

Fallos y doctrina de la Patagonia

Directores académicos

Gustavo A. AROCENA
José Daniel CESANO

STAFF

Ricardo Tomás KOHON
Aidé VÁZQUEZ VILLAR
Daniel Gustavo VARESSIO
Mario RODRÍGUEZ GÓMEZ
Fernando Marcelo GHISINI

Secretario de redacción

Juan Agustín GARCÍA

Doctrina

Apuntes sobre el juicio por jurados
Por RAÚL ALEJANDRO GUALDA 1

Fallos

Interpretación del artículo 11 de la ley 24.660 21
Aplicación de la ley penal más benigna 25

Fallos y doctrina de la Patagonia es una publicación de **Alveroni Ediciones**
Duarte Quirós 631 - P.B., Local 1 - Tel. [0351] 4217842 - X5000ALM - Córdoba - Rep. Argentina
www.alveroni.com | alveroni@arnet.com.ar

Las opiniones vertidas en las notas firmadas son
responsabilidad exclusiva de los autores.

Año II - Nº 3 - Noviembre de 2007

Revista de aparición trimestral

Propiedad intelectual en trámite

Alveroni
Ediciones
www.alveroni.com

APUNTES SOBRE EL JUICIO POR JURADOS

Por Raúl Alejandro Gualda*

INTRODUCCIÓN

No somos juradistas ni antijuradistas, sólo somos respetuosos y cuidadosos sostenedores de los derechos y garantías constitucionales. En esta exigencia estamos sometidos a la ideología e historia de la Constitución Nacional en cuanto al planteo del establecimiento del juicio por jurados y que necesariamente debe aceptárselo *ab initio* (arts. 24, 75, inc. 12 *in fine*, y 118, CN) e igualmente a la previsión que los convencionales constituyentes aprobaron durante sus deliberaciones en la Convención para la reforma de la Constitución Provincial en 1987 al sancionar el artículo 162 de la referida carta magna, en el sentido de que lo más adecuado era establecer por ley el juicio por Tribunales Mixtos o Escabinado y no el Jurado Popular o Clásico o Anglosajón, como lo distinguiremos en los puntos siguiente, y luego, al analizar alguno de los enunciados contenidos en la ley 9182, sobre todo en las disposiciones para la *deliberación* de las cuestiones que hubieren sido objeto del juicio, que luego darán lugar al *veredicto* y ulteriormente a la *sentencia*.

Hay quienes han sostenido que nuestra Constitución Nacional es una copia de la de los Estados Unidos, como es lo que se desprende del miembro informante de la Convención Constituyente José B. Gorostiaga quien dijo “que su proyecto estaba vaciado en el molde de la Constitución de los Estados Unidos único modelo de verdadera federación que existe en el mundo”. A decir verdad aquí se estaba refiriendo al sistema federal de gobierno; pero ello no significa que nuestra Constitución sea una copia o facsímil de la de los Estados Unidos, pues ello no es así, nuestro constitucionalismo tiene una historia política basada en la *colonia hispanoamericana* y no la historia de *las colonias inglesas establecidas en Norteamérica*; nuestras constituciones fueron ensayadas sobre la base de las dictadas en nuestro país en los cuarenta años precedentes a la de 1853 y no en los ensayos predecesores de la constitución de los Estados Unidos. Si existen influencias de modelos extranjeros, pero nuestra Constitución no es una copia ni reproducción de constituciones e *instituciones extrañas* como el *Common law*, como tampoco es imitación *doctrinaria y racionalista* de las mismas. Las fuentes foráneas en la formación de los contenidos de nuestra constitución se han incorporado cuando se encontraron razones suficientes en nuestro medio, plasmándose en el articulado formal de nuestra ley fundamental. El proceso de formación de nuestra unidad política en nada se asemeja al de los Estados Unidos. Originalmente *la filiación hispano indiana de la Revolución de Mayo marca profundas diferencias con la emancipación de las colonias inglesas en América del Norte. La ideología de nuestra constitución está embebida de valoraciones y doctrinas propias de nuestra historia, aún las que compartimos con fuentes ideológicas extranjeras han sido tamizadas en nuestro medio*. Lo expuesto es un motivo histórico para comprender que el sistema de juicio por jurados populares o clásico o anglosajón contraría nuestra constitución y de imposible aplicación con arreglo a nuestro Derecho Penal, que ni tan siquiera se asemeja al *Common law*; es también una razón para que al momento de legislar sobre un proyecto de ley que se pretende sancionar, al ser tratado y discutido tiene que prever una armonización entre el instituto del juicio por jurados y todo el ordenamiento jurídico penal-procesal-constitucional vigente, especialmente después de la incorporación a idéntica jerarquía constitucional, de los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos; de lo contrario surgirán insalvables objeciones entre un régimen de íntima convicción de jueces legos y el sistema de la sana crítica racional¹ que requiere sentencias fundamentadas, además de jueces técnicos permanentes y acceso pleno de apelación a la segunda instancia.

* Fiscal de Cámara en lo Criminal de la ciudad de Córdoba.

¹ CS, *in re* “Casal, Matías E. y otro”, sentencia del 20/09/05.

I. INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS JUICIOS POR JURADOS QUE ESTABLEZCAN LAS PROVINCIAS POR QUEBRANTAR DISPOSICIONES QUE SON COMPETENCIA DEL CONGRESO DE LA NACIÓN

Debe reconocerse primigeniamente que la parte dogmática de la Constitución Nacional más específicamente en el artículo 24 *in fine* se establece que “El Congreso *promoverá* la reforma de la actual legislación en todos los ramos y el establecimiento del *juicio por jurados*”. Este artículo sólo fue leído junto a otros y aprobado por la Convención Constituyente, es lo que se conoce como a libro cerrado (no hubo debate). Sólo *hubo discusión sobre si era el Congreso el que debía establecer el juicio por jurados para la Nación o se lo deja librado a las provincias*. José Benjamín Gorostiaga miembro informante de la Convención Constituyente de 1853, refiriéndose al artículo 24 dijo “[...] *que no dejaba duda sobre la facultad del Congreso para promover la reforma de la actual legislación del país. Y añadió, que la madre de la comisión en este artículo no era que el gobierno federal hubiese de dictar leyes en el interior de las provincias, sino que el Congreso sancionase los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería y demás leyes generales para toda la Confederación; que si se dejaba a cada provincia esta facultad, la legislación del país sería un inmenso laberinto de donde resultarían males inconcebibles. Que los Códigos que dictare el Congreso serían, no lo dudaba, aceptados con gratitud por las provincias [...]*”, la posición de este convencional constituyente era que los juicios por jurados lo establece la Nación y no las provincias; en ello se habría seguido el consejo de Alberdi, en esto influido por las ideas de Sarmiento, para quien el interior del país estaba gobernado por la barbarie. No obstante esto último y siguiendo la postura mayoritaria de la Convención Constituyente de 1853, la Constitución Provincial tanto la de 1870 (art. 134) como la de 1923, en su artículo 126 (artículo originario fijado por la Convención reformadora cuyas sesiones finalizaron el 13 de agosto de 1923) recoge aquella orientación, reconociéndose en los textos suprimidos “Todos los juicios criminales ordinarios [...] siempre que versen sobre delitos comunes, *se determinarán por jurados, luego que se establezca por el gobierno nacional esta institución en la República [...]*”, es decir, hasta tanto la Nación no establezca el juicio por jurados, a las provincias les está prohibido *implantarlo*, incluso por ley. Completaba el convencional Gorostiaga “[...] *Que si en los Estados Unidos había Códigos diferentes, era porque los Americanos del Norte, descendientes de los ingleses, habían formado como estos, un cuerpo de legislación de leyes sueltas [...]*” (Se hacía referencia al *Common law*). Pero debemos añadir algo fundamental sobre lo que los convencionales no dijeron o tal vez ignoraban respecto a este sistema del *Common law* que en Inglaterra, donde *la institución de los jurados registra 800 años de ejercicio, su “existencia tiene un fuerte sentido de contralor de la política del ejecutivo”, en tanto verdadero legislador frente a un sistema judicial que funciona por precedentes judiciales, que, sin embargo, se orientan por la política criminal que sugiere el ejecutivo.*

El desarrollo argumentativo del Convencional Gorostiaga recibió rápida respuesta por su par el Constituyente (1853) Zavalía, quien expuso: “Que el artículo 24 que se había citado no dice que el Congreso *dictara* esas leyes sino que las *promoverá*; dos voces de bien distinta acepción. *Observa que en los pueblos argentinos no hay laberinto de leyes, pues en cuarenta y dos años habían estado en absoluta carencia de ellas. Que el gaje más importante de las provincias era sin duda la facultad de dictar leyes adecuadas a su organización, costumbres y peculiaridades, leyes menos fastuosas, más sencillas, y que consulten mejor sus intereses*”. En esta discusión intercedió el convencional Zenteno y dijo “que el opinaria con el señor Zavalía, *si no viese que la intención de este estaba satisfecha en el tenor mismo del artículo, pues que siendo el Congreso una reunión de hombres de todas las provincias ellos representaban su soberanía e intereses y podían por consiguiente dictar leyes para toda la Confederación*”. No obstante la referida discusión, fue votado el artículo 24 de la Constitución Nacional, siendo aprobado por mayoría de sufragios, imperando la postura mayoritaria del convencional constituyente informante Gorostiaga como aquella que deberán aceptar o adoptar las provincias hasta tanto el Congreso dictara la ley del juicio por jurados, aunque a decir verdad nunca se cumplió el mandato que el artículo 24 *in fine* de la Constitución Nacional dispone, enunciado que pasó en desuso o no uso (desuetudo) o por una omisión inconstitucional del Congreso, como veremos en breve. Ahora bien, la Constitución de 1923 de la Provincia Córdoba, al ser reformada en 1987 sanciona el artículo 162 el que proclama “La *ley* puede determinar los casos en que los tribunales colegiados son también integrados por jurados”, parecería seguir la visión antagónica a la sostenida por el convencional constituyente Gorostiaga (1853) acompañando con cierta observación crítica lo sostenido por el Convencional Zavalía (1853), es decir la constitución no lo establece; pero lo que interesa destacar es su alejamiento definitivo de lo que disponía la constitución de 1870 (art. 134) y 1923 (art.126) congruentes y conexas con la Constitución de la Nación (art. 102, actual art. 118), sin embargo no hay explicación alguna que encontremos de por qué la Constitución Provincial de 1987, si bien no establece si promueve a que los juicios se determinarán por jurados, con la salvedad de que no impone sino que lo deja librado a que el legislador a través de la ley pueda fijar que los Tribunales Colegiados técnicos sean *integrados con jurados*, además de haber transcurrido más de un siglo y medio en que al Congreso se le otorgó la facultad de promover el juicio por jurados y no lo instituyó, esta provincia como otras lo predisponen constitucionalmente. Pues bien, pensamos que lo que las provincias no han previsto, particularmente si lo hizo esta Provincia en su Constitución de 1870 y de 1923, quizá por el tiempo transcurrido y en virtud de que el Congreso no legisló sobre jurados, es haber creado una

