado, asumiendo el análisis probatorio con perspectiva de género que allí se indica. De tal modo que la Corte no podría alegar que esa irrazonabilidad se debería ha-

ber corregido con una instrucción de esa clase, porque ella estaría expresando que es la Corte —no los jurados— quienes no pretenden dejar impune el caso, en presencia de un error del fiscal en la formulación de los cargos.

Un tercer yerro en aquella presentación, es que ello refuerza uno de los tres agravios constitucionales, consistente en el debilitamiento del resguardo de la prueba (función epistémica) (24), ya que la razonabilidad de los veredictos se analizan por sus conexiones con las evidencias relevantes admitidas. De allí que la doctrina puede generar —sin un adecuado resguardo de aquella garantía— un conjunto de incentivos perversos para que los fiscales se vean empujados a promover imputaciones radicalmente gravosas, aunque no cuenten con elementos relevantes para sustentar esa teoría del caso.

Esto es así, porque entre la declamada impunidad, y una sanción menor, esta segunda opción aparece como más razonable en contraposición a la absolución, de lo que sería una ponderación del caso si el delito menor hubiera sido el único imputado.

Pero el fallo “Keeble” tiene un segundo fundamento en favor del delito menor, que se encuentra ratificado en “Beck”, relativo a que cuando se suministra una instrucción de esta clase, se aumenta la precisión de los veredictos, disminuyendo el riesgo de una condena injustificada.

El argumento no se refiere a un jurado particular, sujeto a las tribulaciones de dejar impune un hecho o de condenar pese a que no logró despejar las dudas razonables, sino que lo hace con el sistema en su conjunto.

El enfoque es problemático por donde se lo analice, y únicamente consistente con la Tesis de Afinidad con la prueba.

En primer término esa tesis es la que más conflictos de delimitación presenta, y la que genera una mayor cantidad de agravios constitucionales, de tal modo que lejos de disminuir el riesgo de condena injustificada presenta una tendencia a multiplicarla.

Esta es la razón por la cual la idea central de “Beck”, no se extendió a resolver todos los casos, sino que se limitaba a los que involucraban la imposición de la pena de muerte, ya que no se pretendía proporcionar una solución razonable al conjunto de desafíos que ese enfoque presentaba.

En segundo lugar, asumir que cualquier veredicto de opciones múltiples aumenta la precisión de los jurados, como buenos determinadores de los hechos, es una que excede los contornos de aquel instituto. Es decir, de ser tomada con seriedad se debería objetar cualquier juicio, un punto de vista tremendamente inconsistente con el enfoque del jurado como un buen determinador de los hechos, cuyo resguardo no está puesto en la capacidad de tener disponibles una consistente cantidad de respuestas positivas antes de tener que acudir al casillero de no culpable.

De hecho, la doctrina legal estadounidense (25) ha concentrado las afirma-

ciones de que el juicio por jurados, tiene una legitimidad epistémica en un diseño de democracia deliberativa y participativa, cuyas reglas básicas —emergentes del derecho probatorio, imparcialidad y estándar probatorio— permiten alcanzar una decisión definitiva con pretensiones de verdad.

Los intentos de concentrar los esfuerzos doctrinarios destinados a dotar de mayor precisión la regla de decisión del veredicto del jurado (26), entre los que se encuentran los proporcionados en “Ramos vs. Louisiana” (27), parecieran ser absolutamente inconsistentes con el veredicto de opciones múltiples en cascada que nos propone la tesis del delito menor.

Pero esto último se conecta con la tercera objeción relativa a aquella afirmación de “Keeble”, pues ello implica una inversión de las reglas que rigen la prueba.

Las disposiciones legales sobre la evidencia asumen que la razonabilidad de cualquier clase de veredicto está dada por las conexiones que ella presenta con las evidencias relevantes previamente admitidas, en función de los hechos alegados, todo lo cual proporciona un marco de confiabilidad a las decisiones adjudicativas.

Se trata de un modelo emergente, cuyo dominio se expresa en el control de la prueba por medio de los alcances conferidos a las disposiciones probatorias que principalmente se centran en las reglas 102, 401 y 403 (reglas federales de evidencia), que posteriormente encuentran su reflejo en las instrucciones particulares que se ponen en conocimiento del jurado.

