

El delito menor incluido como punto de equilibrio en los juicios por jurados

Análisis jurisprudencial comparado y propuesta para el sistema argentino

Nicanor Barrios¹

Resumen

El presente trabajo aborda la compleja problemática de los delitos menores incluidos en el juicio por jurados, analizando las tensiones entre la garantía de defensa en juicio, el principio acusatorio y el alcance del veredicto popular. A partir de la revisión de doctrina y jurisprudencia comparada, se examinan los distintos criterios de inclusión de delitos menores: el *elements test*, el *cognate approach* y el *charging document test*. En el derecho argentino, la cuestión adquiere especial relevancia debido a la ausencia de una regulación uniforme y a la coexistencia de interpretaciones diversas en las provincias. Se estudian precedentes locales que adoptan enfoques más restrictivos y otros más flexibles, lo cual evidencia un panorama fragmentado y potencialmente desigual. Asimismo, se integran referencias a la experiencia estadounidense, donde los tribunales han desarrollado criterios para equilibrar las garantías procesales con la necesidad de brindar alternativas razonables al jurado. El análisis permite concluir que el reconocimiento de delitos menores incluidos habilita al jurado a expresar un veredicto más justo sin exceder el marco acusatorio. De este modo, se resalta la importancia de una aplicación y valoración judicial consistente que armonice la práctica jurisprudencial y fortalezca la función deliberativa del jurado.

Sumario

1.- Introducción | 2.- Orígenes del *lesser included offenses* | 3.- La llegada a Estados Unidos | 4.- La cuestión llega a Argentina | 5.- Conclusiones | 6.- Bibliografía

Palabras clave

juicio por jurados – delito menor incluido – derecho de defensa – principio de congruencia – instrucciones – litigación adversarial

¹ Abogado por la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco (UNPSJB). Especialista en Derechos Humanos y Estudios Críticos del Derecho (CLACSO) y en Derecho Penal (UNPSJB). Becario doctoral del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET), con sede en el Instituto Patagónico de Ciencias Sociales y Humanas (IPCSH-CENPAT). Docente de Derecho Penal en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la UNPSJB, sede Puerto Madryn. Miembro de la Clínica Jurídica de Litigación de la FCJ-UNPSJB. Correo electrónico: nikabarrios92@gmail.com

1. Introducción

Desde los años 1980 en adelante, aparecen los procesos de reforma procesal en América Latina, que marcan el paso de los viejos sistemas procesales *inquisitivos reformados* o también llamados *mixtos*, a los sistemas *acusatorios-adversariales* en nuestra región y que contribuyen a un mejor sistema de justicia penal en términos de respeto de los derechos y garantías individuales, publicidad, oralidad y participación ciudadana - de la mano de la implementación del juicio por jurados y el verdadero protagonismo de las partes del conflicto- en todo el sistema latinoamericano.

Si bien nuestra Constitución argentina consagra al juicio por jurados de manera directa en tres de sus artículos -arts. 24, 75 inc. 12 y 118 - y de manera indirecta en su Art. 126². Nuestro país tardó varias décadas en implementar esta exigencia constitucional. Recién en los últimos años se ha abierto el paso hacia la consagración y consolidación definitiva de nuestra manda constitucional que nos impone el sistema de juicio por jurados.

La institución del jurado viene a completar estos profundos procesos de reforma procesal penal latinoamericanos y poder cumplir con la manda constitucional de los fundadores de la República, de contar con un *juicio oral, público y por jurados*. La práctica viene demostrando que cuando se incorpora a los jurados en todo el juego de la justicia penal, se realza el valor político del juicio oral y público en su máxima expresión. Todos estos avances nos obligan a profundizar en el estudio y la investigación sobre dicho sistema.

En este contexto surge la cuestión de los *veredictos alternativos* o los *veredictos por delito menor incluido* (llamado *LIO* por la doctrina norteamericana y anglosajona, por sus siglas en inglés *Lesser Included Offenses*), el cual puede ser definido como la «facultad soberana del jurado de apartarse del pedido fiscal de condenar por los cargos imputados (si considera que no están probados) y, en cambio, declarar culpable al acusado por un delito más leve, siempre que éste se halle incluido en el cargo original y haya prueba de él» (Harfuch, 2019: 174)

Esta doctrina, permite al tribunal condenar a un acusado por un delito menos grave que el imputado inicialmente. Si bien históricamente la misma se desarrolló como una ayuda a la acusación cuando no había pruebas suficientes para condenar por el delito imputado, hoy en día es mayormente utilizada por los acusados, que buscan una condena por un delito menos grave, independientemente de quién invoque la doctrina en dicho proceso. Sin embargo, su aplicación ha causado una considerable confusión entre los tribunales y los juristas.

Su fundamento se encuentra en el rol preponderante del jurado, el cual no debe ser un espectador pasivo de una estructura rígida, sino un verdadero órgano de justicia con capacidad de graduar la respuesta penal en función de los hechos probados. En este sentido, el veredicto por delitos menores incluidos puede ser entendido como el punto intermedio entre una absolución y una condena extremadamente severa. Así como también puede ser visto como un límite que el jurado le impone al juez en lo relativo a la pena.

Queda claro que estos veredictos fueron fundamentales para asegurar la supervivencia d la institución misma del jurado, permitiéndole «encontrar soluciones prácticas, flexibles

² Al no incluir al juicio por jurados dentro de las facultades prohibidas a las provincias.

y moderadas para casos extremadamente complejos o de altísimo impacto social, que difícilmente resisten las visiones maniqueas de ‘a todo o nada’» (Harfuch, 2019: 174).

La implementación efectiva del juicio por jurados no sólo trajo consigo un cambio estructural en la justicia penal, sino que también abrió nuevas preguntas sobre cómo operan las decisiones dentro de este modelo. Una de esas preguntas es clave: ¿hasta qué punto los jurados deben estar obligados a elegir entre culpabilidad total o absolución absoluta, sin alternativas intermedias? En los sistemas que han utilizado el jurado durante siglos, como el estadounidense, la respuesta ha sido clara: el veredicto por delito menor incluido es una herramienta esencial para evitar decisiones injustas y encasilladas en un código binario de todo o nada. La ausencia de esta opción no solo restringe la capacidad del jurado de hacer justicia, sino que, en muchos casos, distorsiona la verdadera función del juicio por jurados.

En este trabajo analizaremos, en primer lugar, cómo este principio ha sido desarrollado en el *common law*, a través de precedentes jurisprudenciales que le han dado sustento. En un segundo momento, nos centraremos en su recepción en la jurisprudencia argentina, así como también la consagración legal del mismo en algunos códigos procesales provinciales, donde queda estipulada legalmente la obligación del juez de instruir sobre estos delitos específicos. Y, finalmente, esbozaremos las conclusiones acerca de la factibilidad de su aplicación, elaborando un conjunto de criterios a tener en cuenta a la hora de habilitar su implementación.

2. Orígenes del lesser included offenses

a. Época Medieval (siglos XII-XV)

El poder del jurado para condenar sobre delitos menores incluidos tiene su origen en el *common law*, surge como mecanismo para evitar que los jurados tengan que elegir entre culpabilidad absoluta o absolución total cuando la evidencia no respalda completamente el delito principal. Desde tiempos muy remotos, cuando el pueblo era llamado a juzgar, siempre tomaba decisiones en base a su propio sentido de justicia, y no fueron pocas las veces en que ese sentido de justicia chocaba con lo que los acusadores o los propios acusados esperaban (Harfuch, 2019: 103-111).

El sistema judicial aún carecía de una estructura codificada, se basaba en una combinación de costumbre local, precedentes judiciales y la autoridad de la Corona. En este contexto, los jurados no eran simples receptores de pruebas, sino que también aportaban conocimientos del caso y del contexto local, funcionando más como testigos comunitarios que como jueces imparciales. Durante este período, los jurados tenían la facultad de emitir veredictos por delitos menores incluidos dentro de acusaciones por delitos mayores, incluso si la acusación formal no mencionaba explícitamente el delito menor. Esta práctica permitía evitar absoluciones completas cuando la evidencia no sustentaba plenamente el delito mayor, pero sí un delito menor relacionado.