situación que orientó a que se legisle en las provincias frente a esa omisión en que el Congreso ha incumplido un mandato constitucional, en este sentido se originaría un obstáculo de incompatibilidad o incongruencia entre nación y provincias en el caso de que el Congreso sancione la ley que impulsa el juicio por jurados (hay numerosos anteproyectos presentados en los últimos años) y aceptara el enfoque sostenido por el convencional constituyente Gorostiaga que por mayoría materializaron y aprobaron el artículo 24 de la Constitución Nacional, el que a nuestro juicio se encuentra apoyado por el artículos 75, inciso 12, y 118 de la Constitución Nacional (art. 102 del texto anterior —CN de 1853—) que disponen “*El Congreso promoverá [...] el establecimiento del juicio por jurados*”; el que deberá “*Dictar [...] especialmente leyes generales para toda la Nación [...] y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados*”; consecuentemente es “*Que los juicios criminales ordinarios [...], se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiere cometido el delito [...]*”; de estos enunciados constitucionales se deduce que una ley sancionada por el Congreso con alcance nacional permitirá la aplicación de la institución por igual en todas las provincias. Esta facultad concedida al Congreso es para el futuro o simplemente condicional por lo que no se le ha fijado plazo, tan es así que la Corte Suprema ha decidido reiteradamente que las normas constitucionales relativas a los jurados “no han impuesto al Congreso el deber de proceder inmediatamente al establecimiento del juicio por jurados ni tampoco un término perentorio para la reforma de la legislación” (Fallos 115:92; 165:258; 208:21; 208:225). Conforme a lo expuesto nos lleva a preguntarnos ¿el artículo 162 de la Constitución de la Provincia es inconstitucional?, si se aceptara la posición del convencional Benjamín Gorostiaga y se interpretara congruentemente los artículos 24 *in fine*, y 75, inciso 12, 118 de la Constitución Nacional, y lo sistematizado por la Corte Suprema de la Nación, es inconstitucional por lo que todos los juicios realizados por jurados sean populares-clásicos o escabinados son nulos; no así si se admite el punto de vista opuesto del Convencional Zavalía (1853) aunque tal posición fue en minoría y no influyó en las decisiones que se tuvieron en cuenta para dar sustento al artículo 24 *in fine* de la Constitución Nacional, lo que lleva a sostener que el Congreso conserva absolutamente su facultad de promover la ley que implanta el juicio por jurados para la República. Ahora bien, en correspondencia a lo expuesto precedentemente debe tenerse presente que los enunciados constitucionales que prevén la competencia del Congreso para establecer por ley el juicio por jurados, sobre todo la del artículo 118 de la Constitución Nacional (ex artículo 102) que alude a él para “todos los juicios criminales *luego que se establezca en la República esta institución*”, y la del artículo 75, inciso 12 (artículo ex 67, inciso 11) que la incluye en la nómina de leyes consideradas “*especiales*”, revelan que la naturaleza de aquella ley (del juicio por jurados) es *federal* por cuanto el Congreso, no puede, como principio, dictar leyes procesales que obliguen a su aplicación a las jurisdicciones provinciales. La del jurado sería la *excepción*, porque abarcaría tanto los procesos penales ante tribunales federales como ante tribunales provinciales. La mutación constitucional por sustracción (implicada por el no establecimiento legal del jurado para el proceso penal) significa: a) que ha decaído la vigencia *sociológica* de los artículos de la constitución que se refieren a él; b) que subsiste su vigencia *normológica* por lo cual el Congreso puede en cualquier momento dictar la ley que lo establezca, y c) que las provincias *carecen de competencia para establecerlo en sus jurisdicciones y para suplir localmente la inexistente ley del Congreso sobre el punto*². En este orden de ideas el artículo 121 de la Constitución Nacional refiere que

² Cfme. BIDART CAMPOS, German J., *Manual de derecho constitucional argentino*, t. II, Ediar, Buenos Aires, 1993, pág. 230; también del mismo autor en *Las obligaciones en el derecho constitucional*, pág. 52. En el sentido consignado e igual posición doctrinaria ha seguido Humberto QUIROGA LAVIÉ (*Constitución de la Nación Argentina comentada*, 2ª ed. act., Zavalía, Buenos Aires, 1997, pág. 394) expresando que *resulta claro* que en este caso la Constitución Nacional *ha federalizado* la organización de una materia que, en caso contrario, correspondería a las provincias. Esa ha sido la voluntad del constituyente, aplicable a todo tipo de juicios criminales ordinarios, es decir tanto a los sometidos a la jurisdicción federal como a la de las provincias. Admite, no obstante, para no hacer decaer una jurisdicción prevista por la Constitución tanto a favor de los justiciables como a la sociedad de donde surgirán quienes deben integrar los jurados, que podrán las provincias instaurarlos. Nos parece que este último argumento que justifica opcionalmente a las provincias la implantación del juicio por jurados no es de base jurídico-constitucional sino más bien es una postura que vulnera el principio de no contradicción, pues si tenemos en cuenta lo que el constitucionalista apoya al expresar, con absoluta razón, que claramente “ha sido la voluntad del constituyente” y “la Constitución ha *federalizado* la organización de una materia”, no puede luego expresarse que “para que no *decaiga la jurisdicción* que fija la Constitución al Congreso” podrán las provincias instaurarlos, no puede afirmarse y negarse al mismo tiempo, o una es verdadera y la otra es falsa. Por otra parte es menospreciar la fuerza normativa de la Constitución, pues aunque alguna de sus cláusulas programáticas que requieren leyes para que se haga realidad su vigencia, continúa subsistiendo el vigor normológico de sus proposiciones, nada consagrado en la Constitución puede soslayarse. También es conteste con los constitucionalista referidos, Gregorio BADENI (*Tratado de derecho constitucional*, t. II, La Ley, Buenos Aires, 2004, pág. 1352), quien refleja que el establecimiento del juicio por jurados sólo es viable por *ley del Congreso. Es una potestad delegada por las provincias que ellas no pueden ejercer. La inercia del Congreso en esta materia, no puede ser remediada por las legislaturas provinciales*. Igual postura a la de los constitucionalista referidos asume CLARÍA OLMEDO (*Tratado de derecho procesal penal*, t. I, Ediar, Buenos Aires, 1960, pág. 258), y CAFFERATA NORES (*Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, 2ª ed. act., Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998, págs. 239 y 240). Aquellos que sostienen que en virtud de que el artículo 126 de la Constitución Nacional, al no incluir en él el juicio por jurados, no se les prohíbe a las provincias implantarlos. Creemos que ello es un argumento erróneo, pues el no incluirlo no puede llevar a ignorar lo que ya está dispuesto

“las provincias conservan todo el poder no delegado por esta constitución al Gobierno Federal [...]” y agrega el artículo 126 “las provincias no ejercen el poder delegado a la Nación [...]” ello significa que las provincias al no ejercer el poder delegado a la Nación y la Constitución Nacional al establecer que al Congreso es al que le corresponde dictar normas relativas al juicio por jurados, su consecuencia es que la facultad fue delegada a la Nación por parte de las provincias, lo que constituye una *excepción* a las normas procesales cuya facultad de dictarlas es de las provincias, aunque el propio Alberdi consideraba que la atribución codificadora del Congreso no tenía carácter imperativo, de manera que quedaba a criterio del legislador dictar o no dicha legislación común y que en caso de no hacerlo, las provincias mantenían su potestad en tal sentido (*Bases y puntos de partida para la organización nacional*, pág. 98); por más respetable que sea la opinión de ALBERDI, creemos que el artículo 75 de la Constitución Nacional, al expresar “*Corresponde al Congreso [...] inciso 12 (ex artículo 67, inciso 11) Dictar [...], las que requiera el establecimiento del juicio por jurados*”, está determinando un enunciado prescriptivo que expresa una orden, un mandato o un imperativo; en la lógica deóntica es un enunciado que expresa obligaciones o deberes, o que trata acerca de lo obligatorio y lo permitido; por lo tanto es una atribución *exclusiva* y *excluyente* del Congreso. En orden a esto último y de la problemática que se establecería en virtud de lo expuesto, existe la posibilidad lógica desde un punto de vista jurídico-constitucional que no sería inconstitucional el artículo 162 de la carta fundamental de la provincia, toda vez que este precepto no enuncia la implantación del juicio por jurados sino que de su lectura se desprende que es la *ley* quien lo determinará, y es esta la que será inconstitucional si la ley del Congreso, de sancionarse, estableciera un Tribunal Mixto o Escabinado con minoría de legos (como ya analizaremos); en este sentido, debe observarse que en esta Provincia la Convención Constituyente de 1987 excluyó de plano la instauración del juicio por jurados de tipo anglosajón (como ya lo revelaremos). Lo analizado es concurrente si se tiene presente la falta de uso o no uso (desuetudo) o pérdida de vigencia sociológica o validez en su implementación por parte del Congreso, es por ello que nuestra posición jurídico-constitucional es coincidente con la perspectiva de orientación dogmática de los constitucionalistas Bidart Campos - Sagüés (véase *ut infra* nota N° 3 de pie de página), no obstante los enunciados de la Constitución Nacional en relación al juicio por jurados conservan su vigencia *sociológica*; es decir no habría incoherencia alguna si el Congreso estableciera la ley por la que se establece el juicio por jurados conforme al sistema de Tribunal Mixto o Escabinado en el que *los legos sean minoría*, ello con la única finalidad de evitar inconstitucionalidades y la derivación en nulos de todos aquellos celebrados por el régimen de juicios por Tribunales Mixtos o Escabinados como el instituido en esta provincia en el artículo 369 Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba vigente aún, aunque devendrán en inconstitucionales y nulos los realizados por jurados popu-