La extraña asunción de un modelo que pretende aumentar la confiabilidad epistémica de los veredictos al suministrar diversas opciones, amplía los problemas, en lugar de reducirlos, ya que también lo hace con esas posibles conexiones. Es decir, se permitiría que los jurados extrajeran varias conclusiones fácticas diferentes, algunas contradictorias.

Por lo tanto, todos aquellos argumentos vinculados con el principio de confiabilidad del proceso de determinación de los hechos se diluyen, impidiendo evaluar la razonabilidad de la decisión alcanzada.

El temor de una asignación errónea del jurado no es nuevo en el estudio legal contemporáneo (28), y las indagaciones sobre sus motivos tienden a establecerse sobre la determinación de las imputaciones, las conexiones de ellas con evidencias relevantes, y el dominio inferencial emergente de esas capacidades explicativas, cuando estas conexiones se debilitan, la multiplicidad de veredictos posibles aumenta el riesgo.

IV. Problemas constitucionales

Cualquiera fuera el enfoque de justificación y delimitación que se asigne a la doctrina, esta se enfrenta a dos grandes problemas que afectan diversos derechos constitucionales.

En el mundo legal angloestadunidense, estos conflictos fueron abordados por

medio de una sucesión de resguardos organizacionales, legales y jurisprudenciales, que pretenden limitar los posibles efectos perjudiciales.

IV.1. La determinación de la acusación

Una noción básica del debido proceso, es el requisito de que el acusado sea debidamente notificado del hecho que se le imputa, y la asignación jurídica en los cuales se encuadra, de tal modo que pueda defenderse, ya sea resistiendo la explicabilidad de la teoría del caso, la relevancia lógica y material de las evidencias (proporcionando sus propias hipótesis, y ofreciendo prueba consistente con ellas).

En los Estados Unidos, esta garantía se encuentra contenida en la Sexta Enmienda, donde se establece que, en todos los procesos criminales, el acusado gozará del derecho a ser “...informado de la naturaleza y causa de la acusación”, y en nuestro sistema se encuentra en el art. 8º, inc. 2, apart. b), de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

Más allá de los alcances que se le asigne al derecho, lo cierto es que toda la tesis del delito menor incluido plantea problemas al principio básico de intimación de los cargos, ya que estos emergen del debate, una vez concluido.

Tal como señala la doctrina (29), nadie puede defenderse de aquello que no conoce; de tal modo que el debido proceso requiere de una comunicación previa que incorpore un hecho concreto, y las circunstancias que lo caracterizan como jurídicamente relevante.

Sin perjuicio de ello, la jurisprudencia estadounidense, pareciera no haber encontrado obstáculos para aceptar que el alegato de la acusación es una comunicación suficiente del delito menor incluido, a los efectos legales de una intimación.

Si bien la Corte Federal del Distrito de Columbia en “Walker vs. United States” (30), sostuvo que no se satisfacía plenamente el requisito de la notificación, no anuló el caso al señalar que el acusado había contado con una posibilidad —aunque tardía— de ensayar una defensa.

Pero en “Mildwoff vs. Cunningham” (31), el Tribunal de Distrito Sur de New York fue más allá, y sostuvo que el condenado por un delito menor de abuso sexual, ante una acusación principal por violación, no tenía derecho a impugnar la condena, ya que esta última acusación representa un aviso tácito suficiente de todos los delitos menores incluidos.

Este razonamiento solo puede ser aceptado bajo una interpretación poco estricta de los límites del derecho a una intimación clara, precisa y circunstanciada.

Otra forma de aceptar que una acusación formal contiene los delitos menores incluidos, es que estos también sean notificados de modo conjunto desde la primera oportunidad disponible. Pero esto no solo reforzaría la procedencia exclusiva de la teoría estricta de la ley, sino que se demostraría superflua ante la posibilidad de articular una de afinidad, donde

(19) 412 US 205, 1973.

(20) 397 US 358, 1970.

(21) 443 US 307, 1979.

(22) Diverso sería el caso, aunque igualmente problemático, si la instrucción fuera suministrada a un jurado estancado.

(23) SC Buenos Aires, “Lucas Eduardo Álvarez y

Daiana Ayelén Telechea s/ Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa N° 97.120 del Tribunal de Casación Penal, Sala I”, ob. cit., TR LALEY AR/ JUR/51500/2023.

(24) SCHIAVO, Nicolás, ob. cit.

