

“XXVIII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL”

Comisión 3: Derecho Procesal Constitucional

Tema: *“La división en dos fases del proceso penal y el derecho al doble conforme”*

Abogado Carlos Enrique Llera

Lavalle 1362, piso 2º, oficina “15”, C.A.B.A. (1048)

4825 9321 y (15) 6511 4830

carlosellera@gmail.com

- Síntesis de la propuesta: La cesura del debate en el proceso penal, facilita la presentación y consideración de la prueba relevante para la determinación de la pena y una mejor evaluación de las circunstancias previstas en los arts. 40 y 41 del Código Penal.

Pero el proceso debe regularse de modo que, antes de ingresar a la segunda, se encuentre al menos ratificada la primera por la doble conformidad judicial que reclaman las normas convencionales (artículos 8. 2 “h” de la CADH y 14.5 del PIDCyP), aplicables por la cláusula de reenvío del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

En el mismo orden de ideas, el ofrecimiento de pruebas para la audiencia de determinación de la pena debería diferirse para cuando ésta sea convocada.

La división en dos fases del proceso penal y el derecho al doble conforme

1. Introducción

Entre los aportes más significativos del derecho procesal penal de la época¹, se destaca la incorporación de la denominada *cesura del juicio penal* o juicio penal bifásico², nacido de la necesidad de tratar la cuestión de la mensuración de la pena, como un aspecto notoriamente diferenciado "*de los problemas de la teoría del delito y del sujeto responsable*".³

La división o "*cesura*" del proceso penal⁴, consiste en una distinción entre la decisión sobre la culpabilidad y la decisión sobre la elección de la pena⁴. El juez penal debe investigar en primer término el fundamento de la acusación, esto es, si el procesado ha cometido un acto legalmente cualificado como delito, y si el actor es imputable. Es la primera fase o "*proceso de culpabilidad*" (determinar la existencia del hecho, su antijuridicidad, su tipicidad, y la responsabilidad penal del acusado).

En la segunda fase se enjuiciaría al hombre, sobre la base de la elección de una sanción penal apropiada a su situación y a sus características individuales. Recién en esa audiencia, nunca antes, el juez contará con un informe completo previamente elaborado por una agencia estatal sobre la personalidad, medio ambiente, educación y demás características del imputado, así como también información precisa acerca de los antecedentes criminales de aquél.⁵

1 MAIER, Julio B.J., "*Balance y propuesta del enjuiciamiento penal del siglo XX*" en Revista del Colegio de Abogados de La Plata, año XXV, núm. 45. p. 31 y siguientes.

2 LASARTE, Horacio A., "*La cesura del juicio en el nuevo proceso bonaerense*", LLBA 1997, p. 775.

3 BUSTOS RAMIREZ, Juan, "*Medición de la pena y proceso penal*" en "*Hacia una nueva justicia penal*" t. 1 p. 319; publicación oficial del Consejo para la consolidación de la Democracia, Buenos Aires 1989

4 BINDER, Alberto, *Introducción al derecho procesal penal*, AdHoc, Buenos Aires, 1993; CHIARA DÍAZ, Carlos, "*La oralidad en la Argentina*", en Congreso Internacional de Oralidad en Materia Penal, Colegio de Abogados de La Plata, 1996, p. 107; ALMEYRA, Miguel Ángel, "*Casación y cesura del juicio penal*", LL 1990-B-377; DÍAZ CANTÓN, Fernando, "*El proceso de imposición de penas. La cesura del debate*", LL 1995-B-1392; MAIER, Julio B. J., "*La cesura del juicio penal*", Doctrina Penal, año 7, p. 235.

5 CARRIÓ, Alejandro, "*El enjuiciamiento penal en la Argentina y los Estados Unidos*", Eudeba, Buenos Aires, 1990.

Consiste en una vía procesal para disociar la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena.

La división del juicio tiene esencialmente dos fines: 1) permitir la imposición de una condena ajustada al tiempo que el imputado requiere para su resocialización; y 2) proteger la esfera privada del imputado hasta que sea estrictamente necesario referirse a la misma⁶.

Respecto a la privacidad del imputado, resulta que para poder apreciar la imposición de una sanción deben discutirse detalles íntimos del encartado: si es reincidente, si es adicto, si mantiene relaciones estables, etc., datos amparados por normas legales y constitucionales, que determinan que no se ventilen de manera pública, a menos que sea estrictamente necesario. Piénsese que aunque el imputado resulte absuelto, el proceso siempre tenderá a marcarlo de una manera muy negativa, cuanto más si se han hecho público datos sensibles del sometido a proceso.