en el artículo 75, inciso 12, de la Constitución Nacional, esta cláusula es una verdad de razón, por lo que negarla o contradecirla porque el artículo 126 de la Constitución Nacional no incluye el juicio por jurados, es quebrantar el principio de no contradicción, pues no puede al mismo tiempo admitirse el artículo 75, inciso 12 de la Constitución Nacional y negarse lo por el dispuesto en materia de jurados porque el artículo 126 de la Constitución Nacional no lo incluye; aceptarse una interpretación de esta naturaleza y en base a ella argumentar que a las provincias no les está vedado implantar el juicio por jurados, es un razonamiento absurdo, pues no pueden admitirse incongruencias interpretativas extrañas de los enunciados constitucionales. **Los constituyentes atribuyeron al Congreso el establecimiento del juicio por jurados.** Ello implica que la ley del Congreso debe organizar las reglas de composición y número de los jurados; el funcionamiento de estos; los requisitos necesarios para integrarlos; las mayorías para obtener la decisión. Sólo **la aplicación de la ley**, la instalación de los jurados, el examen de los requisitos que deben tener los ciudadanos que integran el jurado, son de competencia local y deben funcionar bajo el control de los magistrados locales y con la actuación del ministerio público también local en cada una de las respectivas jurisdicciones, según dónde se hubiere cometido el delito (Cfme. GELLI, María A., *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, 3ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2005, págs. 993 y 994), esto último se encuentra íntimamente relacionado con lo que dispone la Constitución de la Provincia, en su artículo 160 *in fine* lo que confirma que la ley que establece el juicio por jurados es la que dicte el Congreso, en tanto que a las provincias le corresponde todo lo que hace a su aplicación, así lo expresa el enunciado de nuestra carta magna provincial: “Corresponde al Poder Judicial [□]; y la aplicación de las normas del inciso 11 del artículo 67 (corresponde al art. 75, inc. 12, conforme a la reforma de 1994) de la Constitución Nacional”. La CS ha expresado que “las provincias tienen todos los poderes que poseían antes de dictarse la Constitución, a menos que una disposición de ésta restrinja o prohíba su ejercicio” (Fallos 15:17). Apoyarse en que las provincias conforme al artículo 121 de la Constitución Nacional, pueden establecer el juicio por jurados ya que es una facultad no delegada a la Nación, también es un argumento erróneo. Del artículo 121 no se infiere que las provincias se hayan reservado poderes, sino que la Constitución, como expresión de la voluntad del pueblo de la Nación Argentina, es quien la distribuye, delegándolos en forma definida al Gobierno Nacional, mientras que los poderes no delegados los conservan las provincias (CS, Fallos 308:1298); del mismo artículo 121 surge que la que delimita, distribuye y asigna competencias es la Constitución Nacional y no las provincias, así lo enuncia el artículo 121 “Las provincias conservan todo el poder no delegado **por esta Constitución** [□]”. Fue el Poder Constituyente de la Nación no el de las provincias el que dictó la Constitución, y sólo él puede alterarla, por más que las provincias, en su momento, hayan ejercido el poder de convocatoria de tal poder constituyente nacional. Es entonces un argumento que violenta nuevamente el principio de no contradicción, pues se estaría otorgando competencias concurrentes entre provincias y Nación, cuando tal ejercicio simultáneo significaría un caso de conflicto, en virtud de ello las provincias deben ceder ante la Nación ya que existe una contradicción efectiva e insoluble entre el ejercicio de la autoridad nacional y la local con arreglo a los fines queridos por la Constitución (CS, Fallos 315:1013).

lares o clásico o anglosajón, sea porque éstos no son admitidos y como ya lo sostuvieran los convencionales constituyentes de esta Provincia en 1987, sea porque éstos conllevan la conculcación de principios constitucionales contenidos en las cartas fundamentales de la Nación y de la Provincia como veremos a lo largo de este trabajo y por lo expresado por la CS, *in re* “Casal” (sentencia del 20/09/05).

Bielsa señala que la simple lectura del artículo 24 de la Constitución Nacional revela que *los constituyentes no estaban muy convencidos o persuadidos de la necesidad de establecer realmente esa forma de juicio*, pues se limitan a disponer que el Congreso *promoverá*, todo es en él (artículo) condicional (*Diccionario de la lengua española*: RAE, “Gram. Tiempo que expresa acción futura en relación con el pasado del que se parte”) y la experiencia les ha dado la razón. La omisión histórica de establecer jurados, es un problema de política criminal, no parece una terrible traición al Constituyente. En ese sentido la *desuetudo*³ debe ser tomada escrupulosamente en cuenta *como expresión de un desinterés social* hacia determinados institutos, y así se ha considerado siempre según la razón jurídica. Ya entrados al siglo XXI seguimos recurriendo a las enmiendas y arreglos para el armado de una política criminal, pero no con la finalidad que tiene ésta, es decir, adecuar la legislación penal a las necesidades de la defensa de la sociedad frente al delito mediante la disposición del catálogo de delitos, las penas y medidas de seguridad; progreso del procedimiento penal y ejecución de las penas, en general mejorar la legislación penal; no se mejora ésta, instituyendo un Jurado Popular o Clásico o Anglosajón, sino buscar las alternativas que mejorado se adecue a nuestro sistema penal europeo continental, como lo desarrollaremos a lo largo de este ensayo.

³ La Constitución Nacional establece que el Congreso promoverá el “juicio por jurados” (arts. 24, 75 inc. 12, y 118, CN), esas disposiciones cayeron en *desuetudo* —esto es, perdieron vigencia “sociológica” por desuso o no uso— ya que nunca se implementó a través del sistema procesal penal. Por otra parte la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) abona la tesis acerca de un consenso general favorable a abandonar la idea de un proceso penal que, como el “juicio por jurados”, no garantice la *doble instancia* (art. 75, inc. 22, CN; art. 8º, inc. 2, apartado h, CADH, y art. 14, inc. 5, PIDCP). BIDART CAMPOS, al explicar en qué consiste la pérdida de vigencia sociológica de una norma constitucional por *desuetudo* (o sustracción por mutación, como también la denomina), es decir pérdida de vigencia de los enunciados constitucionales después de un cierto tiempo de “no uso”, v.gr.: cuando a más de un siglo de la Constitución de 1853, el *juicio por jurados* no ha sido establecido por el Congreso. En tal supuesto, cabe acoger el concepto de “dejación de voluntad” a que se refiere LEGAZ y LACAMBRA (*Filosofía del derecho*, págs. 248 y 249). Es claro que este filósofo admite esta especie de derogación del derecho por la voluntad contraria en el propio progenitor que le dio nacimiento, y ello no parecería acontecer con las normas de la constitución que, emanadas de un poder constituyente, son dejadas de lado por el poder constituido. No obstante, como materialmente los detentadores del poder constituido accionan la dinámica constitucional e invisten, a veces en potencia y otras veces en acto, un poder constituyente material, podemos afirmar que su voluntad tiene eficacia para operar la pérdida de vigencia de la constitución que tuvo un autor distinto (Cfr. BIDART CAMPOS, Germán J., *Filosofía del derecho constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1969, § 79 a 86, págs. 97/102 y nota de pie de página N° 5); también el mismo autor sostiene: “La constitución material puede no coincidir con la constitución formal en todo o en parte. Ello acontece cuando la constitución formal, total o parcialmente, no tiene vigencia sociológica, ni funciona, ni se aplica. Una constitución formal o parte de ella puede no tener vigencia actual porque la tuvo y la perdió; o puede no haberla adquirido nunca (todo ello por violación ejemplarizada o por *desuso*)” (Cfr. BIDART CAMPOS, German J., *Tratado elemental de derecho constitucional*, t. I, Ediar, Buenos Aires, 1988, págs. 38, § 30, y 42, § 40). En igual sentido respecto a la pérdida de vigencia, SAGÜÉS expresa: “el mandato constitucional es claro y conminante, pero la renuencia del legislador a cumplirlo ha sido evidente, lo que provoca una *derogación por vía del derecho consuetudinario (desuetudo)*. Si los juicios por jurados se implementan no son institucionales por tratarse de un problema procesal reservado a la discrecionalidad del legislador, pero no *sería factible una ley general sobre juicio por jurados en materia criminal con vigencia en toda la república*” (Cfr. SAGÜÉS, Néstor P., *Elementos de derecho constitucional*, 2ª reimp., Astrea, Buenos Aires, 2003, págs. 628 y 629). BIDART CAMPOS (*El derecho de la constitución y su fuerza normativa*, págs. 206 y 207) expresa que la absoluta ausencia de esa vigencia sociológica le quita *validez*, y agrega en su obra *Filosofía del derecho constitucional*, pág. 138: “Es frecuente enseñar que un *mínimo de vigencia* es requisito para la validez, con lo que se afirma que *la pérdida total de vigencia acarrea la pérdida de validez*”. Y complementa en pág. 250: “[□] El derecho que deja de ser vigente deja de ser positivo, y como la *validez* es la cualidad del derecho positivo, *perdida la vigencia se pierde la validez*. Diríamos que si desaparece el sustrato, desaparece con él la *validez* [□] Desaparecido el objeto, desaparece la cualidad. De igual modo, *no puede tener validez lo que no es o deja de ser derecho positivo. Y no es derecho positivo un derecho que carece o pierde la vigencia*”. Por eso hemos dicho que la vigencia, sin ser la causa de la *validez*, es *condición sine qua non de validez* del derecho positivo. Cuando un derecho positivo tiene *validez* la tiene porque: a) es justo; b) es vigente. Si es injusto, le falta la “causa” de *validez*. *Si no es vigente, le falta la “condición” de la validez (aunque sea justo)*. Un derecho positivo justo y vigente, que en un momento dado conserva la vigencia pero se vuelve injusto, pierde la *validez*. Un derecho positivo justo y vigente, que en un momento pierde vigencia, pierde con ella la *validez* porque deja de ser positivo. Ello ocurre cuando el derecho consuetudinario o espontáneo produce por *desuetudo* la pérdida de vigencia del derecho escrito. Tal derecho escrito sin vigencia, deja de ser positivo, y por ende deja también de ser *válido*. La validez es la existencia específica de la norma y a reconocer que tiene fuerza obligatoria (Cfr. KELSEN, H., *Teoría general del derecho y del Estado*), consecuentemente la norma existe (arts. 24 *in fine*, 75, inc. 12, y 118, CN) pero ha permanecido casi indefinidamente ineficaz, habiendo entonces, perdido validez por desuso (Cfr. KELSEN, H., ob. cit., pág. 123).

En un principio los legos que eran llamados a integrar los jurados no iban en calidad de juzgadores, sino de testigos, en razón del particular conocimiento del hecho sometido a discusión, acompañaban a la víctima dentro de un sistema acusatorio, su elevación a la judicatura constituiría entonces una incongruencia y un error de concepto⁴. El tiempo transformó la institución en examinadora de la culpabilidad del acusado, aunque auténticamente y durante mucho tiempo cumplió la noble función de limitar el poder del monarca, ya que su poder omnisciente no podía imponerse en las sentencias judiciales, era el pueblo quien se encargaba de administrar justicia a sus pares. Esta institución originariamente británica se encuentra en claro retroceso en su propia tierra. Tampoco tuvo una similar vigencia en Europa continental, cuyo ordenamiento jurídico de raíz romano-germánica no puede compatibilizarse con esta institución sajona. Lo que se instituye en Italia, Francia y Alemania, con algunas variantes, es un Tribunal Mixto o Escabinado.