(25) ROBERTSON, Christopher - SHAMMAS, Michael, “The Jury Trial Reinvented”, *Texas A&M Law Review*, vol.

9, I, 1, 2021, p. 112.

(26) LAUDAN, Larry, “Verdad, Error y Proceso Penal”, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 103.

(27) 590 US, 2020.

(28) FORTS, Brian, “Errors of Justice. Nature, Sources and Remedies”, *Cambridge University Press*, New York, 2004; PETRO, Jim - PETRO, Nancy, “False Justice: Eight

Myths that Convict the Innocent”, *Routledge*, 2015.

(29) MAIER, Julio J. B., ob. cit., p. 559.

(30) 418 F.2d, 1116, 1119, D.C. Cir., 1969.

(31) 432 F. Supl. 815, 817, SDNY, 1977.

la descripción del hecho incorpore los elementos ausentes, pues para eso está la acusación alternativa.

Existe un conjunto amplio de situaciones en que los imputados, sobre todo cuando están debidamente asesorados, pueden determinar los posibles delitos menores incluídos, pero ellas son evaluaciones formales, el punto de interés real está en la tesis de afinidad, que siempre resulta dependiente de las pruebas, y de las alegaciones finales del caso. La amplitud que presenta ese enfoque, torna inicialmente ingobernable aquellas capacidades de delimitación.

En función de ello, la Corte Federal del Noveno Circuito impuso la denominada “prueba de relación inherente” (32), donde solo sería admisible —en ausencia de una notificación formal de cargos— una muy estrecha relación probatoria con los delitos menores incluídos, donde sería difícil que el imputado no pudiera dejar de advertir su presencia.

Pero, si se admite esta posibilidad, aunque se amplíen los fundamentos conceptuales del delito menor, cuanto mucho se los coloca dentro del marco de la Teoría de la Equivalencia Lesiva; lo cual atraparía casos como “Álvarez y Telechea” (33), pero no los supuestos de homicidio (o robo) con un encubrimiento.

Ahora bien, también es posible argumentar que la ausencia de una adecuada notificación no es relevante, en todos aquellos supuestos donde la instrucción sea propuesta por la propia defensa, ya que ese paso de acción implicaría una renuncia al derecho.

El argumento se presenta inicialmente plausible, pero su debilidad se aprecia muy rápidamente a poco que se le analiza seriamente, ya que si ese fuera el fundamento la acusación no estaría facultada a requerirlo, ni tampoco podría ser impuesto de oficio por el juez. Es decir, este enfoque —cuanto menos— es contrario a la teoría de la reciprocidad, por medio de la cual se asume que ambas partes tienen derecho a peticionar una instrucción de esa clase (34).

Pero también existe un segundo problema vinculado con los alcances de la renuncia, pues una cosa es que se acepten los delitos menores requeridos por la defensa, que declina el derecho a exigir una imputación precisa y circunstanciada, y otra muy distinta es que sea ella la que se esté imputando de un supuesto no acusado por el Fiscal, para eludir una resolución eventualmente más gravosa de acuerdo con lo pretendido por el representante público.

Si se acepta ello se afectaría el concepto de juicio previo previsto en el art. 18 de la Constitución Nacional (CN), que impone de una acusación sobre la que pueda ejercerse una defensa, la cual conduzca a una decisión basada en las pruebas desahogadas en el marco del litigio.

Este mismo problema se observó en los Estados Unidos, de tal modo que la Corte

del Estado de Florida, pretendió limitarlo imponiendo, un argumento consistente con la Teoría de Equivalencia Lesiva (35), al señalar que, si bien un imputado podía requerir una instrucción de delito menor, renunciando al derecho de notificación, esta debía ser consistente con el delito alegado en la acusación fiscal. Ello podría solucionar el problema vinculado a la distinción entre el homicidio doloso y culposo, pero sería absolutamente inconsistente con un conjunto de otros supuestos que están en el interés de la doctrina.

IV.2. La teoría del delito menor incluído y la exposición a un doble riesgo

La Teoría de la Instrucción por Delito Menor también presenta conflictos con relación a la prohibición de exponer a un imputado al doble riesgo de condena luego de que el jurado no encontró culpable al imputado del delito principal (sin expresión de motivos), pese a lo cual se lo somete a una posibilidad adicional (36).