El retroceso de las teorías absolutas de la pena (que sólo atribuían a la reacción penal un carácter retributivo o talional), ha dado lugar al desarrollo de las concepciones de raíz antropológica⁷, que hoy reclaman que la coerción penal, sin desatender el grado del injusto, valore la personalidad del autor, meritando su culpabilidad en el acto⁸.

La consecuencia de este cambio de paradigma en materia de coerción represiva es la potenciación de la importancia de dividir en el juicio penal, el debate concerniente a la determinación del hecho y la responsabilidad penal, del atinente a la pena.

6 La necesidad de dividir la decisión sobre la culpabilidad del imputado y la reacción penal aplicable, denominada cesura del juicio, que parte de la necesidad de asegurar la objetividad del tribunal del fallo y, para ello, evitar que él conozca particularidades acerca de la personalidad del imputado, en especial acerca de su historia penal anterior que tanto influye en la convicción del tribunal sobre su participación en la acción imputada. A fin de lograr la mayor imparcialidad del tribunal y, sobre todo, la confianza del imputado en esa imparcialidad, se estima conveniente que el tribunal que decide sobre su participación en el hecho ignore, en lo posible, circunstancias personales indeseables que pueden conducir a la condena aun en casos de prueba insuficiente. MAIER, Julio B.J., *"La Cesura del Juicio Penal"*, Doctrina Penal, año 7, nro. 25/26, Abril-Junio 1984, p. 245.

7 ZAFFARONI, Raúl E., "Tratado de derecho penal". parte general t. I, , Buenos Aires, 1980, p. 121

8 ZAFFARONI, Raúl E., "Tratado de derecho penal". parte general t. V, , Buenos Aires, 1980, p. 291

Asegurando así una más justa individualización de la reacción penal, subordinando la cuestión a una oportuna, amplia y generosa discusión, incompatible con el sistema de *juicio único*.

La audiencia de determinación de la pena cobra especial importancia porque en ella, si la persona es declarada culpable (por un jurado popular⁹, o por jueces profesionales), se debatirán aspectos específicos de atenuantes y agravantes de la pena. En consecuencia, existe un escenario determinado para que las partes puedan litigar sobre cuestiones referidas al monto de la pena y su modalidad de cumplimiento.

Actualmente, bajo el sistema inquisitivo morigerado, la producción de prueba en general versa sobre la autoría y participación, y pocas veces se hace hincapié en la graduación de la pena en cada caso; esto se debe, entre otras cosas, a que en el sistema federal argentino el juicio es unificado: la pena se debate en el juicio oral y suele relegársele priorizando la discusión acerca de la responsabilidad penal.¹⁰

La experiencia enseña que el capítulo dedicado a la individualización de la pena ocupa una porción menor de la sentencia, y constituye el rubro que manifiesta el arbitrio judicial en su máxima intensidad.¹¹

A diferencia de lo que ocurre con los elementos fundamentales de la punibilidad, los elementos relevantes para la determinación de la pena, se establecen sin profundizar y sin la meticulosidad que en general caracteriza la práctica de la prueba en el juicio oral.¹²

El actual sistema de juicio oral federal es una prueba de la poca atención que se da a la determinación de la pena, en comparación con la que se le otorga a la cuestión de la punibilidad.

9 Artículo 23: *Participación ciudadana*. Los ciudadanos participarán en la administración de la justicia penal, de conformidad con lo previsto en los artículos 24, 75 incisos 12 y 118 de la Constitución Nacional y según la ley especial que se dicte al efecto

10 DÍAZ CANTÓN, Fernando, "El proceso de imposición de penas. La cesura del debate", La Ley 1995 –B. 1392, p. 2

11 MAIER, Julio B.J., "*Derecho procesal penal argentino*", t. 1b. Buenos Aires, 1989, p. 156; CAFFERATA NORES, José I. y otros, *Manual de Derecho Procesal Penal*, 3ª ed. Actualizada y mejorada, Advocatus, Córdoba, 2012, pp. 552/553.