No puede negarse que esta institución nació “como medio para frenar el absolutismo de los reinos en los juicios penales” considerándose históricamente sin discusión como una garantía contra los abusos de la prerrogativa real de hacer justicia y como defensa contra el poder de los jueces sometidos a los gobiernos despóticos o de las Cortes. El jurado históricamente apareció como un medio para asegurar la justicia contra la autoridad ilimitada de los hombres que gobernaban sin control, que incurrieran en exceso de poder, surgiendo el jurado contra el despotismo y la opresión interviniendo el *pueblo* en la administración de justicia. Contra el absolutismo y la arbitrariedad surge como función *garantista* de la tensión entre el poder y el ciudadano que reclamaba justicia; era la justicia administrada al pueblo por el pueblo mismo; pero, cuidado, los revolucionarios franceses, llevando a la práctica las ideas de MONTESQUIEU⁵, importaron el jurado inglés y así fueron rodando cabezas, porque lo quería “*el pueblo*”. Es así como la institución del jurado estuvo en cierto orden histórico un tanto vinculado al concepto de democracia como sistema de gobierno, eso sí invariablemente mucho más alejado de toda forma de autoritarismo; aunque la democracia hoy conceptual y constitucionalmente no es un sistema de gobierno (históricamente sí) sino un *Estado* democrático, un sistema de vida. Los jurados permitían de esta forma que el pueblo “*participara*” en el ejercicio de la administración de justicia y como tal es, tal vez, una cualidad de *democracia semidirecta*. Entonces podemos afirmar que al juicio por jurado se lo concibe como *garantía* contra la *opresión y el avasallamiento* que sufrieron los pueblos, naciendo contra ello una *aprobación u opción subjetiva a ser juzgado por los pares*, por lo que consideramos que *es un derecho implícito o no enumerado con arreglo a nuestra Constitución* (art. 33, CN, y art. 20, Const. Pcial.)⁶, es expresión de las libertades públicas (Sarmiento), dogma del pueblo libre (Mitre). Finalmente debemos hacer referencia a

⁴ Cfr. LÓPEZ, Artemio, “Crisis del jurado”, *LL*, 1241. Estos legos llamados a integrar el jurado fue una consecuencia luego de que a los sacerdotes católicos se les prohibió su participación en las ordalías o juicios de Dios, y es lo que condujo a la práctica de someter la cuestión a un grupo de vecinos que pudieran dar testimonio del hecho.

⁵ MONTESQUIEU en su época señaló que “En las monarquías, los jueces toman la manera de los árbitros: deliberan juntos, se comunican sus pensamientos y se ponen de acuerdo; cada uno modifica su opinión hasta conciliar con la del otro; en todo caso los que estén en minoría se adhieren al parecer de los demás. Esto no está en la índole de la República. En Roma y en las ciudades griegas, los jueces no se comunicaban entre sí ni necesitaban conciliarse: cada uno emitía su juicio de una de estas tres maneras: absuelvo, condeno, aclarase: Se suponía que juzgaba el pueblo; pero el pueblo no es jurisconsulto; las modificaciones y temperamentos de los árbitros no son para él: hay que *presentarle un solo objeto, un hecho, un solo hecho para que vea solamente si debe condenar o absolver o aplazar el juicio*” (Cfr. *Del espíritu de las leyes*, Libro VI, Capítulo IV).

⁶ Pero si a los derechos y garantías se les adjudica algún fundamento objetivo de carácter meta, supra o extrapositivo, no podemos consentir que respecto del jurado haya un “*derecho a la participación popular en la administración de justicia o a ser juzgado por los pares*”. Si ello es así tampoco a tal derecho ha de corresponder necesariamente como *garantía* la implantación y el funcionamiento de un sistema de jurado (lego o mixto) para el enjuiciamiento penal, pues el único fundamento del jurado se recluye en el *orden normativo de la constitución, sin reenvío alguno hacia fuera de ella o por encima de ella* (Cfr. BIDART CAMPOS, German J., *Tratado elemental de derecho constitucional*, t. II-A, Ediar, Buenos Aires, pág. 174). Lo expresado no equivale a ser antijuradista sino que teniendo en cuenta la redacción dada al artículo 162 de la Constitución de la Provincia de Córdoba y a los artículos. 24, 75, inciso 12, y 118 de la Constitución Nacional, se advierte que no hay apelaciones a derechos metapositivos, suprapositivos o extrapositivo, es decir no darle al jurado un sustento distinto o como se pretende asignarle una especie de democratización de la Función Judicial, sino lo que la positividad constitucional le ha asignado (BIDART CAMPOS, página y ob. cit.). El jurado implica una *técnica procesal de participación social*, tal como los constituyentes lo expresaron en la convención reformadora de la Constitución Provincial de 1987 ideas aquellas que se plasmaron en el artículo 162, y no que se le haya declarado o reconocido que es un *derecho* para el enjuiciado o del pueblo para administrar justicia, pero tampoco será entendido como una negación, sino que se lo considerará como un *derecho implícito o no enumerado* (art. 33, CN); el sustento de ello es el principio de soberanía del pueblo y la forma republicana-representativa de gobierno, es decir que se infiere del artículo 33 de la Constitución Nacional, que tales derechos son de naturaleza política, pero que también comprenden a todos los derechos del hombre que nacen de su propia naturaleza y de los derechos del pueblo, que están direccionados a ampliar horizontes de participación popular, es decir los que se reserva el pueblo (según la Convención reformadora *ad hoc* de 1860), pero que deben estar enderezados hacia la tradición y conciencia de nuestro pueblo para determinar en que medida un derecho o principio está tan enraizado para ser calificado de tal; es en virtud de ello que creemos que participar o formar parte en un juicio por jurados no precisamente es el popular o clásico o anglosajón, pues

un primer y único proyecto dado en 1871 encomendándosele una comisión a cargo de Florentino González y Victorino de la Plaza, la organización del juicio por jurados, pero que en realidad no tuvo acogida, dándose lugar al Proyecto de Manuel Obarrio el que luego se convirtió en el Código Procesal Penal (Ley 2372), donde sostuvo que pese a la expresa disposición constitucional existente, optó por jueces de derecho y no por jurados, en la convicción de que la Constitución delegó en el Congreso la determinación del momento en el cual el juicio por jurados debería ser establecido, momento este que según Obarrio no había llegado todavía. Es decir reiteramos las palabras de Bielsa: “la simple lectura del art. 24 de la CN revela que *los constituyentes no estaban muy convencidos o persuadidos de la necesidad de establecer realmente esa forma de juicio*, pues se limitan a disponer que el Congreso *‘promoverá’* todo es en él condicional y la experiencia les ha dado la razón”. Entendemos que el juicio por jurados no es un acto inconsciente de los constituyentes, es el fruto de una *concepción política* armónica con una inquebrantable firmeza que aconsejaba recurrir, posiblemente, a este medio para consolidarla que, sin perjuicio de su dogmatismo, debe reconocerse la necesidad de determinar su establecimiento cuando el Congreso lo estime conveniente; creemos que es la expresión manifiesta del realismo político que inspiraron a los constituyentes de 1819 y 1826, y que luego lo trasladaron o fue receptado en los artículos 24 *in fine*, 75, inciso 12, y 118 de la Constitución Nacional. Luego de más de ciento cincuenta años y por una decisión exclusivamente política quiere implantarse un sistema análogo o híbrido de juicio por jurados populares o clásico o anglosajón o angloamericano; no es racional pretender un retorno a un modelo anacrónico, incongruente e incompatible con nuestra raigambre jurídica, es decir con el sistema de derecho penal y procesal penal, siendo además que este modelo de procedimiento ha dado sobradas muestras en los países que lo acuñaron como extraordinariamente carente de garantías y terriblemente deficiente⁷. Creemos que si la Constitución enuncio el juicio por jurados haciendo referencia al clásico o anglosajón siguiendo la interpretación de aquellos que sostienen que ello fue tomado de la Constitución estadounidense, tal sistema de juzgamiento debió implantarse en los años siguientes a su sanción, de manera de adoptar el sistema penal angloamericano. El desuso o el no uso u omisión inconstitucional en la implementación procesal del artículo 24 *in fine* de la CN no fue producto de la casualidad, sino de los condicionantes históricos como haber tomado, aunque no literalmente, el 3º §, art. III, Sec. 2º, de la Constitución estadounidense, al que hoy refiere el artículo 118 de nuestra Constitución Nacional; lo cual es opuesto a una legislación penal primeramente legada por las colonias españolas en América, cuyas tradiciones son diametralmente incompatibles que no coincidían o quizás ni deseaban la institución del Jurado Popular o Clásico o Anglosajón o Angloamericano; posteriormente se introdujeron conceptos jurídicos de distintos países europeo continental. Cualquier argumento que se pretenda esgrimir, hoy, en base a que nuestra Constitución ha pretendido establecer el juicio por Jurado Popular o Clásico o Anglosajón o Angloamericano no subsiste al menor análisis; para que ello pueda acontecer es necesario reemplazar toda la legislación penal y procesal penal, lo cual es un absurdo; lo que implicaría primariamente reformar nuestras constituciones, en una palabra comenzar de nuevo. Es posible que su olvido secular haya sido más lógico y sabio de lo que se pretende, en la medida en que fueron las instituciones europeas continentales —y no las anglosajonas— las que se fueron afirmando en nuestro país. No podemos pasar por alto que la Constitución de 1949 suprimió los artículos 24, 67, inciso 12, y 102 de la Constitución de 1853, al respecto el convencional Giardulli dijo: “el hecho de que en el transcurso de tal lapso (1853-1949), jamás se haya puesto en ejercicio esta disposición constitucional, demuestra la ineficacia de la misma”⁸. Ello no significa que el jurado no se implante definitivamente, sino que el único

nuestra tradición jurídica es ajena a tal sistema; pero si lo está para hacerlo en un Tribunal Mixto o Escabinado, único capaz de compatibilizarse con las cláusulas constitucionales concordantes y congruentes de la misma ley fundamental (arts. 24, 75, inc. 12, y 118, CN) y de todo el ordenamiento jurídico argentino; de manera tal que todo proceso en la medida que responda al garantismo que surge de nuestra Constitución será una *garantía* para todo aquel que fuese sometido a juicio, toda vez que el sistema por jurados como una modalidad o forma de enjuiciamiento, no puede negarse que es un *derecho* implícito o no enumerado que tiene el acusado y el pueblo mismo. Por otra parte la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 29, apartado c, establece que ninguna disposición de ese tratado puede ser interpretada en el sentido de excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se deriven de la forma democrática representativa de gobierno.

⁷ Cfr. LANGBEIN, John H., “Sobre el mito de las constituciones escritas: La desaparición del juicio penal por jurados”, en *Nueva Doctrina Penal*, 1996/A, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996. A este respecto es bueno recordar las atrocidades a que llegaron los denominados veredictos de los jurados populares o clásico en los casos como *el juicio a los mártires de Chicago, lo que dio lugar a la celebración del Primero de Mayo; el caso “Limdbbergh”, en que se acusó y se ejecutó a una persona de origen alemán por el secuestro y homicidio de un hijo de aquél en 1932, sobre la base de dinero secuestrado en la casa del sospechoso, una pericia caligráfica fraguada por los investigadores, y por la nacionalidad del sospechoso, en pleno auge del nacionalsocialismo; el de “Sacco y Vanzetti”, que terminaron con sus ejecuciones sin pruebas y fundadas en la xenofobia y el odio de clases; la absolución por un jurado blanco de los policías que apalearon a Rodney King; la absolución por un jurado negro del ídolo deportivo de color y doble homicida O. J. Simpson; el caso “Menéndez”, el homicidio de los padres a mano de sus hijos, el que fue declarado nulo; la absolución de Michael Jackson, la multitud que así lo reclamaba, como también internacionalmente como ídolo mundial de la música pop. Todo ello debido a que los jurados son omnipotentes, no deben fundamentar sus decisiones, el voto es secreto, condenan o absuelven y nadie se hace responsable.*

⁸ Cfr. RAMELLA, Pablo A., *Derecho constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1986, pág. 721.

admisible, es el Tribunal Mixto o Escabinado con minoría de legos, como se advertirá a continuación, toda vez que al decir de FERRAJOLI: “estriba más bien en cómo conciliar, mediante las adecuadas garantías, imparcialidad y capacidad técnica, libre convicción y motivación, independencia y sujeción a la ley”.