Ya en estos primeros siglos se observaba cierta flexibilidad procesal: Los jurados tenían la facultad de emitir veredictos parciales, condenando por delitos de menor gravedad cuando la prueba no alcanzaba para el delito mayor. Esta práctica surgía de la lógica de justicia pragmática de los jurados: era preferible condenar por algo cuando existía evidencia clara de conducta delictiva, aunque no suficiente para acreditar todos los

elementos del crimen más grave. Por ejemplo, si alguien era acusado de homicidio intencional, pero las pruebas mostraban que el acto no fue premeditado, el jurado podía optar por un veredicto por homicidio involuntario. Esta flexibilidad permitía al sistema responder a las particularidades de cada caso, aunque sin una doctrina formalizada como tal (Baker, 1979: 100-120).

b. Consolidación del *common law* (siglos XVI-XVIII)

Durante este período, el *common law* comenzó a estructurarse con mayor claridad. Con el crecimiento de la jurisprudencia como fuente de derecho, se fueron consolidando principios doctrinales, entre ellos esta doctrina de los *delitos menores incluidos*.

En los siglos XVI y XVII, se estableció la idea de que ciertos delitos mayores «contenían» elementos necesarios de delitos menores (Langbein, 2003: 30-50). Esta comprensión jurídica ya no dependía de la intuición del jurado, sino que se basaba en una relación lógica entre los elementos de cada figura penal. Así, por ejemplo, no podía haber un delito de robo -*robbery*- sin que, al mismo tiempo, se hubiera cometido hurto -*larceny*-. Al igual que la normativa actual en muchos países, el robo implicaba el uso de la fuerza o amenaza para despojar a alguien de sus bienes, mientras que el hurto consistía simplemente en tomar esos bienes sin consentimiento. Así, si fallaba la prueba de la violencia o amenaza, pero era clara la sustracción, podía haber condena por hurto.

Este desarrollo fue paralelo al fortalecimiento del sistema adversarial, donde las partes empezaban a tener roles más definidos y el proceso se guiaba cada vez más por reglas formales de litigio. De esta manera, este entendimiento técnico -y ahora consolidado- fue clave para

- a) evitar absoluciones injustas por tecnicismos;
- b) permitir a los jurados actuar con mayor precisión y justicia;
- c) dar herramientas a las partes -tanto acusación como defensa- para argumentar veredictos alternativos.

3. La llegada a Estados Unidos

a. Periodo colonial y post-independencia (siglos XVII-XIX)

Cuando los colonos ingleses se establecieron en América del Norte, importaron con ellos muchas instituciones del *common law*, incluyendo sus estructuras judiciales, el juicio por jurado y la práctica -aunque no siempre formalizada- de permitir veredictos por delitos menores incluidos dentro de acusaciones por delitos mayores (Harfuch, 2019: 274-276). Las colonias replicaron la lógica del sistema inglés, el delito mayor implicaba, por necesidad lógica, la comisión de un delito menor.

Aunque el derecho penal aún no estaba codificado, los tribunales coloniales y luego estatales reconocían esta práctica como legítima, sobre todo porque servía a los fines pragmáticos de jueces y fiscales: evitar absoluciones completas cuando existía evidencia clara de conducta delictiva, aunque no cumpliera con todos los elementos del tipo penal mayor. Así, la doctrina se usaba principalmente en beneficio de la acusación (Hall, 1987: 67-87). El fiscal podía acusar por un delito mayor y, aun si no lograba probarlo plenamente, aspirar a una condena por un delito menor relacionado. Esto era

particularmente útil en un contexto en que los fiscales no siempre eran profesionales -a menudo eran ciudadanos designados ad hoc- y los procedimientos eran más informales (Hall, 1987: 67-90). Al mismo tiempo que reflejaba una lógica de flexibilidad funcional en un sistema judicial en expansión, sin los recursos ni la rigidez procesal que caracterizaría al modelo posterior.

A medida que el sistema estadounidense se fue profesionalizando (especialmente hacia fines del siglo XIX), comenzó a surgir la necesidad de establecer criterios más claros para aplicar la doctrina. Este período sienta las bases para lo que ocurrirá en los siglos XIX y XX: la formalización y teorización de cuándo y cómo un delito menor puede considerarse incluido dentro de uno mayor.

A medida que el sistema legal de los Estados Unidos se profesionalizó y los estados comenzaron a codificar sus leyes penales, se volvió necesario establecer criterios uniformes para determinar cuándo un delito menor estaba incluido en uno mayor. Esto marcó una transición de una práctica consuetudinaria e intuitiva a una doctrina jurídica definida y argumentada.

Los tribunales estatales y federales empezaron a enfrentar casos donde los acusados objetaban haber sido condenados por un delito menor no mencionado explícitamente en la acusación y, para resolver estas controversias, las cortes comenzaron a desarrollar estándares doctrinales para definir qué constituye un *delito menor incluido*.

b. De herramienta de la fiscalía a garantía del acusado. Cambio de paradigma en la jurisprudencia estadounidense (siglo XX-actualidad)

El siglo XX marcó un punto de inflexión en la evolución de la doctrina de los delitos menores incluidos dentro del sistema penal estadounidense. Originalmente concebida como una herramienta para facilitar condenas, esta doctrina experimentó una transformación significativa. Se comenzó a reconocer su papel como una garantía procesal para los acusados, asegurando que los jurados tuvieran la opción de considerar delitos menores cuando la evidencia no respaldaba plenamente al delito mayor.

Lo que, en un primer momento, apareció como una herramienta útil para facilitar condenas ante pruebas débiles del delito mayor, se transformó progresivamente en una garantía procesal central para proteger los derechos del acusado y mejorar la equidad del juicio por jurado.

Muchos estados comenzaron a legislar formalmente la posibilidad de que el jurado condene por delitos menores incluidos. Esto respondía tanto a necesidades prácticas como a exigencias de seguridad jurídica. En muchos códigos procesales se incorporó la regla general de que el tribunal debe instruir al jurado sobre delitos menores incluidos si la prueba así lo justifica³.

³ A nivel federal, la Regla 31(c) de las Reglas Federales de Procedimiento Penal establece explícitamente que un jurado puede condenar por «un delito menor incluido» en el delito mayor acusado. Esta regla fue adoptada en 1944 y reforzó la legitimidad de esta práctica como un componente regular del juicio penal (LaFave, 2003).

c. Garantía del debido proceso. El derecho a la instrucción sobre delitos menores

En el siglo XX se afirmó con claridad que no instruir al jurado sobre delitos menores incluidos puede violar el derecho al debido proceso, especialmente cuando la prueba del delito mayor es débil.

En *Keeble v. United States* (1973), la Corte Suprema de Estados Unidos sostuvo que, al no permitir que el jurado considerara un delito menor incluido -en un caso con prueba ambigua del delito mayor-, el acusado fue puesto en una posición injusta, el jurado debía optar entre una absolución total -que quizás no consideraban justa para el caso- o una condena por un delito que no estaba probado más allá de toda duda razonable.

En este caso Donald Keeble, miembro de una tribu nativa americana, fue acusado en la justicia federal de un asalto con intención de cometer un robo en una reserva india. La fiscalía presentó pruebas de que Keeble atacó a la víctima con un arma peligrosa, lo que cumplía con los elementos del delito mayor. Sin embargo, la defensa solicitó que el jurado también fuera instruido sobre el delito menor de agresión simple, dado que las pruebas no excluían esta posibilidad.

Keeble admitió el asalto, pero argumentó que no tenía la intención de robar, lo que hacía razonable considerar el delito menor de agresión simple. Sin embargo, el juez se negó a incluir esta opción en las instrucciones al jurado, citando que el delito menor no estaba contemplado bajo la ley federal aplicable a casos en reservas indias. El jurado condenó a Keeble por el delito mayor, al no tener la opción de considerar el delito menor.