12 HASSEMER, Winfried, "*Fundamentos del Derecho Penal*", Bosch, Barcelona, 1984, p. 133.

La escasa dedicación que, con pocas excepciones, los autores del derecho penal le han asignado a la dogmática de la individualización o determinación de las penas, ha tenido su correlato en la demora que se advierte, en el derecho procesal penal, para la implementación de un sistema de enjuiciamiento que permita la cesura o división del debate, de modo que la discusión o controversia sobre las penas, y su decisión, tenga lugar, por separado, una vez que se haya decidido la culpabilidad del acusado.

Abundando, la defensa técnica pierde eficacia si se centra en la discusión del hecho y en su *atribuibilidad* al imputado y al mismo tiempo pretende detenerse, aun cuando se lo haga *ad eventum*, en argumentos tendientes a demostrar la atenuación de la penalidad; pues es claro que la posición principal se debilita, en razón de la fundamentación eventual. Se beneficia el derecho de defensa del imputado cuando se posterga, como lo demanda la *cesura el debate*, la discusión en torno a la punición¹³.

La acusación también se beneficia, al incrementa las posibilidades de acercar elementos que influyeran en el ánimo del juez para agravar la pena.¹⁴

La división del debate, en el régimen de la cesura, puede ser formal o informal. Es informal cuando entre la discusión y la decisión de cada uno de los temas propuestos, no hay solución de continuidad. La escisión formal, en cambio, supone una división más profunda, al punto que recién pronunciada la sentencia de responsabilidad, tiene comienzo el juicio en torno a la pena.¹⁵

En los supuestos de cesura formal¹⁶, la impugnación es admitida tradicionalmente contra cualquiera de las dos secciones del

13 ALMEYRA, Miguel Ángel, "*Casación y cesura del juicio penal*", LL 1990-B-377

14 MAIER, Julio B.J., "*La cesura del juicio penal*" en "*Doctrina Penal*" año 7, 1984, p. 235

15 MAIER, Julio B.J., "*Derecho procesal penal argentino*", t. 1b. Buenos Aires, 1989, p. 159

16 Es el que adopta el actual régimen penal de la minoridad de la ley 22.278. La imposición de pena se difiere hasta el cumplimiento de los 18 años, al tratamiento tutelar durante un período no inferior a un año, y que se hubiere declarado previamente la responsabilidad penal o "auto de responsabilidad".

Artículo 4º. La imposición de pena respecto del menor a que se refiere el artículo 2º estará supeditada a los siguientes requisitos:

pronunciamiento, a diferencia de lo que ocurre en los casos de división informal, en que el alzamiento es único.¹⁷

La determinación de la pena obliga a ingresar en la vida del imputado, con las situaciones sociales que lo rodean, con sus problemas de personalidad o enfrentamiento de situaciones, etc. En el estado actual del sistema de derechos humanos aparece como desaconsejable decidir la sanción penal, antes de haber constatado, y confirmado, la existencia de un injusto penal.

Es que todo lo referido a la individualización de la pena presupone que la conducta imputada a una persona ya haya sido corroborada, al menos como típica y antijurídica, por lo que, además de razones de respeto a la dignidad de la persona, existen razones de economía procesal que impulsan a la elección de sistemas procesales que contengan reglas que permitan la división del juicio.¹⁸

La decisión de optar por un sistema de *cesura del juicio obligatorio* es altamente favorable tanto para quien sufre la sanción, como para la víctima y para el Estado, que tendrá un mejor mecanismo para que las penas que aplique sean las adecuadas; sin perjuicio de la crítica referida a la dilación del proceso. Esquemáticamente, la cesura permitiría:

- a) mejor adecuación de la sanción a los fines de la pena;
- b) se facilita la labor de la defensa y del imputado, al no sentirse presionados para elaborar una mejor estrategia defensiva¹⁹;

1º) Que previamente haya sido declarada su responsabilidad penal y la civil si correspondiere, conforme a las normas procesales.

2º) Que haya cumplido dieciocho años de edad.

3º) Que haya sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad.

Una vez cumplidos estos requisitos, si las modalidades del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez hicieren necesario aplicarle una sanción, así lo resolverá, pudiendo reducirla en la forma prevista para la tentativa. Contrariamente, si fuese innecesario aplicarle sanción, lo absolverá, en cuyo caso podrá prescindir del requisito del inciso 2º.