II. ¿POR QUÉ EL ESTABLECIMIENTO DEL JURADO POPULAR O CLÁSICO Y NO LA PLENA VIGENCIA DE LOS TRIBUNALES MIXTOS O JURADO ESCABINADO?

A nuestro juicio la sanción y promulgación de la ley 9182 implanta el sistema de juicio por Jurado Popular o Clásico o Anglosajón o Angloamericano, o un símil a él, por lo que disintimos con los que sostienen que es un Escabinado con mayor número de legos, sobre los jueces técnicos; nuestra posición, como iremos observando, surge de la lectura de los enunciados fijados en la ley 9182, v.gr.: el jurado decide sobre los hechos y la culpabilidad o inocencia del acusado, ello significa que su decisión se realiza sobre lo que se conoce como *veredicto*, término éste que fuera utilizado por el artículo 427, ley 3839 (CPP) (1939), pero que fue eliminado por la ley 5154. En su establecimiento, hoy, habiendo transcurrido más de un siglo y medio de que fuera insertado en la Constitución Nacional el Juicio por Jurados, en la que no se detalla a qué tipo de jurado se refiere, se adopta el juicio por Jurados Populares o Clásico, o Anglosajón responde a la presión e influencia ejercida por medio de lo que en sociología se denomina conciencia social espontánea, una de ellas es la multitud como conjunto de individuos, en la que se dan fenómenos irregulares o anormales, tanto en la multitud misma, como en las personas que lo integran. Heródoto decía “que los hombres en multitud, son como un río salvaje que se arroja sobre las cosas, sin razonar”. En esta multitud se dan caracteres psíquicos distintos a los de los individuos que la integran. Se da entre ellos el contagio y está dominada por un jefe o líder. También se cumple en la multitud en que el sentimiento se suma y la inteligencia se resta, uniéndose los hombres que la integran por situaciones análogas entre ellos e inconscientes. Hay una pérdida del propio control en el hombre y un predominio de lo inconsciente; el sentimiento se intensifica y las ideas son pocas; se manejan consignas o lemas —eslogan— (vocablo españolizado) mediante fórmulas que ni se razonan, ni son siempre verdaderas. El jefe o líder es el elemento sobre el cual giran los integrantes de la multitud, el líder manda y se alza en autoridad y sus lemas o slogan son las propuestas que ese mismo líder pretende imponer seguido por la multitud. Pues bien, bajo el lema de aumentar las penas e implementar el juicio por jurados surgió un líder y tras él se erigió una multitud con situaciones semejante entre sus integrantes y quien los guiaba —líder o paladín—, presionaron sobre las autoridades políticas del país lográndose modificaciones en el Código Penal —aumentos de penas— y establecimiento en los códigos procesales penales del juicio por jurado popular, enarbolando como ejemplo el de los Estados Unidos de Norteamérica, aunque esta provincia había establecido en virtud del artículo 162 de la Constitución Provincial y el artículo 369 de la ley 8123 (CPP), pero como Tribunal Mixto o Jurado Escabinado, en vigencia desde 1995.

Es conveniente diferenciar las expresiones de lo que puede entenderse con la voz “jurados”⁹, para ello sostenemos que existen dos modelos de juicios por jurados: a) el *clásico* o *anglosajón* compuesto por el *gran jurado* o *jurado de acusación*, que es, entre otras cosas, el que aprueba o no la acusación fiscal y el *pequeño jurado* o *jurado de enjuiciamiento* que establece la inocencia o culpabilidad (“guilty or not guilty”), reservándose al juez (técnico) la calificación del hecho y la cuantificación de la pena. Así ESCRICHE lo define: “Entiéndese por jurado la reunión o junta de cierto número de ciudadanos que, sin tener carácter público de magistrados, son elegidos por sorteo y llamados ante el tribunal o juez de derecho para declarar, *según su conciencia*, si un hecho está o no justificado, a fin de que aquél pronuncie su sentencia o condenación y aplique en este caso la pena con arreglo a las leyes”, y b) el *Escabinado* en el que el “*Tribunal está integrado*” por ciudadanos no profesionales (legos) en derecho y actúan en colegio con un cierto número de jueces técnicos. Éste tiene la particularidad de que lo jueces técnicos y los legos en derecho elaboran un veredicto pero la fundamentación y motivación de la sentencia queda a cargo de los jueces técnicos¹⁰. Como más adelante advertiremos, el juicio por jurado popular establecido por la ley

⁹ Tribunal constituido por ciudadanos que pueden o no ser letrados y llamados por la ley para juzgar, conforme a su *conciencia*, acerca de la culpabilidad o inocencia del acusado, limitándose a la apreciación de los hechos (mediante un veredicto), sin entrar a considerar aspectos jurídicos.

¹⁰ Cfr. GUALDA, Raúl A., “Juicio por jurados. Fundamentación y motivación de la sentencia”, *Semanario Jurídico*, N° 1481, 2004, pág. 587. No se trata de un *veredicto* anterior condicionante a la fundamentación y motivación lógica y legal de la sentencia; sino que es una decisión dispositiva o resolutive de libre convicción sobre el que se fundamentará y motivará lógica y legalmente la sentencia. Por otra parte existen variantes en el modelo Escabinado. Nuestro Código Procesal Penal, en su artículo 369 con arreglo a lo dispuesto por el artículo 162 de la Const. Pcial. *ha seguido el modelo alemán*. En Alemania existen tres niveles de Escabinos, *el que se ha seguido en esta Provincia es el de nivel intermedio* —Landgericht— *intregado por tres jueces técnicos y dos legos* —Strafkammer— *que tienen competencia en la mayoría de los delitos considerados graves*. Éste sustituyó al originario cuerpo de doce jurados tradicionales. En delitos cuya pena es inferior a dos años de prisión —Strafrichter— se excluyen a los legos y decide un solo juez técnico. En el nivel más alto —Oberlandesgericht— se juzgan delitos, v.gr.: el espionaje, no participan jueces legos sino paneles de tres o cinco jueces técnicos —Strafsenat—. Con relación al modelo alemán seguido por la Convención Constituyente de 1987 y que luego se consagra en nuestra Constitución

9182 con arreglo al artículo 44, § 2º, 3º y 4º, luego de arribar a una conclusión, la que se basará en la *intima convicción*, es el presidente del tribunal quien deberá expresar los fundamentos y motivos en forma lógica y legal, lo cual es un absurdo toda vez que el *veredicto condiciona o subordina la fundamentación y motivación de la sentencia*.

Como repararemos, el Jurado Popular o Clásico o a la manera del Anglosajón o Angloamericano como el que implementa la ley 9182 (arts. 2º y 4º) no se compece con la Constitución Nacional y Provincial, pues ambas constituciones no especifican a qué modelo de jurado se refieren¹¹, sólo expresan jurado (arts. 24 y cc., CN, y 162, Const. Pcial.)¹², por lo tanto un instituto como lo es el Jurado Popular o Clásico o Anglosajón, viola principios rectores de la Constitución Nacional, como iremos señalando. El Juicio por Jurados se asienta en dos atribuciones conforme a sus orígenes históricos, cuales son un dudoso derecho de una persona a ser juzgada por sus iguales¹³ y un aparente derecho —subjetivo— que tiene el pueblo a juzgar¹⁴.

En cuanto al primero, se anhela a que a los elegidos del pueblo mismo, “*participen y colaboren*” en las cosas importantes tales como la libertad, la propia vida, el honor, la honestidad, y la propiedad, representando la elección de unos jueces que no representan a un poder elitista, segregado del pueblo, sino los integrantes de éste quienes asuman la responsabilidad de dirimir las ofensas causadas a la sociedad

Provincial (art. 162) y la ley procesal (art. 369), la etapa de la deliberación supone una síntesis previa de las pruebas por uno de los jueces técnicos pero es informal y no controlada, al igual que las explicaciones sobre las cuestiones de derecho. Si bien *los legos invisten iguales atribuciones que los jueces técnicos*, no se les permite conocer el expediente como manera de evitar que sean influidos por la investigación preliminar o preparatoria. No intervienen en decisiones jurídicas que hayan sido planteadas durante el desarrollo del debate y que deben ser resueltas en la etapa de la deliberación. Están autorizados a tomar notas durante el desarrollo de la audiencia de debate. Concluida la deliberación y pronunciado el fallo se difiere la lectura de los fundamentos el que está a cargo de uno de los jueces técnicos, *entendiéndose que la sentencia emana del tribunal en su conjunto y no admite opiniones disidente* (Cfr. CAVALLERO, Ricardo J. - HENDLER, Edmundo. S., *Justicia y participación. El juicio por jurados en material penal*, Universidad, Buenos Aires, 1988, págs. 133 y ss.).

¹¹ Aunque Joaquín V. GONZÁLEZ en su *Manual de la Constitución Argentina*, al sostener que nuestros constituyentes, al establecer las bases de la libertad personal y la protección de la justicia, expresan un anhelo patriótico y una necesidad para el porvenir, consignando en tres diversas cláusulas el mandamiento de establecer el juicio por jurado. Y como era una institución transplantada *del derecho común inglés y norteamericano* y como tal inherente a la soberanía del pueblo de los Estados “[□] Tan esencialmente incorporado a la soberanía está ese derecho, que los jurados que oyen la prueba del acusado en presencia y bajo la dirección de los jueces o tribunales de derecho, *no tienen responsabilidad alguna por apartarse o disentir con la ‘instrucción del tribunal’, ‘debiendo expedir su veredicto libremente y sin consignar razones’*” (Cfr. GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, actualizada por Humberto Quiroga Lavié, La Ley, Buenos Aires, 2001, págs. 166 y 167). Lo que pretendemos decir es que según este constitucionalista como la mayoría de los publicistas que han ensayado sobre el juicio por jurados, nuestra constitución pretendió establecer el Jurado Popular o Clásico o Anglosajón o Angloamericano.

¹² Hay quienes han sostenido que la Convención Constituyente originaria que sancionara la Constitución Nacional de 1853 al redactar los artículos 24 y 102 (hoy art. 118 con la reforma de 1994) quiso establecer un Jurado Popular o Clásico o Anglosajón, ello en virtud de las semejanzas del enunciado o cláusula de la Constitución de los Estados Unidos, con el actual artículo 118 (art. 102, CN de 1853). Discrepamos con tal posición, pues los principales propósitos que hacen que el juicio por Jurado Anglosajón haya sido pensado, es para servir a la tradición del *Common law*, pues ello se desprende del artículo III, Sección 2º, § 1, de la Constitución de los Estados Unidos que expresa: “El poder judicial se extenderá *a todos los casos de Common law*’ y de *equity* que se planteen en virtud de esta Constitución, de las leyes de los Estados Unidos y de los Tratados suscritos o que se suscribieren bajo su autoridad [□]”. El § 3 de este mismo artículo y sección, el cual debe ser interpretado armónica y sistemáticamente con los § 1 y 2 y la Enmienda VII que expresa *‘En los juicios conforme al ‘Common law’ [□] se mantendrá el derecho al juicio por jurados y ningún hecho que haya conocido un jurado será examinado nuevamente en ningún tribunal de los Estados Unidos, como no sea con arreglo a las normas del ‘Common law’*”. Por lo tanto, en nada autoriza ni justifica absolutamente a deducir que el art. 118 de la CN al ser redactado y transcribir el § 3 del artículo III, Sección 2ª de la Constitución Estadounidense, admita el Jurado Anglosajón o Popular o Clásico, pues nuestro sistema de derecho penal, procesal penal, derecho civil, procesal civil, en nada tiene de tradición con el *Common law*, sino con el continental europeo.