Podríamos resumir que la principal cuestión que analiza la corte es si negar al jurado la opción de considerar un delito menor incluido, cuando la evidencia podría justificarlo, viola el debido proceso. La Corte Suprema responde afirmativamente a este interrogante, concluyendo que negar al jurado la opción de considerar un delito menor incluido puede violar el debido proceso, ya que limita la capacidad del jurado para emitir un veredicto acorde con la evidencia. De esta manera, resuelve que el acusado tiene derecho a que el jurado considere delitos menores incluidos si la evidencia presentada lo justifica. Negar esta opción podría coaccionar al jurado a elegir entre condenar por el delito mayor, incluso si las pruebas no lo respaldan completamente, o absolver, sin considerar alternativas más apropiadas según la evidencia.

Este fallo, por un lado, fortaleció los derechos del acusado al garantizar que los jurados puedan emitir veredictos acordes con la realidad probatoria. Y, por otro, demuestra como la doctrina del veredicto intermedio cumple aquí un rol de equilibrio que beneficia tanto a la justicia del resultado como al derecho de defensa.

Otro caso clave fue *Beck v. Alabama* (1980), donde la Corte resolvió que una ley estatal que prohibía expresamente a los jurados considerar delitos menores incluidos en casos de pena capital era inconstitucional. La decisión subrayó que la instrucción sobre delitos menores era una garantía esencial contra la imposición arbitraria de la pena de muerte, y, por extensión, un componente fundamental del debido proceso (*due process*).

En esta causa, Gary Beck fue acusado por el robo y asesinato de un hombre en un contexto violento⁴. Según la ley de Alabama, este delito se encuentra conminado con la pena capital y el jurado debía decidir únicamente entre condenar por el delito capital -que

⁴ Delito similar a nuestro homicidio en ocasión de robo del artículo 165° del Código Penal de la Nación.

implicaba pena de muerte- o absolver completamente al acusado. Ya que dicha norma prohibía al jurado considerar delitos menores incluidos, como el homicidio simple, incluso si las pruebas del caso indicaban que era una posibilidad razonable.

Durante el juicio, la defensa de Beck argumentó que las pruebas no respaldaban totalmente la intención de matar, la cual era necesaria para cumplir con los requisitos de la teoría del caso de la acusación. Sin embargo, debido a la legislación de Alabama, el jurado no tuvo la opción de considerar si Beck era culpable de un delito menor. Esto los dejó con dos únicas alternativas: condenarlo por el delito capital -lo que resultaría en la pena de muerte- o absolverlo completamente. Beck fue declarado culpable y condenado a muerte.

La defensa apela el caso y llega a la Corte Suprema, la Corte revocó la sentencia, declarando que la ley de Alabama violaba el debido proceso. Argumentando que negarle al jurado la opción de considerar delitos menores incluidos aumentaba el riesgo de un veredicto injusto, al presionar al jurado a condenar por el delito más grave para evitar la absolución total. Este fallo sentó un precedente importante al garantizar que los jurados en casos de pena de muerte tengan alternativas intermedias cuando las pruebas lo justifiquen.

La Corte Suprema invalidó la ley de Alabama que prohibía a los jurados en casos de pena de muerte considerar delitos menores incluidos. La Corte argumentó que esta prohibición aumentaba el riesgo de una condena injusta, ya que el jurado podría sentirse obligado a imponer la pena capital al no tener la opción de un veredicto por un delito menor más acorde con la evidencia. De esta manera la Corte protege al acusado al ampliar las opciones del jurado y evitar soluciones como la de dicho caso.

d. La base probatoria razonable: el caso *Hopper v. Evans*

En sintonía con los casos anteriores, también aparece el fallo *Hopper v. Evans* (1982), donde Alvin Evans fue condenado a muerte por un homicidio durante un robo a mano armada. Según la fiscalía, Evans y un cómplice ingresaron a una tienda con la intención de robar y, durante el asalto, mataron al propietario del negocio. En el juicio, la defensa solicitó que el jurado fuera instruido sobre el delito menor de homicidio simple como alternativa al homicidio capital.

La defensa consideraba que las pruebas presentadas no demostraban de manera concluyente la intención de matar necesaria para el homicidio agravado, por lo que era razonable considerar un delito menor. Sin embargo, el juez del caso rechazó esta solicitud, señalando que no existía una base probatoria suficiente para sustentar un veredicto por homicidio simple. El jurado solo pudo decidir entre el homicidio capital o la absolución total y condenó a Evans a muerte.

En la apelación, la Corte de Apelaciones del Quinto Distrito le da la razón a la defensa, siguiendo el precedente *Beck v. Alabama* de manera amplia sosteniendo que el debido proceso requería la instrucción sobre delitos menores incluidos.

Sin embargo, cuando el caso llega a la Corte Suprema, ésta restringe el campo de aplicación del precedente *Beck v. Alabama* y confirma la condena, sosteniendo que los jueces no están obligados a instruir sobre delitos menores incluidos a menos que exista una *base racional* en la evidencia (*base probatoria razonable*) para que el jurado considere esa opción. Este fallo limitó la obligación del juez, asegurando que las instrucciones no incluyan alternativas irrelevantes o no sustentadas por las pruebas presentadas.

En este fallo, la Corte reafirmó que las instrucciones sobre delitos menores incluidos deben proporcionarse cuando la evidencia lo respalde. Sin embargo, también estableció que no es necesario ofrecer tales instrucciones si no hay una *base racional* en la evidencia para que el jurado condene por el delito menor.

Esto lleva a la Corte a delinear qué es lo que entiende sobre *base racional de la prueba*, estableciendo, básicamente, tres elementos clave para determinar si existe una base racional en la evidencia

a) Evidencia suficiente para el delito menor: En primer lugar, el juez debe evaluar si las pruebas presentadas permiten al jurado concluir que el acusado es culpable del delito menor, pero no del mayor. Por ejemplo, en un caso de homicidio agravado, la evidencia debería sugerir que el homicidio ocurrió sin intención o sin el propósito de cometer el delito subyacente -como, en este caso, el robo-.

b) Consistencia con los hechos probados: La prueba presentada durante el juicio debe ser compatible con la narrativa del delito menor y no contradecir directamente la evidencia principal del caso. En *Hopper*, las pruebas indicaban que el homicidio fue parte de un robo planificado, lo que descartaba razonablemente la posibilidad de un homicidio simple.

c) Evitar hipótesis especulativas: La Corte limita las instrucciones sobre delitos menores a casos donde la evidencia no sea especulativa y tenga una base lógica en los hechos probados, ya que si no se podría diluir la claridad del juicio. De esta manera, el juez debe filtrar las alternativas que no tengan sustento lógico en los hechos presentados.

La Corte Suprema diseñó este estándar para cumplir con diferentes objetivos: por un lado, proteger los derechos del acusado, garantizando que el jurado no se vea obligado a elegir entre condenar por el delito mayor o absolver completamente, lo que podría resultar en una injusticia; en segundo lugar, respetar la integridad del proceso, asegurando que las instrucciones al jurado estén basadas en pruebas reales y evitando confusión o instrucciones irrelevantes; y, finalmente, equilibrar los intereses procesales, ya que mientras protege al acusado, también asegura que las instrucciones al jurado no sean usadas estratégicamente por las partes para desviar la atención de los hechos relevantes.

En síntesis, en *Hopper*, la Corte determinó que no existía una base racional para considerar el delito menor de homicidio simple debido a que todas las pruebas indicaban que el homicidio ocurrió en el curso del robo, un elemento esencial del homicidio agravado. Y, además, no se presentaron evidencias alternativas que permitieran al jurado considerar razonablemente que el homicidio no estuviera vinculado al robo.

El fallo refuerza que esta *base probatoria razonable* no se refiere simplemente a una posibilidad teórica, sino a una probabilidad real derivada de la evidencia presentada durante el juicio. Este estándar sigue siendo fundamental en la jurisprudencia estadounidense sobre delitos menores incluidos.

e. El elements test y el caso *Schmuck v. United States*

Uno de los criterios más influyentes para definir cuándo corresponde instruir al jurado sobre un delito menor incluido es el denominado *elements test* o *test de los elementos legales*. Este enfoque fue consolidado por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Schmuck v. United States* (1989), y constituye actualmente el estándar predominante a nivel federal (LaFave, 2003).