17 MAIER, Julio B.J., "*Derecho procesal penal argentino*", t. 1b. Buenos Aires, 1989, p. 160

18 BERTONI, Eduardo A., "*La Cesura del Juicio Penal*", MAIER, Julio B. J. (Compilador) en "*Determinación Judicial de la Pena*", Buenos Aires, 1993, pp. 113-124

19 Se enfrenta con la dificultad de tener que emplear argumentos o indicaciones orientadas a influir en la hipotética determinación de la pena, aunque toda su estrategia como defensor se haya

c) asegurar la objetividad del tribunal, impone que todas las circunstancias necesarias para la determinación de la pena por su propia naturaleza (condenas anteriores, ámbitos íntimos de la personalidad) deban ser excluidas de su conocimiento y postergados al momento preciso de la audiencia de la pena²⁰;

"Recién luego de que el acusado ha sido encontrado culpable, sus antecedentes penales son revelados. Ello responde a que se entiende que el conocimiento de esos antecedentes durante el juicio podría influir negativamente en la adjudicación de culpabilidad o inocencia, la cual debe decidirse atendiendo a los hechos motivo de juzgamiento y no a la conducta pasada del acusado..."²¹

Esta solución evita, por un lado, que el tribunal se vea influenciado en su decisión por cuestiones ajenas al hecho en juicio, tales como los antecedentes penales o el comportamiento social del imputado tanto antes como después del hecho y, por otro, se libera a la defensa de la necesidad de diseñar una estrategia en la que se considere en forma simultánea la declaración de culpabilidad y las consecuencias de un veredicto condenatorio, limitando de ese modo la amplitud probatoria para cada una de las cuestiones.

Ahora bien, la división del debate no está exenta de desafíos, en especial cuando nos asomamos a la dimensión convencional que hoy ostente el derecho procesal penal, por su filiación al sistema interamericano de derechos humanos. Es esencial entonces que las novedades que nos trae el proceso, no sean a costa de recortar garantías judiciales (art. 8 CADH).

En ese contexto la ponencia procura proponer lo que se considera el momento procesal más adecuada para desarrollar la cesura formal, con una discusión aguda de la pena a imponer, con prueba ofrecida y producida

orientado hacia una absolución, finalidad contradictoria con la pretensión de influir en la posible pena concreta. HASSEMER, Winfried, *"Fundamentos del Derecho Penal"*, Bosch, Barcelona, 1984, pp. 131/132.

²⁰ El art. 41 del Código Penal argentino, que impone un conocimiento *de visu* de la persona a tales efectos antes de la declaración de culpabilidad, siendo, en la gran mayoría de los casos, el último acto procesal que el juez realiza, en forma inmediatamente anterior al dictado de la sentencia.

²¹ CARRIÓ, Alejandro, *El enjuiciamiento penal en la Argentina y los Estados Unidos*, Eudeba

luego de haber habilitado el derecho al recurso y al doble conforme contra el “auto de culpabilidad” (arts. 8 y 25 de la CADH).

2. La cesura en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación (Ley 27.063)

El nuevo CPPN (ley 27.063) regula las audiencias orales y públicas desde el comienzo de la investigación fiscal, y, entre otras innovaciones, incorpora la división del juicio oral en dos etapas: la primera, relacionada con la determinación de la existencia del hecho, su calificación y la responsabilidad penal de la persona acusada, y la segunda, relacionada con la determinación de la sanción a imponer, su modalidad y el lugar de cumplimiento.

Si bien existe en el nuevo Código cesura de juicio, exige tempranamente, en la etapa de control de la acusación, al fiscal que formule un ofrecimiento de prueba, sobre cuyas bases se determinará luego la pena. Incluso, se le solicita al fiscal que formule un requerimiento incluyendo un pronóstico de pena (art. 241), a los efectos de la determinación del juez, tribunal o jurado.

Abundando, al ofrecerse la prueba para el juicio, esto es, en oportunidad de celebrarse la audiencia de control de la acusación, las partes deben acompañar la lista de testigos, peritos e intérpretes, consignando, su nombre, profesión, y domicilio, y que según la teoría del caso que siguen cada una de las partes en conflicto, defenderán en el debate, tanto en la etapa donde se decidirá la responsabilidad penal del imputado, como en la etapa de la determinación de la pena (art. 245).²²

A esta, que es la última etapa del juicio oral, el código la denomina audiencia de *determinación de la pena*, y se rige por las mismas normas que el juicio sobre los hechos. Es decir, se dará inicio a la apertura del debate, eventualmente se producirá prueba mediante interrogatorios y contrainterrogatorios, y se culminará con la deliberación de los jueces.