¹³ En la Inglaterra de Juan Sin Tierra, los nobles podían ser juzgados por cualquier persona designada por el rey. En la Carta Magna (1215) le impusieron a éste como condición ser juzgados sólo por otros nobles para no serlo por nadie de rango inferior. De allí surgió el mito del juicio por los pares (*trial by peers*), luego devenido en juicio por el pueblo.

¹⁴ Luis XIV, rey de Francia, máximo exponente del absolutismo monárquico, decía “El Estado soy yo”, y hacía cumplir su voluntad. Su poder se legitimaba en el derecho divino: era el representante de Dios en la tierra par hacer justicia.

El Jurado Popular o Clásico actúa en forma similar. Salvo en España donde se le ha impuesto la obligación de fundar sus sentencias, el jurado de tradición anglosajona no funda sus sentencias: sólo dice si el acusado es culpable o inocente (“*guilty or not guilty*”). En resumidas cuentas no dice con qué pruebas ha llegado a esa conclusión ni que ley ha aplicado. Sólo manifiesta su voluntad soberana: el imputado cometió o no el hecho del que se lo acusa. Es más, conforme al art. 44, § 2º, de la ley 9182, si el jurado es mayoría la fundamentación lógica y legal correrá por cuenta del Presidente del Tribunal Colegiado Técnico ¿Cuál es el/los motivos o razones que la mayoría le da al Presidente para que luego este lo fundamente lógicamente y legalmente?, ¿cómo se compatibiliza el sistema de la íntima convicción con el de la libre convicción o sana crítica racional? La respuesta a ello es la arbitrariedad, la irracionalidad, la sin razón, consiguientemente, su inconstitucionalidad.

misma. En cuanto a lo segundo, obedece a un derecho subjetivo inalienable que acompaña, indisolublemente, a la idea de la soberanía del pueblo. Nos hallaríamos entonces, de una parte, ante una particularidad del ejercicio del derecho subjetivo a intervenir en los asuntos públicos pertenecientes a la esfera del *status activae civitatis*, cuyo ejercicio no se lleva a cabo a través de representantes o delegados, sino que se ejercita directamente al acceder el ciudadano personalmente a la condición de jurado, razón por la cual *debe descartarse el carácter representativo de la institución y reconocerse, exclusivamente, su génesis de “participativo y directo colaborador de los jueces técnicos”*. Pero, al mismo tiempo, la institución del jurado es una declaración de la Constitución en tanto expresa que todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley cumpliendo, por tanto, una función necesaria para el debido proceso pero haciéndolo *desde una óptica distinta a la que tenía atribuida en su recepción en el Estado liberal burgués*. En este sentido la Convención Constituyente de Córdoba (1987) al introducir el artículo 162 en la Constitución de la Provincia, expresó: “[...] *la propuesta no se refiere al jurado de tipo anglosajón [...] se ha pensado en una integración total, ‘contrariamente al sistema anglosajón’ [...] pretendemos una ‘integración en donde técnicos y legos se encuentren en el mismo nivel en orden a sus atribuciones jurisdiccionales’ [...] La intervención popular la pensamos como ‘subsidiaria’, porque creemos que ‘sólo el técnico en derecho puede cumplir las funciones que la administración de justicia exige al juez. Porque la tarea del juez no exige menos conocimiento profesional que cualquier otro, como sería la medicina o la tecnología’ [...] Creemos que la intervención de particulares puede configurar [...] un eficaz auxilio para la justicia técnica, pues la participación de aquélla importará una contribución psicológica y ética para obtener una valoración del hecho deducido en juicio y de la personalidad de sus actores, lo más en concordancia posible con las opiniones y los sentimientos del pueblo, todo seguramente y naturalmente dentro de los límites de la ley. Las ventajas del sistema propuesto trata de superar tanto la deformación profesional y la burocratización del tribunal totalmente técnico, como la incongruencia que puede derivarse de la ignorancia del derecho por parte de los jurados [...]. Esta institución no viene a sustituir a la justicia técnica. Por el contrario parte de la base de su integración de un tribunal colegiado integrado por jueces técnicos, en el cual particulares, con algún conocimiento especial o sin él, puedan colaborar en su tarea de administrar justicia [...]*”. Como se advierte, no media restricción alguna al juez profesional o técnico, así como que no se procura establecer una justicia alternativa en paralelo y, menos aún, en contradicción a la de los Tribunales integrados por magistrados de carrera, sino de instituir normas de procedimientos que satisfagan, al mismo tiempo y simultáneamente, todas las exigencias de los procesos penales *con el deber de los ciudadanos a “participar y coadyuvar”*, directamente, en la labor constitucional a juzgar; CARNELUTTI —partidario del Escabinado— no puede ser menos que ilustrativa sobre este punto: “No hay duda de que el juez técnico, aficionado más a la ley que a la vida, no es el órgano más apto para advertir el *hiatus*¹⁶ que —más o menos— separa inevitablemente la primera y la segunda. Por lo tanto no diré que la atribución del juicio es exclusivamente a los jueces legos, sino la *combinación* de los mismos con los juristas de un órgano judicial complejo constituye seguramente una medida útil y hasta necesaria a una buena administración de justicia penal”. Si la Convención Constituyente de 1987 le ha dado una intervención “*subsidiaria*”, es así porque a los legos no se les puede delegar poderes imperiosos o incondicionales para pronunciarse y aplicar su decisión, no actúan en forma independiente de los jueces técnicos, pues es trascendental recordar que los legos ejercerán un deber que no comporta responsabilidad funcional como lo exige el principio republicano. La participación de profanos o legos tiene un propósito predominantemente auxiliar para el juez técnico cuando debe amoldar el resultado de su pensamiento jurídico al sentido jurídico del profano, corriéndose el riesgo de caer en la subjetivación de la justicia¹⁷, es también un medio para disuadir a los jueces técnicos de toda arbitrariedad y subordinación política. *En el Tribunal Mixto o Jurado Escabinado, los jueces profesionales junto a los legos conforman el Tribunal cuya función es deliberar y decidir, en forma conjunta, todos los aspectos de hecho y de derecho.*

Debemos enunciar y en ese sentido volvemos a expresarnos que es fundamental la distinción de determinar, para no prestar a confusión, el modelo de Jurados, ya que es de palmaria evidencia que el

¹⁵ Cfr. GUALDA, Raúl A., “Juicio por Jurados. Fundamentación y motivación de sentencia”, ob. cit., pág. 587. La negrita nos pertenece.

¹⁶ La negrita nos pertenece. La traducción del latín (*hiatus-i*) a la lengua española es *apertura, grieta*.

¹⁷ Cfr. SCHMIDT, Eberhard, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, pág. 337. La falta de preparación legal de los jurados —cuya importancia es innegable— quedan relativizados frente a la realidad de la incorporación de aquellos a un tribunal oficial colegiado, compuesto por técnicos en derecho, con autoridad suficiente para convencer a los legos, y con la mayoría necesaria, si fuere el caso, para imponer la solución correcta, sin afectar la validez de la sentencia por cuestiones formales. La deliberación adquirirá un nuevo perfil ambas clases de jueces colaboran y se prestan mutuamente aquellas facultades que a los otros les faltan. Los técnicos prestan su conocimiento en derecho; los jurados la visión espontánea de las relaciones jurídicas, propias del hombre común. Esto exigirá a los jueces técnicos una responsabilidad adicional cual es la de hacer comprender a los legos el valor de lo jurídico, especialmente de las formalidades procesales y de las reglas de la valoración de la prueba (Cfr. CAFFERATA NORES, José I., *Introducción al nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba Ley 8123. Explicación de las principales modificaciones*, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1992, pág. 39).

Jurado Clásico o Anglosajón (Jurado Popular) ha sido sustituido por Escabinados en los países europeos continentales más representativos —Francia, Alemania, Italia, Portugal, entre otros—; en tanto en los grandes Estados con Jurados Populares o Clásicos o Anglosajones la introducción de figuras del “*waiwer*”, de la “*plea bargaining*” y del “*bench trial*” se han ido expandiendo en la resolución de causas penales, dejando a los jurados populares o anglosajones al desnudo de sus no exiguos defectos, en otras palabras lo han desplazado. A ese respecto Víctor FAIRÉN GUILLEN apuntala, sin dubitación, semejanza horizontal, expresando: “[...] Pero es un hecho que, trascurrida la investigación de lo que era y es el jurado (sobre todo el clásico o anglosajón) —lo entre paréntesis nos pertenece— desde el punto de vista político y oscurecido por la presencia en escena de todo un conjunto de derechos fundamentales procesales impuestos a los jueces y tribunales de profesionales, hoy día, jurídicamente, el Jurado está en franco retroceso [...]”¹⁸. En síntesis, y afirmando aún más lo sostenido en lo que expresáramos en el estudio referido de nuestra autoría, “*Si tomamos lo explicitado por la Convención Constituyente, entonces pareciera ser que la actuación de un jurado integrado por “legos en minoría”¹⁹ a los jueces técnicos resultaría garantizar la mejor opción para complacer la suprema aspiración de asegurar una responsable justicia, con la menor cuota de yerros y de aflitivo dispendio en desmedro de las expectativas de una afligida e intranquilizada sociedad, de no ser así y se dicta una ley (como la sancionada recientemente bajo el N° 9182) se estará violando el artículo 162 de la Constitución de la Provincia, pues no se ha ni enaltecido ni valorado la voluntad del Poder Constituyente derivado, no para encontrar justamente la interpretación auténtica de la cláusula constitucional referida, sino para desentrañar su pensamiento y voluntad; pues la Constitución es la norma jurídica primera y fundacional del ordenamiento jurídico, destinada a perdurar en el tiempo; el poder que la establece llamado constituyente —originario o el derivado, en el caso— está por sobre los demás poderes, llamados constituidos, en tanto son definidos e instituidos por la voluntad constituyente. Este carácter privilegiado que inviste la Constitución, exige una ajustada prudencia por parte de aquellos que a la hora de sancionar leyes, previamente hayan efectuado una lectura integral y axiológica del texto constitucional y de aquellos que la formularon, es decir respeto a la voluntad de los constituyentes y una discreta y razonable interpretación de la intención que tuvieron los convencionales, para así obtener una respuesta apropiada al reclamo presente y futuro. El intérprete debe distinguir en los mandatos constitucionales aquellos elementos esenciales que debe respetar. Las concepciones plasmadas en un articulado o disposición constitucional refieren situaciones históricas individualizadas y por ende, hay un sentido normativo ya definido que no deja margen al intérprete para variaciones. De no ser así se dictarán leyes que tan pronto comiencen su vigencia sobrevendrá su declaración de inconstitucional. La mas autorizada interpretación de los enunciados o cláusulas constitucionales ha de buscarse en el pensamiento de los convencionales constituyentes, mediante los debates en torno a lo que es mejor adoptar para regir los destinos sea de la Nación, sea de las provincias y el estudio de las eventuales modificaciones de las disposiciones que introdujeron, teniendo en cuenta que la creación de toda institución de “poder” supone el propósito de asegurar su ejercicio y la concesión de todos los medios racionales y necesarios para el fin a que responde y las funciones propias de su naturaleza.* Por lo expresado sostenemos y afirmamos que al establecer el juicio por jurados debe tenerse presente que cada Constitución debe ser interpretada a la luz de su propia historia, pues cada Constitución tiene su propia semblanza, a menos que sea interpretada a la luz de la misma, quedando expuesta a que se le atribuyan propósitos que nunca estuvieron en la mente de los convencionales constituyentes que la sancionaron, como lo que ha sucedido con la sanción de la ley 9182. Finalmente señalamos afirmativamente que los problemas de seguridad no tienen soluciones mágicas o fantásticas, y las responsabilidades de la justicia en los mismos, no se superan con sustituir a los jueces técnicos por ciudadanos seleccionados por sorteo. De las injusticias e impunidad que la opinión pública declama, que se haga cargo la opinión pública. Entre esto y el linchamiento no hay mayores diferencias sustanciales. Formales sí: convocamos a un jurado, aparentamos un juicio con acusación y defensa, luego ocho o doce personas que son parte de la opinión pública se reúnen y mediante un *veredicto* —más adelante definiremos esta voz— condenan o