Según este criterio, un delito menor está incluido en otro mayor solo si es imposible cometer el delito mayor sin cometer todos los elementos del delito menor. Es decir, debe haber una «relación de contención total» entre ambos tipos penales. Como explica LaFave (2003), «el delito menor debe ser un subconjunto lógico del delito mayor, de modo que cada vez que se comete el mayor, necesariamente se comete también el menor» (p. 940).

En Schmuck, el acusado había sido procesado por fraude postal y solicitó que se incluyera como opción para el jurado el delito menor de falsificación. Sin embargo, la Corte rechazó este planteo, sosteniendo que el delito de falsificación no era «necesariamente incluido» en el de fraude postal, ya que este último podía realizarse mediante otros medios -como declaraciones falsas o engañosas- sin necesidad de falsificar documentos. En palabras de la Corte: «el delito menor debe ser tal que sea imposible cometer el mayor sin haber cometido primero el menor».

Este test tiene el objetivo de asegurar congruencia y debido proceso, protegiendo a las partes -especialmente al acusado- de veredictos sorpresivos basados en calificaciones no previstas. Asimismo, fortalece el principio de legalidad y la previsibilidad del juicio, exigiendo que la relación entre los delitos esté determinada por la ley, no por valoraciones subjetivas o estrategias procesales puntuales.

No obstante, este enfoque también ha sido criticado por su rigidez, ya que puede excluir alternativas razonables que surgen del modo en que los hechos fueron presentados o argumentados durante el juicio. Por eso, algunas jurisdicciones han desarrollado criterios más amplios, como el *cognate approach* y el *charging document test*, que analizamos a continuación.

f. Más allá del elements test. Enfoques contextuales para delitos menores incluidos

En respuesta a la rigidez del *elements test*, algunas jurisdicciones de Estados Unidos — especialmente a nivel estatal— han adoptado criterios más flexibles para evaluar la posibilidad de instruir sobre delitos menores incluidos. Uno de ellos es el *cognate approach*⁵ (también conocido como *cognate offense* o *allied offenses*)⁶, que permite considerar delitos menores que no están contenidos totalmente en el tipo mayor, pero que son afines en naturaleza y derivan de los mismos hechos básicos presentados en la acusación. Este enfoque se basa en la idea de que los veredictos del jurado no deben quedar encorsetados por un formalismo extremo que ignore la realidad del caso debatido. Según Schulhofer (1984), el *cognate approach* «refleja mejor la estructura real del proceso penal, donde los hechos se interpretan de manera dinámica durante el debate» (p. 1064). Así, esta categoría pone el foco no solo en la letra del tipo penal, sino también en la conexión fáctica y probatoria entre el delito imputado y el delito menor. La Corte Suprema de Michigan, en *People v. Ora Jones*, 395 Mich. 379 (1975), explicó el fundamento de este criterio al señalar:

⁵ Una traducción posible de *cognate offense* sería «delito afín» - de esta manera, *cognate approach* sería el «enfoque del delito afín»-, es decir, aquel que, si bien no está necesariamente comprendido en el delito mayor desde una perspectiva estrictamente legal o tipológica, a partir del análisis del caso concreto —incluyendo la acusación, la evidencia y el desarrollo del proceso— puede considerarse razonablemente como relacionado o conexo, de modo tal que resulte apropiado incluirlo como opción para el jurado en ese juicio específico.

⁶ También traducido como *alegatos cognados*, v. gr. en Marmolejo (2025, p. 128)

La definición del derecho consuetudinario de delitos menores incluidos es que el delito menor debe ser tal que sea imposible cometer el delito mayor sin haber cometido primero el menor. Esta definición incluye solo los delitos menores necesariamente incluidos. Sin embargo, se reconoce generalmente que esta definición es excesivamente restrictiva, por lo que la mayoría de las jurisdicciones, incluida Michigan, cuentan con leyes que se interpretan de manera amplia para permitir la condena por delitos «afines» o conexos de la misma naturaleza, siempre que se impute un cargo suficiente. Estos delitos menores están relacionados y, por lo tanto, son «afines» en el sentido de que comparten varios elementos y pertenecen a la misma clase o categoría, pero pueden contener algunos elementos que no se encuentran en el delito superior⁷ (p. 387).

Una variante es el *charging documents test* o *pleading approach*, que se enfoca en cómo fue formulada la acusación concreta. Según este enfoque, un delito menor puede ser incluido si los hechos descritos en la imputación permiten razonablemente encuadrarlo en esa figura, aunque no cumpla con todos los elementos del delito mayor. Este criterio fue adoptado, por ejemplo, en *People v. Van Wyck*, 402 Mich. 266 (1978), donde la Corte Suprema de Michigan sostuvo que el jurado debía recibir instrucción sobre el delito menor de homicidio voluntario, ya que la evidencia permitía razonablemente encuadrar los hechos en esa figura, aún cuando la acusación principal era por homicidio en primer y segundo grado. En este fallo, el tribunal señaló que: «Un acusado tiene derecho a una instrucción sobre el delito menor incluido no solo cuando el menor está necesariamente incluido, sino también cuando el documento de acusación y las pruebas respaldan dicha instrucción» (Van Wyck, 402 Mich. en 270). Ambos enfoques —el cognate y el del *charging documents*— representan un intento por equilibrar la lógica del sistema adversarial con la necesidad de que el jurado tenga todas las opciones razonables a su alcance. Aunque más abiertos que el *elements test*, también presentan riesgos: amplían la discrecionalidad judicial y pueden generar problemas de congruencia si no se respetan los límites impuestos por la acusación y el desarrollo del juicio. Por esta razón, algunos estados han optado por combinarlos con exigencias como la existencia de una base probatoria razonable y la ausencia de sorpresa o indefensión para las partes, de forma similar a los límites fijados por la Corte Suprema de Estados Unidos en *Hopper v. Evans*, 456 U.S. 605 (1982).

g. Funciones equilibradoras de la doctrina

Podemos ver como durante todo el siglo XX, la doctrina adquirió un *doble valor funcional*: por un lado, para la fiscalía, sigue siendo útil en caso de que la prueba no alcance a sustentar el delito mayor; por otra parte, para la defensa, representa una herramienta para reducir la exposición punitiva del acusado y para ofrecer al jurado una alternativa intermedia en lugar de un «todo o nada».

Esta *función equilibradora* es particularmente importante en el sistema de juicio por jurado, donde el veredicto binario (culpable/no culpable) puede no capturar toda la complejidad del caso. Estudios empíricos han demostrado que, en ausencia de una

⁷ Traducción propia. Texto original en inglés «The common-law definition of lesser included offenses is that the lesser must be such that it is impossible to commit the greater without first having committed the lesser. This definition includes only necessarily included lesser offenses. This definition, however, is generally conceded to be unduly restrictive, and thus most jurisdictions, including Michigan, have statutes that are broadly construed to permit conviction of 'cognate' or allied offenses of the same nature, under a sufficient charge. These lesser offenses are related and hence 'cognate' in the sense that they share several elements, and are of the same class or category, but may contain some elements not found in the higher offense». (395 Mich 387).

opción intermedia, los jurados tienden a inclinarse por la condena aun en casos donde dudan, lo que aumenta el riesgo de errores judiciales (Hans & Vidmar, 1986: 120-122).

h. La justicia no es un casino o una sala de apuestas: el caso *People v. Barton* de la Corte Suprema de California

En *People v. Barton* (1995), Howard Barton fue acusado del asesinato de Marco Sanchez. El incidente se originó tras una confrontación vial entre Sanchez y la hija de Barton, Andrea. Andrea informó a su padre sobre el altercado, y ambos buscaron a Sanchez. Tras una discusión, Barton disparó y mató a Sanchez. En el juicio, Barton afirmó que actuó en defensa propia, creyendo que Sanchez estaba armado y representaba una amenaza.

Durante el juicio, el tribunal, a pesar de la objeción de la defensa, instruyó al jurado sobre el delito menor de homicidio atenuado voluntario. El jurado condenó a Barton por homicidio atenuado voluntario en lugar de asesinato.