En este caso cabe distinguir los supuestos bajo los cuales se restringe, o expande, la doctrina. Los supuestos de estricta legalidad pueden ser consistentes con los concursos aparentes, y no presentar problemas de esta clase, pero no acontece lo propio con la tesis de afinidad.

Cabe aquí recordar que el principal fundamento de los delitos menores incluídos es no dejar impune un hecho, cuando emerge que el imputado estuvo involucrado en este, aunque fuera acusado por otro (37).

En el derecho estadounidense la Quinta Enmienda, de un modo expreso, establece que ninguna persona puede ser expuesta dos veces al riesgo de perder la vida, o integridad física, con base en un mismo delito.

En el caso “North Carolina vs. Pearce” (38), se sostuvo que la garantía proporciona tres derechos diferenciados. Por un lado, contra la posibilidad del Estado de realizar una nueva imputación una vez que el sujeto fue absuelto por ese delito. En segundo término, contra el enjuiciamiento por el mismo delito cuando se produjo una condena. Finalmente, alcanza la posibilidad de imponer múltiples castigos por la misma ofensa.

Por lo tanto, la determinación de un mismo delito a los efectos de establecer los alcances de la doble incriminación está en el centro del debate legal y constitucional estadounidense, que abarca aspectos que, en nuestro campo jurídico cultural, quedan incorporados en la distinción entre el concurso ideal y real.

Pero esto último no quiere decir que los problemas que allí se hacen presentes, no puedan plantearse aquí, ya que eso es dependiente del concepto que se proporcione al delito menor.

Es decir, si se asume la Teoría de la Afinidad o equivalencia lesiva, se estaría modificando el relato del hecho, de tal modo que la capacidad de condenar por la ofensa menor se hace presente una vez que se absuelve por el mayor imputado.

tantivo”, *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico*, vol. 83, nro. 3, 2014, p. 748.

(37) De este modo lo expuso el Tribunal Supremo de Puerto Rico en el caso “Pueblo vs. Ayala García” (186 DPR, 196, 200, 2012), cuando se cuestionó cualquier tesis impediendo del delito menor incluído, ya que ello implicaba dejar impune un hecho, a sabiendas que alguna acción vinculada al evento había sido desplegada por el imputado.

(38) 395 US 711, 1969.

(39) 131 US 176, 1889.

La jurisprudencia estadounidense advirtió este problema cuando en *in re “Neilson”* (39), se indicó que los supuestos de acusación posterior por delito menor únicamente son admisibles cuando hay una absolución tácita por el mayor, advirtiéndose que ello genera un problema de doble imputación.

Por lo tanto, casi todos los debates sobre el delito menor incluído incorporan los conflictos que se centran en establecer los problemas vinculados al doble enjuiciamiento, ya que ambos institutos están estrechamente relacionados.

En estos casos es importante despejar una sucesión de interrogantes que se vinculan al momento en que se produce una incriminación específica (40). Si se afirma que ello sucede con una sentencia definitiva, un acusador podría retrotraer una acusación a etapas previas del proceso, para corregir los defectos advertidos por la defensa, o para obtener otro magistrado que atienda su caso (41).

Pero también corresponde preguntarse si diferentes jurisdicciones pueden procesar a una persona por el mismo hecho, en particular con una imputación sustanciada ante la justicia local que conduce a una absolución, pero que la justicia federal entiende que estuvo incorrectamente sometida a esa competencia, y pretende realizar su propio procedimiento (42).

Un tercer conflicto está en la determinación de cuándo la conclusión del proceso, luego de realizado un juicio, impide otra acción por el mismo evento, pero con un encuadre legal diferente que permite reestructurar su presentación bajo otra teoría del caso.

Una cuarta cuestión se encuentra en determinar si la revocación de una condena impide la realización de un nuevo juicio, exponiendo al imputado al mismo proceso. Está claro que si fue absuelto no respondería un sometimiento a un nuevo juicio, incluso cuando el fallo fuera extremadamente erróneo (43).

Si los alcances de esta protección (*double jeopardy*) son equivalentes al *ne bis in idem*, puede ser un asunto secundario (44), ya que cuando más diferencias se marquen entre ambos institutos, menos compatibles serán los campos jurídicos que habilitan el traslado analítico de los delitos menores, mientras que, si se las aproximan lo suficiente, más pertinente resultan las consideraciones realizadas por la jurisprudencia estadounidense (45).