¹⁸ Cfr. GUALDA, Raúl A., “Juicio por Jurados. Fundamentación y motivación de sentencia”, ob. cit., pág. 587. La negrita nos pertenece.

¹⁹ Es posible que con la ley 9182 se haya pretendido establecer el juicio por jurado como el de Francia, que está en franco retroceso. En aquel país el instituto del jurado es utilizado para los casos en que un juicio llegue a la *Cour d’Assises*, que es la última jurisdicción represiva de derecho común. La Corte de Assises está integrada por tres magistrados y un representante del Ministerio Público; y en el jurado, tres magistrados constituyen el elemento profesional o Corte en sentido estricto. Nueve ciudadanos representan la opinión pública. Esta institución era practicada en la Francia feudal y luego llevada a Inglaterra. Nuevamente fue introducida en Francia en 1791. Los jurados y el tribunal técnico deliberan conjuntamente sobre los hechos y el derecho. *No son jueces que deciden sobre la culpabilidad*, están asociados a los magistrados de la Corte para *pronunciarse en forma conjunta sobre la culpabilidad y la aplicación de la pena*. Es diferente a lo que la ley 9182 dispone. Pues el jurado en Francia se expide también por la *íntima convicción* incluidos los jueces técnicos conforme al Código Procesal Penal de Francia artículo 357 —actualizado a enero de 2006— (Ley N° 72-1226 del 29 de diciembre de 1972, art. 8°, Diario Oficial, del 30 de diciembre de 1972 en vigor del 1° de enero de 1973): “*Cada uno de los ‘magistrados y de los jurados’ recibirá, a este efecto, una papeleta abierta, marcada con el sello de la Cour d’Assises que contenga estas palabras: ‘según mi buen saber y entender, mi voto es’ [...]*” (se sigue lo establecido en la ley de 1791, como veremos al tratar la fundamentación y motivación de la sentencia).

absuelven porque así lo exige la opinión pública. Fue así que la opinión pública en Francia quería la condena del Capitán Dreyfus y así se pronunciaron.

El juicio por jurados. ¿Por qué? Decía el sociólogo Emil DURKHEIM, “*que para ver cuánta solidaridad social hay, tenemos que fijarnos en el desarrollo del Derecho. Cuando el Derecho es más ‘complejo’, especializado en los diferentes temas de la vida, y ‘restitutivo’ (es decir, que trata de volver a la justicia inicial antes de cometer el crimen) estamos ante una sociedad orgánica. En cambio, cuando el derecho es más bien ‘represivo y punitivo’ (es decir, que castiga severamente el crimen) estamos frente a una sociedad con solidaridad mecánica, que se da por semejanzas entre los componentes de esa sociedad (muy primitiva)*”. Esta teoría es válida para ejemplificar el juicio por Jurados Populares o Clásicos, de ciudadanos que emiten *veredicto*. El derecho penal tipificado en un código, habla de una sociedad compleja que pensó que hacer con cada violación a la ley. Pero el juicio de un ciudadano que está mediatizado por los medios, valga la redundancia, terminará simplemente en eso: castigar, y castigar, sin ir más profundo, a la razón, la búsqueda de la verdad.

El proceso penal revela por definición nuestro garantismo constitucional o de lo contrario sería otra cosa y no proceso, por lo tanto sostenemos que el juicio por Jurado Popular o Clásico o Anglosajón como es el establecido por la ley 9182 es incompatible, inconciliable con el proceso garantista, pero además veremos que el establecimiento de la ley de juicio por Jurados Populares o Clásicos o Anglosajones (art. 1º, ley 9182) vulnera elementales principios constitucionales, no así el sistema de Tribunales Mixtos o Jurado Escabinado (art. 162, Const. Pcial., y art. 369, CPP).

III. EL JURADO POPULAR O CLÁSICO VIOLA EL PRINCIPIO DEL JUEZ NATURAL POR SER COMISIONES ESPECIALES

El artículo 18 de la CN establece que nadie puede ser sacado *de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa, ni juzgado por “comisiones especiales”*. Estas son tribunales creados con posterioridad al hecho de la causa o jueces designados *expresamente para que intervengan en un determinado “asunto”* o para juzgar a una persona determinada²⁰. Ha creado la jurisdicción. El que debe juzgar un delito, debe hallarse previamente investido por la ley para esa función, antes que el delito se haya cometido (veremos más adelante cómo opera esto). El propósito de este enunciado constitucional es “asegurar a los habitantes de la Nación una *justicia imparcial*, cuyas decisiones no puedan presumirse teñidas de partidismo (interpretése como *parcialidad*)²¹ contra el justiciable”²². El artículo 2º de la ley 9182 expresa: “Establécese que *las Cámaras con competencia en lo criminal* deberán integrarse obligatoriamente con jurados populares, *cuando se encuentren ‘avocadas’* al juzgamiento de los delitos[...]”, lo cual comporta que la Cámara en lo Criminal ya se encuentra avocada (juez natural), esto es la voluntad legítima y legalmente, evidenciada expresa o tácitamente por el Tribunal Colegiado técnico con competencia territorial, material y funcional para intervenir en todo asunto o materia penal. Obtenida constitucionalmente, legítima y legalmente tal decisión referida a una causa determinada, impide que en relación a la misma *ex post* se designe *obligatoria* y análogamente un Jurado Popular o Clásico para que juzgue, ello impone la pregunta ¿el Jurado Popular o Clásico es una comisión especial?, nuestra respuesta es afirmativa. Veamos, el Jurado Popular o Clásico es una magistratura creada con posterioridad al hecho delictivo cometido, es lo que se desprende del artículo 2º de la ley 9182 y a su vez designado para que juzgue *“determinados delitos”* como lo establece el referido enunciado de la ley 9182, es decir el Jurado Popular o Clásico según la ley 9182 se lo designa *especial y específicamente para juzgar única y exclusivamente los delitos que el artículo 2º de la ley 9182 determina*. Es lo que la Constitución prohíbe expresamente respecto a la designación de Comisiones Especiales para juzgar, disposición que precisamente no se halla en la Constitución de los Estados Unidos ni en ninguna de sus enmiendas. La facultad de la legislación o del Congreso no puede ir hasta dar potestad para juzgar a persona o grupos de personas o delitos o grupos de delitos que no tengan su origen en la fuente (Poder Constituyente originario o derivado) de los poderes constituidos. Bajo esta prohibición caen *todos los casos en que por error o por abuso, se atribuyan poderes para juzgar a individuos no investidos para juzgar “cierto género o especie de delitos”*²³. Por otra parte: la Constitución Nacional en su artículo 18 expresa: “Ningún habitante de la Nación puede ser [...] *sacado*”, es decir al acusado y agrega la ley fundamental “[...] *de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa*”; ello es evidente que no puede elegirse o crearse o designarse con posterioridad (*ex post*) a la presunta comisión de un delito determinado específicamente, a un grupo de personas que lo va a juzgar. Es cierto que la ley 9182 en su artículo 28 dispone que el Jurado Popular o Clásico se integra con el Tribunal Colegiado técnico en la oportunidad fijada por el artículo 382 del CPP, pero a nuestro juicio el Jurado Popular o Clásico altera la composición de lo que real y verdaderamente es el tribunal de juicio, en donde éstos deciden con convicción razonada

²⁰ Cfr. SÁNCHEZ VIAMONTE, C., *Manual de derecho constitucional*, pág. 132.

²¹ El destacado entre paréntesis nos pertenece.

²² CSJ, Fallos 310:804.

²³ Cfr. GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, pág. 158).