La defensa se oponía a esa instrucción porque «ese cargo era inconsistente con la teoría del caso del acusado y el acusado» (Dorfman, 2020: 123-124). Barton apeló, argumentando que el tribunal no debería haber dado esa instrucción bajo la objeción explícita del acusado, es decir, sin su consentimiento.

La Corte Suprema de California sostuvo que los tribunales deben instruir al jurado sobre cualquier delito menor incluido respaldado por la evidencia, independientemente de las objeciones de la defensa. Esto garantiza que el jurado tenga todas las opciones legales disponibles basadas en la evidencia presentada.

El tribunal determinó que la evidencia permitía al jurado concluir razonablemente que Barton actuó bajo una creencia errónea pero sincera de que necesitaba defenderse, lo que justificaría una condena por homicidio voluntario en lugar de asesinato.

Pero la Corte además va más allá afirmando que

nuestras cortes no son casinos o salas de juego de azar, sino foros para el descubrimiento de la verdad, la verdad puede no estar ni en las ardorosas declaraciones de inocencia del acusado, ni en la afirmación de la fiscalía de que el acusado es culpable del delito imputado; sino que es posible que la verdad resida en un punto intermedio entre esos dos extremos: la prueba puede demostrar que el acusado es culpable de algún delito intermedio incluido en él, pero menor que el delito principal imputado.

Este fallo establece que los tribunales tienen la responsabilidad de instruir al jurado sobre delitos menores incluidos cuando la evidencia los respalda, incluso si la defensa se opone. Esta obligación busca evitar que el jurado se enfrente a una elección injusta entre condenar por un delito mayor o absolver completamente, promoviendo veredictos más justos y precisos.

Estos precedentes subrayan la importancia de proporcionar al jurado la opción de considerar delitos menores incluidos cuando la evidencia lo justifique, garantizando así un juicio más equitativo y reduciendo el riesgo de condenas indebidas por delitos más graves de lo que la evidencia soporta.

i. Debates y críticas en torno a los lesser included offenses

A pesar de su consolidación, la doctrina también ha sido objeto de diversas críticas desde distintos sectores. Algunos académicos⁸ han señalado que, si bien la doctrina de los delitos menores incluidos cumple una función garantista para el acusado, también puede ser utilizada estratégicamente por la fiscalía. En particular, se ha advertido que algunos fiscales tienden a sobrecargar las acusaciones iniciales (a través de la práctica conocida como *overcharging*) con la expectativa de que, si no logran probar el delito mayor, el jurado opte por una condena más accesible por un delito menor incluido, o bien para inducir acuerdos de culpabilidad por ese delito menor (Alschuler, 1972: 1148; Bibas, 2004: 2519).

Esta crítica pone de relieve que la flexibilidad de la doctrina puede ser explotada como herramienta de negociación o presión, generando resultados que no siempre se ajustan a los hechos o a una valoración jurídica justa. Es decir, estos delitos menores incluidos pueden operar como una válvula de escape (Bibas, 2004: 2519) para fiscales que formulan acusaciones máximas y luego negocian condenas mínimas.

Otros argumentan que su aplicación inconsistente entre estados —por diferencias en los tests utilizados— genera desigualdades procesales. Por ejemplo, aquellos estados que adoptaron métodos más flexibles, como el *cognate approach* o el charging/pleading test, permitirían una evaluación más contextual, pero a costa de mayor discrecionalidad judicial y su consecuente inseguridad jurídica (Alschuler, 1972: 1148).

4. La cuestión llega a Argentina

a. El caso pionero, el fallo Álvarez y Telechea⁹

En febrero de 2019, Daiana Ayelen Telechea (quien tenía 18 años de edad al momento del hecho) fue acusada de homicidio agravado por el vínculo (Art. 80, inc. 1) por haber matado a su bebé de 11 meses, de nombre Blas Figueroa. Junto con ella, también fue acusado el padrastro del nene y pareja de Telechea, Lucas Álvarez (23 años), pero por homicidio simple (art. 79 C.P.). La fiscalía sostuvo que ambos actuaron con dolo eventual, al no prevenir ni evitar las lesiones que llevaron al fallecimiento del niño. El jurado los condenó por unanimidad a los dos.

En 2013, el bebé de Telechea empezó a convulsionar, se le dieron vuelta los ojos y su mamá, desesperada, lo sacudió para que reaccionara. Lo llevaron al hospital y allí murió. Seis años después, un perito dijo que el bebé había muerto por el SBS (Síndrome del Bebé Sacudido) y detuvieron inmediatamente a la pareja. La clave, según este perito, era que el bebé tenía desgarrado el abdomen a causa de las sacudidas.¹⁰

⁸ Alschuler (1972: 1079) advierte que la existencia de delitos menores incluidos amplía el margen de maniobra del fiscal para formular cargos más graves y luego inducir a una condena intermedia. En el mismo sentido, Schulhofer (1984: 1037-1046) y Bibas (2004: 2519) destacan cómo esta dinámica afecta el equilibrio procesal, erosionando la capacidad de defensa efectiva y favoreciendo las lógicas de negociación por sobre el juicio pleno.

⁹ Álvarez, Lucas Eduardo y Telechea, Ayelén Daiana s/ recurso de casación. Para el resumen de los hechos se utilizó el fallo y, en gran medida, el elaborado por la Asociación Argentina de Juicio por Jurados, disponible en: <https://www.juicioporjurados.org/2020/11/la-casacion-de-buenos-aires-revoco-por.html>

¹⁰ No era una cuestión novedosa. El «baby shaking» o SBS (Síndrome del bebé sacudido) dio origen al famoso caso «Cavazos v. Smith» de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, en donde se debatió lo mismo

Durante el juicio, la acusada Ayelen Telechea dijo que nunca quiso matarlo, sino que al verle los «ojitos para atrás», y sin saber que era una convulsión, lo sacudió para que reaccionara y que, si lo pudiera cambiar hoy en día, lo cambiaría para que su hijo estuviera vivo, pero que ella no sabía que no lo tenía que zamarrear.

En las instrucciones, el juez del caso omitió incluir en el catálogo de opciones de veredicto el delito menor incluido de homicidio culposo, cuando había surgido claramente de la prueba vertida en el juicio y de la propia declaración de la acusada ante el jurado.

La defensa impugnó, pero el agravio de los dos defensores no tenía absolutamente nada que ver con el verdadero motivo por el que había que revocar. Pero, debido a esta impugnación, el caso llegó al Tribunal de Casación de la provincia de Buenos Aires que, con el voto mayoritario de los jueces Daniel Carral y Ricardo Borinsky, y la disidencia del juez Ricardo Maidana, corrigió esta omisión, revocó la condena a perpetua, mandó a realizar un nuevo debate ante otro jurado y ordenó incluir en ese nuevo juicio la opción por homicidio culposo. Siendo la primera vez en que dicho Tribunal revoca una condena impuesta por un jurado en Buenos Aires.

La casación enfocó claramente el punto, que no era una arbitraria valoración de la prueba del jurado, sino un error fatal en las instrucciones atribuible al juez técnico y también a la defensa, la cual ni siquiera pidió la inclusión de dicha opción de veredicto, lo que hubiera significado la libertad de sus clientes o una consecuencia menor.

Pero aquí el juez de juicio privó inconstitucionalmente al jurado de la opción por culpa bajo dos argumentos gravemente erróneos: a) que la defensora no se lo pidió expresamente y b) que al jurado no le corresponde decidir por qué delito debe responder la acusada.

El fallo destacó que la falta de instrucción sobre delitos menores limitó al jurado a opciones extremas, afectando el derecho al debido proceso. Al mismo tiempo que obliga al juez a instruir al jurado sobre delitos menores incluidos, aún sin solicitud de las partes, si la evidencia lo permite. Dicho fallo después fue confirmado por la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires.