En todo caso, de lo que se trata es que exista una verdadera disputa fáctica sobre los elementos del delito mayor (dentro de alguna de las tesis conceptuales y argumentales propuestas), que involucren las del delito menor.

Para responder estos interrogantes, es interesante tener presente que la doctrina estadounidense del *double jeopardy* también proyecta el mismo problema conceptual que la advertida en la de la *lesser included offense*.

(40) “Swisher v. Brady”, 438 US 204, 1978.

(41) Ambas cuestiones fueron abordadas, extensivamente, en “Crist v. Betz”, 437 US 28, 1978 y “Green v. Massey”, 437 US 19, 1978, respectivamente.

(42) “United States v. Wheeler”, 435 US 313, 1978.

(43) “Green v. Massey”, 437 US 19, 1978.

(44) STUCKENBERG, C. F., “Double Jeopardy and Ne Bis in Idem in Common Law and Civil Law Jurisdictions”, *The Oxford Handbook of Criminal Process*, Darryl K. Brown, Londres, 2019, ps. 457-475.

(45) Por un interesante estudio, que vincula los ins-

El conjunto de estudios suelen citar un precedente inglés del siglo XVIII, dictado en “Rex vs. Vandercomb” (46), donde se sostuvo que estaba prohibido volver a enjuiciar a un imputado cuando era necesario tomar la misma prueba de los hechos que se había analizado en el primero. Si se invierte el argumento, pareciera que habría poco espacio para sustentar que la doctrina del delito menor incluído no infracciona el precepto que describe el derecho (47).

Algunas cortes estadounidenses no siguieron este criterio, y en “Morey vs. Commonwealth” (48), se sostuvo que había que analizar los elementos de cada delito, ya que podía ser que dos disposiciones legales contuvieran requerimientos particulares que no estuvieran necesariamente incluídos en el otro, aunque compartieran parte, o la totalidad, de las evidencias. Esto podría llevar a que se considerara que la Teoría de la Afinidad del delito menor fuera consistente con “Morey”, y no produjera un agravio constitucional.

Pero este no fue el criterio que culminó imperando en la Corte Suprema de Justicia cuando abordó el asunto en “Blockburger vs. United States” (49).

En esta oportunidad se formuló una acusación por dos delitos distintos derivados de una sola venta de narcóticos, y se formuló la siguiente regla “... cuando el mismo acto, o transacción, constituye una violación de dos disposiciones legales distintas, la prueba que debe aplicarse para determinar si hay dos delitos, o solo uno, es si cada disposición requiere la prueba de un hecho que la otra no”.

El caso prototípico donde todos estos problemas conceptuales eclosionaron fue “Grady vs. Corbin” (50), uno donde el acusado había embestido con su rodado a varios vehículos que tenía próximos en una carretera de New York, por la que ocasionó la muerte de una persona, y lesiones a otra. Un Tribunal de Justicia Municipal impuso una multa por conducir en estado de ebriedad y por cambiar imprudentemente de carril. El acusado se declaró culpable, y abonó las multas.

Posteriormente, un gran jurado lo acusó de tres cargos criminales, consistentes en conducir un rodado en estado de embriaguez, no mantenerse en su carril, y hacerlo a exceso de velocidad en razón de las condiciones climáticas del camino. La defensa solicitó una desestimación de la acción en función de la cláusula que prohíbe el doble enjuiciamiento.

Luego de varias resoluciones, el asunto fue conducido a la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, la cual sostuvo que aquella tutela prohíbe un enjuiciamiento posterior que se extiende en aquellos casos donde, para establecer un elemento esencial de un delito, el Gobierno requiere acreditar una conducta que constituye un delito por el cual el acusado ya ha sido procesado, basándose en la misma clase de evidencia.

Pero esto, que estaría bastante claro en procesos sucesivos, no pareciera ser tan evidente cuando la multiplicidad de posi-

titutos con los procedimientos de control diferenciado, véase TUZET, G., “Assessment Criteria or Standards of Proof? An Effort in Clarification”, *Artificial Intelligence and Law*, vol. 28, 2020, ps. 91-109.

(46) 168 Eng. Rep. 455, 1796.

(47) SUTHERLAND, E., “Double Jeopardy, The ‘Same Evidence Test’ Applied”, *Louisiana Law Review*, vol. 33, nro. 3, 1973, p. 475.