22 ROMERO VILLANUEVA, Horacio J. y GRISETTI, Ricardo A., “Código Procesal Penal de la Nación”. Comentado. Ley 27.063, Tomo III, Abeledo Perrot, año 2015, pp. 1662/1663

Por otro lado, como metodología de trabajo, la audiencia admite que las partes controlen las pruebas producidas y que, como resultado del contradictorio, la información sea más precisa y depurada. Es en este sentido que el juez debe decidir con base en la información aportada por las partes y teniendo como límite lo que el acusador objetivamente solicite no solo en lo referido al monto, sino en cuanto a la modalidad de cumplimiento de la pena.

La división del juicio en dos partes, cada una con objetivos específicos, propicia discusiones completamente diferenciadas y pretende garantizar que la decisión respecto de la pena deje de basarse en cuestiones abstractas y desvinculadas del caso concreto. Por el contrario, abre el juego a que se aborden temas propios e individuales de la persona (y también del hecho), lo que pueden influir en la determinación de la pena entre los máximos y mínimos que el Código Penal de la Nación Argentina pondera para cada delito (artículo 41).

La regulación de la audiencia de determinación de la pena en el nuevo CPPN constituye un gran avance para que las garantías penales sustanciales y procesales se consideren al discutir verdaderamente acerca de la pena que deberá cumplir una persona, sin embargo, estimamos que el instituto podría ser enriquecido, como se postula seguidamente.

3. Ponencia

La división del debate forzará, sin duda, un mayor esmero del acusador respecto de un tema al que suele dedicar poco esfuerzo en las discusiones finales que concluyen los debates no divididos y posibilitará una mejor defensa respecto de un tema esencial para el interés del acusado, además del dictado de una sentencia más meditada del órgano llamado a decidir. Desde luego, un debate dividido es posible y deseable tanto en el juicio ante jueces profesionales, como en uno por jurados.

La cesura del debate en el proceso penal, facilita la presentación y consideración de la prueba relevante para la determinación de la pena y una mejor evaluación de las circunstancias previstas en los arts. 40 y 41 del Código Penal.

Pero el proceso debe regularse de modo que, antes de ingresar a la segunda, se encuentre al menos ratificada la primera por la *doble conformidad judicial* que reclaman las normas convencionales (artículos 8. 2 “h” de la CADH y 14.5 del PIDCyP), aplicables por la cláusula de reenvío del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

En el mismo orden de ideas, el ofrecimiento de pruebas para la audiencia de determinación de la pena debería diferirse para cuando ésta sea convocada.

El sistema de los artículos 250, 269 y 270 del Código Procesal Penal de la Nación (ley 27.063), establece que el ofrecimiento de prueba y el debate para la mensuración de la pena se cumpla antes que pueda revisarse el veredicto de culpabilidad, derogando las virtudes antes apuntadas (mejor adecuación de la sanción a los fines de la pena; facilita la labor de la defensa y del imputado; y asegurar la objetividad del tribunal), de la división del juicio en dos etapas

Es que las circunstancias del hecho son tan significativas para la imposición de la pena como las personales (art. 41, inc. 1º, Código Penal). De allí la conveniencia que respecto de aquellas se haya verificado *la doble conformidad judicial* que exige el sistema interamericano de derechos humanos.

Recién luego de que el acusado ha sido encontrado culpable en dos instancias, sus antecedentes penales son revelados. Ello responde a que el conocimiento de esos antecedentes durante el juicio podría influir negativamente en la adjudicación de culpabilidad o inocencia, la cual debe decidirse atendiendo a los hechos motivo de juzgamiento y no a la conducta pasada del acusado...”.²³

En síntesis, el procedimiento que se propone es el que sigue:

1) si el imputado hubiera impugnado las declaración de culpabilidad, recibida la causa de los jueces con funciones de revisión, la Oficina Judicial fijará la audiencia de debate sobre la pena y su modalidad de cumplimiento, y emplazará a las partes para que ofrezcan la prueba para la cesura de juicio; y

²³ CARRIÓ, Alejandro, *El enjuiciamiento penal en la Argentina y los Estados Unidos*, Eudeba, p. 110, nota 153

2) si el imputado no hubiera impugnado la declaración de culpabilidad, vencido el plazo para recurrir, la Oficina Judicial fijará la audiencia de debate sobre la pena y su modalidad de cumplimiento, y emplazará a las partes para que ofrezcan la prueba para la cesura de juicio.