Este fallo marcó un hito histórico en el país, siendo el primero en tratar la temática y buscando uniformar jurisprudencia en torno a la misma. La sentencia tuvo una fuerte repercusión en la prensa y en los precedentes posteriores.

que aquí: si la madre quiso asesinar a su bebé con dolo eventual o si, por el contrario, se procedió de manera imprudente y sin dolo. La diferencia entre este precedente «Cavazos» y este es que, durante el juicio original en California, el juez le informó claramente al jurado las dos opciones (homicidio por dolo y por imprudencia) y el jurado condenó a la mamá por dolo. El jurado fue plenamente informado de todas las variables de derecho aplicable para adjudicar los hechos y allí no hubo nada que objetar. La Corte estadounidense finalmente confirmó la condena.

b. El caso P.N.J. de Entre Ríos

El 21 de marzo de 2022 un jurado popular declaró a P., N. J. (integrante de la Gendarmería Nacional) culpable de reiterados hechos de violación a su hijastra, con quien convivía, la cual estaba a su cargo y era menor de edad. En la audiencia de cesura, el juez del tribunal de jurados, le impuso la pena de ocho años y cuatro meses de prisión.

La defensa del acusado impugnó esa decisión, alegando la existencia de un vicio procesal, ya que el juez de juicio había puesto a consideración del Jurado, una instrucción sobre un delito que no se encontraba contenido en la Acusación Fiscal. Entendiendo que, camuflado de delito menor incluido en el principal, le había indicado al Jurado que podía declarar a su defendido culpable de un delito que no fue materia de imputación fiscal.

La Cámara de Casación Penal de Concordia, provincia de Entre Ríos, a través del voto del juez Perroud -al cual adhirieran sus colegas- comenzó por señalar que el Art. 70 de la Ley de Jurados de Entre Ríos, establece que «el juez le explicará al jurado... el derecho sustantivo aplicable al caso, el delito principal y los delitos menores incluidos en él», y que el Art. 82 establece que «el jurado podrá declarar al acusado culpable de la comisión de cualquier delito inferior necesariamente comprendido en el delito principal que se le imputa, bajo las instrucciones impartidas por el juez». Finalmente, resuelve sobre la obligación del juez de instruir por los delitos menores incluidos, cuando ello resulte correcto y razonable.

Por lo que «así como el Juez no necesita pedido de parte para poder apartarse in bonam partem de la calificación legal principal propugnada por la acusación, lo mismo sucederá con el Jurado popular», aclarando que ello sería así «en aquellos supuestos en donde la prueba producida en el plenario indique la presencia de elementos propios de un delito menor.». Por lo tanto, el Jurado -al igual que los jueces- pueden dar al hecho imputado una calificación menor, lo que no es sino la máxima *iura novit curia*, sólo que en el caso de los jurados, se les debe instruir al respecto, y el momento de hacerlo es cuando se les explica el derecho aplicable al caso, es decir, en las instrucciones finales.

Para ello deben tenerse en cuenta dos requisitos: a) debe evaluarse si el delito menor se encuentra efectivamente incluido en el mayor; y b) debe evaluarse si el delito menor resulta razonable de acuerdo a la prueba producida en el juicio.

De ese análisis, la Casación concluyó que los delitos menores habían sido correctamente incluidos y sin violentar el principio de congruencia

corresponde desestimar la tacha referida a la violación del principio de congruencia, pues en nuestro caso tanto el requerimiento a juicio, cuanto los alegatos y la sentencia se pronunciaron siempre en relación con el mismo acontecimiento histórico, y no sobre otro distinto sobre el que no hubiera habido acusación ni amplia posibilidad de defensa.

Pero además, se advirtió una cuestión fundamental que, por sí sola, sería suficiente para sellar cualquier posibilidad de éxito al planteo: la defensa no objetó oportunamente las instrucciones que se brindaron al Jurado. Es decir, la defensa se agravio en el recurso de un acto que, en el momento oportuno, consintió.

Con ello, la Cámara enseña el modo en que deben construirse los recursos en los juicios por jurados, y es requisito fundamental tanto la existencia de un agravio concreto, como la corroboración de que la parte agraviada haya hecho algo para evitar la generación de ese agravio. Finalmente, el fallo señala la importancia de la registración en audio y

video del litigio de las instrucciones, pues es a partir de allí que podría determinarse fehacientemente lo expuesto.

c. El caso Pinavaría Corvalán (2024)

En el caso *Pinavaría Corvalán*¹¹, el acusado, Francisco Benjamín Pinavaría Corvalán, fue condenado a prisión perpetua por homicidio *criminis causa* (Art. 80, inc. 7 C.P.) en concurso real con robo simple (Art. 164 C.P.) Los hechos ocurrieron cuando Pinavaría, que trabajaba como albañil en la casa de la víctima, María Pía Persia, fue acusado de haberla estrangulado con un lazo —una prenda de vestir— con el objetivo de sacarle dinero y un teléfono celular.

Según la acusación, Pinavaría aprovechó su relación laboral con la víctima para ingresar a su vivienda, donde la estranguló con una prenda de vestir y le sustrajo dinero y un teléfono celular. La defensa planteó dudas sobre la conexión entre el homicidio y el robo, sugiriendo que no se cumplían los requisitos para configurar el homicidio *criminis causa*.

El jurado consideró probado que el acusado ingresó al domicilio de la víctima, en el que trabajaba como albañil, para darle muerte y robarle pertenencias. La defensa oficial, sin embargo, cuestionó la labor de la defensa privada que representó al acusado durante el debate, ya que consintió instrucciones al jurado popular que incluían únicamente los delitos de homicidio *criminis causa* (Art. 80, inc. 7 del C. P.), que prevé pena de prisión perpetua; y hurto simple (Art. 162 del C.P.), que prevé una pena menor.

De ese modo, sostuvo que el jurado no contó con la posibilidad de encontrar culpable al acusado de delitos menores incluidos en el más grave, como sería el homicidio simple en concurso real con robo (Art. 79 y Art. 164 C.P.), o el homicidio en ocasión de robo (Art. 165 C.P.), que prevén penas con escalas menores. Así, concluyó que

En el caso no es posible saber si el jurado popular consideró que la muerte se produjo por la creación del alto peligro de muerte desplegado por la violencia del robo, o por haber encontrado acreditados elementos subjetivos distintos del robo exigidos por el homicidio *criminis causa*.

La mayoría, liderada por el juez Omar Palermo, explicó que el caso planteado por la defensa involucraba una definición acerca de los supuestos en los que el tribunal puede —y debe— incluir en las instrucciones finales que se imparten al jurado figuras penales no solicitadas por las partes. Explicó que el criterio no puede ser distinto del que rige para juicios que se dirimen por juez técnico. Para incluir calificaciones del hecho no solicitadas por las partes, deben tenerse en cuenta tres condiciones

- a) los hechos acusados deben poder encuadrarse en la figura a incluir;
- b) las pruebas producidas en el debate deben respaldar mínimamente esa figura y
- c) la inclusión de la figura penal no solicitada por las partes no puede causar sorpresa a la defensa ni desbaratar su estrategia.

¹¹ Para la elaboración del resumen del caso se utilizó el texto del fallo y, asimismo, el resumen confeccionado por la Asociación Argentina de Juicio por Jurados, disponible en: <http://www.juicioporjurados.org/2024/12/mendoza-gran-fallo-de-la-suprema-corte.html>

El juez Palermo ponderó así que las instrucciones impartidas al jurado en el caso concreto lucen adecuadas a los hechos objeto del proceso y a las pruebas producidas en el debate.

Si bien los hechos considerados en abstracto podrían haber admitido una calificación diversa, las pruebas producidas y las estipulaciones probatorias fijadas por las partes no dan lugar a considerar que, si Pinavaria Corvalán fue el autor del hecho, éste pudiera calificarse como homicidio en ocasión de robo o como homicidio simple.

Deja en claro también que las instrucciones que se imparten al jurado deben reflejar el derecho de la comunidad y no pueden quedar sujetas a una apuesta a «todo o nada» de las partes. Aplicado este criterio al caso, el juez Palermo entendió que en el debate se habían producido pruebas que hacían inviables las calificaciones penales solicitadas por la defensa en casación.

Desde el punto de vista formal y, al igual que en el caso *P.N.J* de Entre Ríos, también se concluyó que las instrucciones impartidas fueron consentidas por la defensa que representó al acusado durante el debate, más allá que haya sido otra distinta a la que fundó la expresión de agravios.