(48) 108 Mass. 433, 1871.

(49) 284 US 299, 1932.

(50) 495 US 508, 1990.

(32) “United States v. Johnson”, 637 F.2d 1224, 9th Cir. 1980.

(33) SC Buenos Aires, “Lucas Eduardo Álvarez y Daiana Ayelén Telechea s/ Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa N° 97.120 del Tribunal de Casación Penal, Sala I”, 03/04/2023, TR LALEY AR/JUR/51500/2023.

(34) “United States v. Thompson”, 492 F.2d, 359, 362, 8th Cir., 1974.

(35) “Anderson v. State”, 255 So. 2d, 550, Fla. 1971.

(36) MIRANDA MILLER, O. E., “Derecho Penal Sus-

bilidades de castigo se hace presente en un único proceso, donde al jurado se le presenta un formulario de opciones múltiples.

La Corte reconoce una diferencia sustancial entre estos dos supuestos.

En los procesos sucesivos —afirma— el Estado puede hacer repetitivos intentos de condenar a una persona, que se ve sometida a la vergüenza pública estigmatizante, el afrontar gastos del juicio, sufrimientos personales, y vivir en un continuo estado de ansiedad e inseguridad.

A su vez, el Estado puede corregir los errores cometidos en los procesos previos, modificando las evidencias, realizando otra línea de interrogatorio, o de los contra exámenes.

Es decir, en casos de juicios sucesivos, Corbin podría ser sometido a juicios secuenciales por cada cargo, hasta que se consiguiera una condena.

Pero nada de esto pareciera suceder cuando el problema se presenta en un único proceso, tanto sea por acusación concursal, alternativa o de delito menor.

Por lo tanto, el punto central, es establecer si la acusación pretende acreditar una conducta, que ya fue parte de un juicio anterior, independientemente de la calificación legal, o de las evidencias relevantes que fueron acompañadas.

Dicho de otro modo, no se trata de contraponer nuevas teorías del caso, o hipótesis explicativas de un conjunto de datos disponibles, sino del mismo evento histórico.

En función de ello, la Corte, en “Grady” (año 1990), sostuvo que si bien “Blockburger” no prohíbe el enjuiciamiento por los cargos de homicidio imprudente, homicidio por negligencia criminal, y agresión imprudente en tercer grado contra Corbin, el Estado, en su declaración de detalles, admitió que probaría a totalidad de las conductas por la cual Corbin fue anteriormente condenado, para establecer los elementos esenciales de estos actuales delitos. Por lo tanto, la cláusula de doble incriminación impediría ese nuevo enjuiciamiento. Sin embargo, esta decisión no lo hacía con otro posterior si la declaración de detalles revelara que el Estado se basaría, en el hecho de que Corbin condujo demasiado rápido bajo fuertes lluvias, con el propósito de establecer una imprudencia o negligencia.

Hasta aquí la Corte pareciera comprender la uniformidad de problemas, aunque tuvo la capacidad de encontrar argumentos destinados a diferenciarlos.

Pero, fue la propia Corte la que revalorizó ese enfoque en “United States vs. Dixon” (51), afirmando que existe una amplia variedad de situaciones que pueden encontrarse involucradas en un único proceso, en que se suministra una instrucción de delito menor incluido, y que implican una vulneración de la garantía.

A modo de ejemplo, y siguiendo la propuesta de analítica de Shellenberger y Strazzella (52), pueden darse varios supuestos.

En un primero, un sujeto puede ser sometido a conocimiento de un juez, o de jurados, para que se considere el delito ma-

yor, juntamente con varios delitos menores, pudiendo concluirse con: 1. Una absolución de todos los cargos (delitos mayores y menores, si se aprecia un concurso ideal); 2. Una condena exclusiva por el delito menor (absolución tácita del mayor); 3. Un veredicto condenatorio por el delito mayor.

Pero también puede suceder como en “Álvarez y Telechea” (53), donde se condena por el delito mayor (aunque allí este fue el único presentado), y se anula ese veredicto por insuficiencia probatoria, quedando pendiente la situación del jurado que no se expidió por el delito menor que debería haberse incluido.

En el precedente de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, se exponen argumentos relativos a la implausibilidad de condenar por el delito de homicidio simple, indicando que ello —en el contexto del caso— implicaba convalidar un supuesto de violencia de género claramente configurado.

De tal modo que la anulación de veredicto, y posterior remisión, únicamente podría concluir con un veredicto por el delito menor (homicidio culposo), porque, aunque se presentaran las dos opciones, la primera (homicidio simple) ya fue invalidada por argumentos que estaban más allá de la secuencia de veredictos suministrados en las instrucciones.

Ahora bien, esto podría darse por un problema probatorio diverso al que ese caso presenta.

A modo de ejemplo, el acusado es imputado de robo agravado por el uso de arma de fuego, y un delito menor de robo simple. El elemento distintivo nunca fue encontrado, y los testigos presenciales se mostraron dubitativos sobre si efectivamente les había sido exhibido un arma de fuego, y con relación a si efectivamente escucharon una detonación.

Pese a ello el jurado emitió un veredicto de culpabilidad por el delito mayor, encontrándose exentos de tener que hacerlo por el menor. El Tribunal de Casación, revoca la sentencia al entender que las evidencias presentadas tornaban implausibles esa condena [art. 448 bis, inc. d), CPP Buenos Aires], ya que ningún jurado razonable podría despejar una duda razonable en los términos constitucionalmente exigidos. Pero como el delito menor no fue considerado, debe realizarse un nuevo juicio, para que esta imputación, por robo, se sustancie como acusación principal.

En este contexto pareciera que la distinción propuesta en “Grady vs. Corbin” (54), resulta absolutamente insuficiente para resolver si se está en presencia de una vulneración de la garantía de doble enjuiciamiento, tal como se destacó en “United States vs. Dixon” (55), como tutela de los principios básicos sustentados en “Blockburger vs. United States” (56).

Un segundo caso, ahora incluso más conteste con “Álvarez y Telechea” (57), se produce cuando el juicio se celebra, exclusivamente, por el delito mayor, sin proporcionarse instrucciones de delito menor.

Aquí las subvariantes pueden ampliarse, a saber: 1. La ausencia de una instrucción por delito menor, puede ser parte de una expresa prohibición legal de formular una (algo que suele advertirse en diversas le-

gislaciones estatales estadounidenses). 2. La falta de una instrucción de delito menor es producto de la omisión de alguna de las partes habilitadas para requerir que ella sea expuesta a los jurados. 3. El juez puede haber cometido un error al denegar una instrucción de esa clase, o no proporcionarla de oficio.

En cualquiera de estos supuestos, el problema —por distintos caminos— conduce a un resultado similar.

La solución va a estar dada por lo expansivo, o contractivo, que se sea con la garantía del doble riesgo, del distingo entre acusaciones conjuntas o secuenciales, y de la interpretación que se realice de los diversos precedentes de la Corte antes señalados.

De tal modo que se retorna al punto de inicio, hay que definir los alcances del derecho que veda el doble enjuiciamiento, y hacerlo con la Tesis del Delito Menor Incluido, pero en cualquier caso estas deben estar alineadas, para que la inclusión de las segundas, no vulneren los principios de la primera.

El test de Blockburger para el “mismo delito” parece paralelo al enfoque de interpretación estricta de la ley para delitos menores incluidos, ya que enfatiza los elementos de los delitos en lugar de los hechos alegados o probados.

De ser ello así, el caso “Álvarez y Telechea” (58), se debería resolver fácilmente, y no se vulnera el derecho que veda un doble juzgamiento porque los elementos del homicidio culposo no están contenidos en el homicidio doloso, pero por eso mismo es que no puede tratarse de un delito menor incluido.

De hecho, esta solución se alcanzó en varios casos donde la Corte Suprema aplicó el Test Blockburger, de un modo equivalente del enfoque de evidencia afín a delitos menores incluidos (59).

Pero hay jurisdicciones que utilizan la tesis de evidencia afín para habilitar una instrucción del delito menor, siendo esta la más expansiva de todas, se diluyen los resguardos que la Corte ha señalado para establecer si se están produciendo lesiones constitucionales a esta exposición de doble riesgo.

Es decir, si las alegaciones fácticas y evidencias relevantes justifican la instrucción sobre cualquier delito menor legalmente posible, podrían realizarse múltiples juicios si un Tribunal de Revisión fuera anulando los más gravosos hasta aceptar alguno menor, como legalmente consistente con el estándar probatorio implicado.