El juez José Valerio votó por separado y arribó a una solución similar, aunque sin previsiones respecto de los casos en que puede causar «sorpresa» a la defensa. Tomó en cuenta el modo en que el asunto ha sido tratado en la jurisprudencia anglosajona. Tras una minuciosa valoración de la prueba, también concluyó que en el caso el tribunal no estaba obligado a incluir delitos distintos a los que se instruyeron al jurado.

Como vemos, este fallo limita la inclusión de delitos menores a casos donde la plataforma probatoria sea razonablemente clara y suficiente

Podríamos decir que la diferencia crucial entre este y los otros fallos (Álvarez y Telechea y *P.N.J.*) radica en el criterio para la inclusión de delitos menores incluidos en las instrucciones al jurado, siendo este último fallo más restringido en la cuestión al afirmar que el juez debe instruir sobre el delito menor únicamente si los hechos y las pruebas presentadas lo justifican de manera razonable en el caso en concreto. En este caso no ocurrió eso, porque la evidencia no respaldaba las alternativas planteadas.

d. La particularidad de las leyes de Chubut, Rio Negro y Chaco

Las recientes leyes argentinas de jurado se han alineado correctamente con esta práctica de siglos del *common law*, que es fundamental no sólo para facilitar veredictos unánimes, sino para dejar al jurado en pie de igualdad con el poder que tienen los jueces profesionales y así poder resaltar esa vital relación de colaboración entre ambos jueces.

Así está estipulado en el *Art. 43* de la *Ley XV N° 30* de *Chubut*, al versar sobre el contenido de las instrucciones, reza «(...) Les explicará el derecho sustantivo aplicable al caso, el delito principal y los delitos menores incluidos en él, las causas de justificación y análogas, si fueron objeto de debate y las cuestiones atinentes a la valoración de la prueba (...)»

Del mismo modo en el *Código Procesal Penal de Rio Negro* se encuentra establecido, en su *Art. 201*, relativo a la «explicación de las instrucciones y deliberación», dicha obligación del juez, al expresar «[...] les explicará el derecho sustantivo aplicable al caso, el delito principal y los delitos menores incluidos en él [...]»

Por su parte, la Ley 7661 de la provincia de Chaco, en su Art. 82, reza: «El jurado podrá declarar al acusado culpable de la comisión de cualquier delito inferior necesariamente comprendido en el delito principal¹² que se le imputa, bajo las instrucciones impartidas por el juez.»

Como vemos, este tema ya dejó de ser una recepción jurisprudencial de una regla de *common law*, para pasar a quedar estipulado en las regulaciones legales de algunas provincias argentinas, las cuales lo establecen obligatoriamente.

5. Conclusiones

Nadie cuestiona que los jueces técnicos pueden, sin apartarse del hecho histórico imputado por la acusación, condenar al acusado por un delito menor incluido en el principal por el que se lo acusó. De hecho, lo hacen de manera corriente. Ahora, cuando el juicio es por jurados, dicha facultad se ejerce de la misma manera, solo que los jueces técnicos serán los encargados de explicarles a los jurados las diferentes alternativas, en fin, de eso se trata la relación de colaboración entre ambos juzgadores.

Los precedentes analizados reflejan la tensión entre garantizar alternativas razonables para el jurado y mantener los límites de la prueba y la estrategia procesal. De ellos se extrae que el determinador de los hechos es el jurado, por ende, la facultad de excluir o incluir alguna situación fáctica está en sus manos, es obligación del juez técnico brindarle todas las herramientas para que ello sea posible, y esas herramientas incluyen a los delitos menores incluidos en el delito principal. Después será responsabilidad del jurado decidir qué opción acepta valorando los hechos y la prueba producida en el debate. Pero lo que es seguro es que si el juez no informa sobre estas alternativas, estaría tomándose atribuciones que no le corresponden, ya que ese ámbito no le corresponde en estos procedimientos.

No puede dejar de señalarse que, en nuestro país, la recepción de esta doctrina no está exenta de tensiones, sobre todo si se la pretende interpretar desde una lógica conceptualista propia de la dogmática jurídico penal de tradición alemana. En efecto, la doctrina penal argentina ha tendido a construir los delitos como tipos penales cerrados, es decir, como estructuras normativas completas y autosuficientes, sin zonas de intersección entre figuras. Desde esta perspectiva, un tipo doloso y uno culposos no pueden compartir base fáctica común¹³, ya que se excluyen recíprocamente por el plano subjetivo que cada uno presupone.

¹² Aquí conviene precisar el sentido de la expresión «necesariamente comprendido en el delito principal». Tal formulación podría interpretarse como una opción legislativa por un método rígido de determinación de delitos menores incluidos, análogo al *elements test* del derecho estadounidense, en el que la inclusión depende exclusivamente de que todos los elementos del delito menor estén contenidos, de forma estricta y abstracta, en la descripción legal del delito mayor. Sin embargo, vimos el ejemplo del Estado de Michigan, donde, aun al analizar los delitos «necesariamente incluidos», la Corte Suprema adoptó concepciones más flexibles, reconociendo la posibilidad de instruir al jurado sobre delitos afines cuando exista una conexión fáctica y probatoria suficiente con el delito mayor.

¹³ Como explica Julio B. J. Maier, el sistema dogmático argentino —influido por la tradición alemana— concibe el tipo penal como una estructura normativa cerrada, integrada por elementos objetivos y subjetivos que delimitan figuras autónomas y excluyentes entre sí (Maier, 2013, pp. 571-576). Bajo esta concepción, el dolo y la culpa no constituyen meras graduaciones internas de la culpabilidad, sino criterios tipificadores que configuran tipos penales distintos e incompatibles. En consecuencia, el homicidio culposos no puede ser considerado un «delito menor incluido» en el homicidio doloso sin afectar el principio de congruencia.

Por lo tanto, se dirá que el homicidio culposo no constituye un tipo menor incluido en el homicidio doloso, dado que ambos se excluyen recíprocamente por el plano subjetivo que cada uno presupone, y que su instrucción -como delito menor incluido- violaría el principio de congruencia.

Sin embargo, los tribunales argentinos han comenzado a avanzar en una línea más funcional, compatible con el enfoque anglosajón del *cognate offense*, considerando no solo la estructura conceptual de los tipos penales, sino también la forma en que se presentan los hechos en juicio. Como analizamos, en el fallo Álvarez y Telechea, el Tribunal de Casación de la provincia de Buenos Aires ordenó realizar un nuevo juicio con instrucción obligatoria sobre el delito menor de homicidio culposo, al considerar que, en función de la declaración de la imputada y la prueba producida, existía una plataforma razonable para que el jurado evaluara esa posibilidad. El tribunal dejó en claro que, más allá de las objeciones dogmáticas, la instrucción por delito menor debe habilitarse cuando la base fáctica permite razonablemente pensar que se configura una figura de menor gravedad, incluso si esa figura no es contigua ni contenida estrictamente dentro del tipo principal.

Por el contrario, en el fallo Pinavaría Corvalán, la Suprema Corte de Mendoza adoptó un criterio más restrictivo, enfatizando que la posibilidad de incluir delitos menores no solicitados por las partes debe estar limitada a aquellos casos en que la prueba efectivamente rendida en juicio sustente esa calificación alternativa. Aunque el tribunal no negó la posibilidad de incorporar delitos afines, sí exigió una prueba concreta, no meramente conjetural, que habilite razonablemente su consideración por parte del jurado.

Ambos precedentes muestran cómo el derecho argentino —aún inscripto en una tradición de tipo penal cerrado— comienza a flexibilizarse bajo la lógica del juicio por jurados, donde el protagonismo del jurado como determinador de los hechos exige mayor apertura a figuras secantes y soluciones intermedias. Así se tiende a superar los límites del conceptualismo clásico, sin renunciar a las garantías del debido proceso, la congruencia y la racionalidad de las instrucciones.

Ahora bien, una vez aclarado esto, cabría preguntarse ¿cuál es el límite en estos casos? y los precedentes aquí analizados podrían orientarnos en una respuesta: a) en primer lugar el límite estaría dado por la garantía del hecho, es decir, los hechos acusados deben poder encuadrarse razonablemente en la figura legal a incluir (garantía del hecho); b) en segundo lugar, debe haberse producido prueba en ese sentido, que justifique la inclusión de dicha instrucción, ya que si no se produce esto, las partes no tienen capacidad de control sobre esa información y por lo tanto no hay capacidad de defenderse efectivamente de una acusación en ese sentido (principio de congruencia); c) en tercer lugar -y en consonancia con el punto anterior- la prueba producida debe ser consistente, sin especulaciones, con dichos hechos y respaldar suficientemente la posibilidad de aplicación de la figura legal menor (base racional probatoria) y, finalmente, d) debe haber una previa discusión con las partes en la audiencia de elaboración de instrucciones (principio adversarial y de contradicción).

En ese marco, Maier denomina figuras secantes a aquellas que, aun cuando protegen un mismo bien jurídico, no se relacionan de manera progresiva ni contienen una a la otra, sino que se intersectan parcialmente en su alcance. Es decir, comparten ciertos elementos o el interés protegido, pero presentan notas distintivas que impiden que el fracaso probatorio de la figura más grave «derive» automáticamente en la más leve.

Esta concepción contrasta con el enfoque funcional propio del common law, donde la doctrina de los lesser included offenses atiende principalmente a la relación fáctica entre los hechos y a la razonabilidad probatoria, más que a una estricta separación dogmática entre los planos subjetivos (por ejemplo, la posibilidad de instruir al jurado sobre homicidio culposo en un proceso por homicidio doloso).

Como síntesis operativa de los criterios desarrollados en este trabajo, se presenta un esquema que sirva tanto a jueces técnicos como a litigantes para decidir si corresponde instruir al jurado sobre un delito menor incluido. El objetivo es transformar la doctrina y la jurisprudencia en herramientas concretas de decisión, aplicables a casos reales.

Criterio	Descripción	Ejemplos de aplicación
Garantía del hecho	Los hechos acusados deben poder encuadrarse razonablemente en el delito menor propuesto, sin apartarse del acontecimiento histórico imputado.	<i>Álvarez y Telechea</i> : la prueba producida y la declaración de la acusada habilitaban la consideración de la figura de homicidio culposo.
Base probatoria razonable	Debe existir prueba concreta que sustente la figura menor; no basta con una hipótesis teórica o especulativa.	Regla aplicada para incluir: <i>Álvarez y Telechea</i> , donde la evidencia justificaba instruir sobre homicidio culposo. Regla aplicada para excluir: <i>Hopper v. Evans</i> (EE. UU.), en el que la prueba descartaba razonablemente el homicidio simple; y <i>Pinavaria Corvalán</i> , donde la evidencia y las estipulaciones de las partes no respaldaban las figuras de homicidio simple ni de homicidio en ocasión de robo.
Principio de congruencia	La inclusión no puede sorprender a la defensa ni introducir hechos no imputados; debe mantenerse la correlación entre acusación, debate y veredicto.	P.N.J. No se verificó violación del principio de congruencia, dado que el debate se mantuvo dentro del mismo hecho histórico.
Discusión previa con las partes	El juez debe plantear la cuestión en la audiencia de instrucciones, garantizando el contradictorio y evitando que la decisión sea unilateral.	Ley XV N° 30 de Chubut y art. 201 CPPRN. Establecen el deber del juez de instruir al jurado, en las instrucciones finales, sobre el delito principal y los delitos menores incluidos.

De esta manera, se evitan decisiones injustas al brindar al jurado herramientas adecuadas para su deliberación y se reafirma su verdadero valor como determinante de la verdad de los hechos. La justicia no puede reducirse a tirar los dados o a una elección binaria, como si se tratara de una escena de la película *Matrix*. Un jurado tiene el poder de cerrar capítulos trágicos en la vida de las personas, reparar injusticias y hablar en nombre de la comunidad; pero sin alternativas intermedias, queda atado de manos. Aplicar coherentemente estos criterios garantiza que el jurado disponga de opciones acordes con la realidad probatoria, evita veredictos forzados bajo la lógica del «todo o nada» y refuerza la legitimidad de sus decisiones. Si la ley confía en el pueblo para juzgar, también debe proveerle todas las herramientas necesarias para hacerlo de la manera más justa, razonada y fundada posible.

6. Bibliografía

- Alschuler, A. W. (1976). «The trial judge's role in plea bargaining». *Columbia Law Review*, 76(7), 1059–1154.
- Baker, J. H. (1979). *An introduction to English legal history* (2.^a ed.). Butterworths.
- Bibas, S. (2004). «Plea bargaining outside the shadow of trial». *Harvard Law Review*, 117(8), 2463–2547.
- Dorfman, H. (2020). «La justicia no es un casino ni una sala de apuestas». En *El juicio por jurados en la jurisprudencia nacional e internacional. Sentencias comentadas y opiniones académicas del common law, del civil law y de la Corte Europea de Derechos Humanos* (t. B). Ad-Hoc.
- Green, T. A. (1985). *Verdict according to conscience: Perspectives on the English criminal trial jury, 1200–1800*. University of Chicago Press.
- Hall, K. L. (1987). *The magic mirror: Law in American history*. Oxford University Press.
- Hans, V. P., & Vidmar, N. (1986). *Judging the jury*. Plenum Press.
- Harfuch, A. (2019). *El veredicto del jurado*. Ad-Hoc.
- Langbein, J. H. (2003). *The origins of adversary criminal trial*. Oxford University Press.
- LaFave, W. R. (2003). *Criminal law* (4.^a ed.). Thomson West Academic Publishing.
- Ledesma, Á. (2020). «El jurado, el juez y la ley aplicable: sus límites». En *El juicio por jurados en la jurisprudencia nacional e internacional. Sentencias comentadas y opiniones académicas del common law, del civil law y de la Corte Europea de Derechos Humanos* (t. B). Ad-Hoc.
- Maier, J. B. J. (2013). *Fundamentos del derecho procesal penal* (t. II: Parte general. Sujetos procesales). Ad-Hoc.
- Marmolejo, M. (2025). «Instruir o no instruir: un repaso judicial de la causa de González Colón e instrucciones sobre los delitos menores incluidos». En *El juicio por jurados en la jurisprudencia nacional e internacional. Sentencias comentadas y opiniones académicas del common law, del civil law y de la Corte Europea de Derechos Humanos* (t. C). Ad-Hoc.
- Nelson, W. E. (1994). *The common law in colonial America: Volume I. The Chesapeake and New England, 1607–1660*. Oxford University Press.

- Penna, C. (2021). *Cuando un juez usurpa las funciones del jurado: Comentario al fallo «Álvarez/Telechea» del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires*. Rubinzal-Culzoni.
- Schulhofer, S. J. (1984). «Is plea bargaining inevitable?». *Harvard Law Review*, 97(5), 1037–1109.

Jurisprudencia

- «Keeble v. United States», 412 U.S. 205 (Supreme Court of the United States, 1973).
- «Beck v. Alabama», 447 U.S. 625 (Supreme Court of the United States, 1980).
- «Hopper v. Evans», 456 U.S. 605 (Supreme Court of the United States, 1982).
- «Schmuck v. United States», 489 U.S. 705 (Supreme Court of the United States, 1989).
- «People v. Ora Jones», 395 Mich. 379 (Supreme Court of Michigan, 1975).
- «People v. Van Wyck», 402 Mich. 266 (Supreme Court of Michigan, 1978).
- «People v. Barton», 12 Cal.4th 186 (Supreme Court of California, 1995).
- «Álvarez, Lucas Eduardo y Telechea, Ayelén Daiana s/ recurso de casación», causa n.º 97.120 (Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala I, 29 de octubre de 2020).
- «P., N. J. s/ abuso sexual con acceso carnal agravado s/ recurso de casación», expte. n.º 817/22 (Cámara de Casación Penal de Entre Ríos, Sala II, 11 de agosto de 2022).
- «F. y querellante particular c/ Pinavaría Corvalán, Francisco Benjamín p/ homicidio criminis causa en concurso ideal con femicidio s/ recurso extraordinario de casación», causa n.º 71.962 (Suprema Corte de Justicia de Mendoza, año según sentencia).