Así una acusación por robo con arma de fuego (art. 166, inc. 2, segundo párrafo, CP), con un delito menor por robo con arma cuya aptitud para el disparo no puede acreditarse (art. 166, inc. 2, tercer párrafo, CP), tercero por robo simple (art. 164, CP), y cuarto por hurto (art. 162, CP), consistente con la Teoría de Equivalencia Lesiva, podría generar que un Tribunal de Casación anulara la condena por el delito mayor, señalando que el veredicto del jurado no resulta razonable, en ausencia de secuestro de la cosa (arma) y utilización desde la que se acredita su aptitud para el disparo. La anulación ha-

bilitaría un nuevo juicio para que el primer delito menor ahora sea la acusación principal, pero con las otras instrucciones de delito menor incorporadas; reiterándose las idas y venidas (y los nuevos juicios) hasta que quedara persistente, tan solo, la acusación por hurto (art. 162, CP).

Bajo la Tesis de Afinidad (con un argumento de “ello se debatió en el juicio” o “se produjo prueba de ese punto”), se podrían abrir nuevos delitos menores en los segundos, terceros, cuartos o quintos, procesos derivados de la anulación de la condena por el delito mayor que no satisficiera, razonablemente, la regla decisonal.

Si esto no afecta el *ne bis in idem*, solamente podría ser predicable por una presentación extremadamente débil del derecho, como —lamentablemente— hizo la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Mohamed vs. Argentina” (60), al sustentar que no existe esa afectación ante juicios sucesivos de un mismo proceso, en función del éxito alcanzado por cada uno de los recursos.

El ejemplo, se torna más complejo, como podría ser el supuesto dado en “Álvarez y Telechea”, pues allí la Suprema Corte podría haber dispuesto que el nuevo proceso se sustanciara, únicamente por el delito de homicidio culposo, en cuyo caso los marcos punitivos no serían consistentes con los previstos por el art. 22 bis del CPP Buenos Aires para autorizar un juicio por jurados.

De tal modo que la imputada habría sido juzgada por un delito ante un jurado, y posteriormente (por el mismo evento histórico) por otra estructura fáctica y normativa, ante un juzgado correccional.

Asumir que no hay problemas de doble juzgamiento en esos casos, parece más a tajar el sol con la mano, que a distinguir entre el día y la noche.

Pero estos problemas pueden suceder siempre que un jurado condena por delito mayor que es anulado por vulnerarse la regla de comprobación sobre la base de las pruebas desahogadas [art. 448 bis, inc. d) CPP de Buenos Aires], debiéndose realizar un nuevo juicio por el delito menor, que asume ahora el carácter de imputación principal.

Para tornar dominable este problema laberíntico, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en “Schmuck vs. United States” (61), amplió la base del delito menor incluido, desequilibrándola con la del doble riesgo, al indicar que el juez estaba obligado a introducir un veredicto de delito menor, solo cuando la ley lo permitía, asumiendo la teoría estricta, ya que esta era la única consistente con el concurso aparente.

De todo lo expuesto es posible advertir que salvo este último enfoque del delito menor incluido, los demás supuestos deberían ser tramitados bajo el sistema de acusación alternativa, que es mucho más consistente con nuestra cultura legal, y que soluciona buena parte de los problemas que presenta la Tesis del Delito Menor, a la vez que permite alcanzar idénticos resultados.

Cita online: TR LALEY AR/DOC/2339/2023

(51) 509 US 688, 1993.

(52) SHELLENBERGER, J. A. - STRAZZELLA, J. A., “The Lesser Included Offense Doctrine and the Constitution...”, ob. cit., p. 116.

(53) SCBA, P. 134.954, 31/03/2023.

(54) 495 US 508, 1990.

(55) 509 US 688, 1993.

(56) 284 US 299, 1932.

(57) SC Buenos Aires, “Lucas Eduardo Álvarez y Daiana Ayelén Telechea s/ Recurso extraordinario de

inaplicabilidad de ley en causa N° 97.120 del Tribunal de Casación Penal, Sala I”, 03/04/2023, TR LALEY AR/JUR/51500/2023.

(58) *Ibidem*.

(59) Un ejemplo de ello es “Brown v. Ohio”, 432 US

161, 1977.

(60) CIDH, Serie C. 255, 23/11/2012, TR LALEY AR/JUR/67522/2012.

(61) 489 U.S. 705, 1989.