y el jurado con convicción autocrática, desvirtuando así el *principio de imparcialidad* lo cual importa destruir la protección constitucional a todos los habitantes de la nación, de “afianzar la justicia”. El Tribunal Colegiado técnico como *órgano-institución* es creado por la ley antes del hecho y luego se lo constituye, ello es así porque lo imponen las garantías constitucionales del juez natural, del debido proceso y la defensa en juicio, lo cual no se advierte de lo preceptuado en el artículo 2º de la ley 9182 ya que el Jurado Popular o Clásico es creado con posterioridad al hecho, además de alterar la composición del Tribunal Colegiado Técnico, así lo expresa el enunciado del art. 2º: “[...] las Cámaras con competencia en lo Criminal *deberán integrarse obligatoriamente con jurados populares, cuando se encuentren ‘avocadas’* al juzgamiento de los delitos [...]”. Hemos mencionado que el Tribunal Colegiado Técnico como *órgano-institución* es creado por la ley antes del hecho y con posterioridad se lo constituye o compone por el *órgano-individuo*, ello es coherente ya que si el imputado o acusado es juzgado por un nuevo juez (*órgano-individuo*) que reemplaza al que integraba el Tribunal Colegiado, sea por vacancia o renuncia, etc., caso en que no se viola el juez natural, toda vez que el juez reemplazante no es designado para un delito determinado, sino para todas las causas sea cual fuese el delito. En este punto debemos hacer referencia a lo que ya adelantáramos a que es lo que se pretende o se quiere significar con el vocable “*todos*” empleado por la Constitución (art. 118, CN), pues ello no sólo se hace alusión a todos los delitos, sino que además como dudoso y aparente *derecho* que tiene el acusado a ser juzgado por sus pares²⁴; en tanto que el derecho a que los ciudadanos intervengan en la administración de justicia puede extraerse del artículo 33 de la CN, todo ello sin ser proclive a un Jurado Escabinado o Jurado Popular o Clásico. Pero también es una *garantía* para el acusado teniendo en cuenta, que la primera cláusula de la Constitución Nacional que hace mención al instituto del jurado es el artículo 24 *in fine*, el cual se encuentra ubicado en la parte dogmática de la Carta Fundamental, donde se consagran derechos, *garantías* y obligaciones. Ahora ¿el acusado puede renunciar a tal derecho y garantía?, a nuestro juicio pensamos que sí, pues no hay razón alguna que impida que el acusado renuncie al jurado y acepte ser juzgado por un Tribunal Colegiado Técnico, no se advierte motivo suficiente válido para que el acusado no pueda renunciar al jurado (cuquiera que este sea), por lo que consideramos que el juicio por jurado no puede imponerse *obligatoriamente* (arts. 2º y 3º, ley 9182); esta obligatoriedad, en los orígenes del jurado, se impuso por imperio de la autoridad de los reyes, de modo tal que robustecían la concentración del poder; si el acusado se oponía, no había posibilidad de juzgarlo por lo que se lo encarcelaba lo cual se transformaba en una pena enérgica e inquebrantable, sin perjuicio de las torturas que se practicaban hasta que el acusado se sometía al juicio por jurado o moría. Es evidente que en un Estado constitucional de Derecho imponer la *obligatoriedad* a someterse a un juicio por jurados, no sólo violenta el derecho exclusivo y excluyente que tiene el acusado a decidir si es su voluntad de ser juzgado por el órgano que él o la defensa técnica considere independiente e imparcial (art. 75, inc. 22, CN, en función de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 10; art. 8º, inc. 1, CADH)²⁵, sino que además el Jurado Popular o Clásico al ser una comisión especial se lo asigna forzada y substancialmente a acusados determinados por haber cometido ciertos y definidos delitos (art. 3º, ley 9182). Las comisiones especiales, prohibidas por la CN en su artículo 18 son tribunales que al ser creados con posterioridad al hecho de la causa o designados expresamente en un *determinado asunto*, no son permanentes, sino accidentales o de circunstancias o de excepción, sacando al acusado de la jurisdicción permanente, y es lo que se ha concebido con la sanción y promulgación de la ley 9182. Lo que se prohíbe es establecer *normas o procedimientos especiales* para juzgar y sentenciar. Igualmente José Manuel ESTRADA expresa: “*el establecimiento de comisiones especiales para juzgar delitos supone imprevisión de parte de la sociedad en definir los actos que la turban y crear medios de reprimirlos, o el deseo inmoderado y repentino de castigar acciones determinadas o a determinados individuos [...] un Tribunal de excepción es un producto de estados sociales enfermizos, y un simple instrumento de venganza [...] el vulgo obedece siempre a móviles de sentimientos y rigores alter-*

²⁴ En sus orígenes históricos uno de los derechos primordiales de todo ciudadano es el de ser juzgado por sus propios jueces, según sus propias leyes, y de aquí nace la prohibición constitucional que significa que ningún poder, ni autoridad, ni persona, cualquiera que sean, pueden imponer una pena, ya a la persona, ya sobre los bienes sin juicio previo, ni sacados de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa, ni juzgado por comisiones especiales. La ley ha querido significar que *todo hombre tenga su propio juez, emanado de la soberanía de la que forma parte*, dotado de poderes para hacerle justicia y acudir ante él cuando sus derechos sean violados, creando así la jurisdicción. Así el artículo 39 de la Carta Magna de 1215 establecía que ningún hombre libre podía ser penado sino en virtud de sentencia judicial de sus *pares*. La Declaración de Derechos del Estado de Virginia de 1776, en su Sección VIII, establecía que ningún hombre podía ser justamente privado de su libertad sino por la ley de la tierra o el juicio de sus *pares*.

²⁵ Ello nos lleva a sostener la inconstitucionalidad de que el Ministerio Público Fiscal o el querellante particular solicite al tribunal que el mismo se integre con jurados (art. 369, CPP), pues el enunciado procesal aludido contradice el derecho y la garantía consagrada al acusado por la ley de orden superior, el de primacía constitucional, por lo tanto es inválida la ley de orden inferior (art. 369, CPP) al estar en pugna con aquélla. Pero además no hay ningún fundamento suficiente de validez que indique cuál es ese fundamento, por lo tanto debemos remitirnos al principio de supremacía constitucional para ver si ese enunciado es válido por sostenerse en la Constitución y a través de esta en el valor justicia; efectuado ese análisis observaremos que no hay cláusula constitucional, ni del preámbulo ni de los principios constitucionales que sostengan que el Ministerio Público Fiscal o el querellante particular puedan requerir la integración del Tribunal Técnico con jurados sea Escabinado, Popular o Clásico.

*nativos, y nunca a directrices de la razón [...] no puede sucumbirse bajo la presión del odio o bajo la presión del miedo. La humanidad no puede jamás olvidar el nombre de Poncio Pilatos*²⁶, estas precisiones del constitucionalista están directamente ligadas con las argumentaciones expresadas precedentemente del porqué de la decisión de implantar el Jurado Popular o Clásico.

IV. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y PRINCIPIOS. EL JURADO POPULAR O CLÁSICO VULNERA EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE FUNDAR Y MOTIVAR LÓGICA Y RAZONADAMENTE LA SENTENCIA

Hay quienes sostienen que la Constitución Nacional no expresa en sus cláusulas, sea lingüísticamente, sea que surja implícitamente de alguno de sus enunciados, de que las sentencias deban ser fundamentadas y motivadas, disintimos absolutamente con tal posición. En primer lugar, la Constitución es un conjunto normativo sistemático y unitario en el que además del texto escrito, comprensivo del preámbulo y la totalidad del articulado, hay que tomar en cuenta el espíritu (o filosofía política, o ideología de la constitución) y la raíz histórica; principios y valores; los silencios (o carencia de normas) deben ser interpretados a tenor de lo dicho en las distintas cláusulas y subincisos anteriores para facilitar su integración; en este punto el artículo 33 de la Constitución Nacional, advierte *con relación a derechos y garantías, que la ausencia de normas expresas no importa negación de los no enumerados*, los cánones constitucionales no deben interpretarse en forma aislada o inconexa, sino relacionándolas y coordinándolas coherentemente de manera tal que se logre la congruencia, armonía y compatibilidad entre todas ellas; *las normas declarativas de derechos y garantías* han de demandar una interpretación a favor de su operatividad, para facilitar su aplicación aun a falta de normas infraconstitucionales que las reglamenten; *no tiene que prescindirse de las palabras insertas en sus normas, ni despreciarlas ni tenerlas como superfluas, lo cual no significa que la interpretación deba efectuarse en un puro sentido gramatical o lingüístico, pues ha de presumirse con preferencia que los vocablos tienen el sentido que les asigna el vocabulario común, a menos que resulte claro el uso técnico jurídico que de él quiso hacer el constituyente*. Conforme a lo expuesto observamos que la Constitución Nacional en su artículo 17 expresa: “La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de *sentencia fundada en ley* [...]”, el artículo 18 dice: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo *fundado en ley* [...]”, ello significa que el derecho constitucional obliga que toda sentencia debe ser fundada y motivada; además, registra *principios generales* que son de él porque versan sobre el orden constitucional y porque lo hacen parte de él, pues son puntos de partida, núcleos básicos, pautas, cuya generalidad radica en el hecho de que no se dirigen a una cuestión o caso determinado ni se solidifican en lo particular, son *principios axiológicos*. En segundo lugar, por la natural razón de que quienes sostienen tal postura se olvidan de lo que se conoce como “*principios*”, como seguidamente lo expondremos. Toda sentencia debe ser fundada, lo cual significa también que debe ser bien fundada lógica y legalmente. La fundamentación y motivación de las sentencias es el *único* modo de censurar y cerrar las puertas a la arbitrariedad, y de conocer la justicia o injusticia con que han sido pronunciadas. La exigencia de fallar con arreglo a la sana crítica racional entre cuyos *principios* se halla la lógica, y sus reglas y principios deben integrar necesariamente el orden constitucional ¿por qué? por la sencilla razón que tales reglas y principios lógicos *preexisten, están antes* que toda ley positiva (desde Sócrates hasta llegar a Aristóteles). Pero la razón es más profunda, es una razón ontológica²⁷ (De lo que es real en cuanto tal, o de lo que existe en cuanto existe). Y si el orden lógico existe en un sistema, es porque dicho sistema se ha limitado simplemente a reconocerlo, positivizándolo. Los *principios* son aquellos que permiten explicar y entender algo. Aparecen como punto de partida que no solo facilitan el conocimiento de la realidad sometida a estudio, sino que además brindan ciertos criterios normativos que dan sentido y justificación a lo analizado. En su *Metafísica* (Libro 5, Capítulo 1), Aristóteles distingue varias acepciones del término *principio*. Expresa que *todas las causas de las cosas* son consideradas *principios*. Todos los *principios* coinciden en ser lo primero desde lo cual algo *es* (*principios del ser* —ontológicos—), *o se conoce* (*principios del conocer* —lógico-científicos—), *o se hace* (*principios del obrar* —prácticos—), resultando algunos de estos intrínsecos y otros extrínsecos. Desde la perspectiva de Aristóteles la noción de *principio* posee tres esencias significativas según se trate de lo que algo *es, o se conoce, o se hace*. Desde lo que algo *es*, los principios explican tanto los aspectos materiales como aquellos que sirven para caracterizar las cosas e interpretar su sentido. Desde lo que algo *se conoce* sirve para explicar el punto de partida del conocimiento, análisis e interpretación de algo; es por ello que Aristóteles dice que toda ciencia basada en la razón o que participa en algo del razonamiento versa sobre causas y principios o menos rigurosos o menos simples (*Metafísica*, Libro 6, Capítulo 1)²⁸. Se ha sostenido también que el modo de llegar a una decisión

²⁶ ESTRADA, José M., *Curso de derecho constitucional*, t. I, págs. 147, 149 y 150.

²⁷ GHIRARDI, Olsen A., *Introducción al razonamiento forense*, Dunken, Buenos Aires, 2002, pág. 13.

²⁸ En el derecho constitucional los principios son especialmente relevantes, porque de cierto modo allí están los principios del principio, pues la Constitución toda es un principio. El derecho constitucional se encuentra en la especial necesidad de valerse de normatividades incompletas que requieren determinación e incluso en la

para dictar un veredicto a cargo de un jurado popular o clásico, es a través del modo de razonamiento inductivo, precisamente es lo que caracteriza al *Common law*. Ahora, los argumentos inductivos no son válidos o inválidos por necesidad lógica (como lo son los deductivos y que admite el derecho procesal en función de la Constitución para llegar a la certeza) sino por el grado de confirmación, de probabilidad o de creencias racionales que las premisas le otorguen a la conclusión, siempre y cuando el peso o la aceptación de la conclusión sea más fuerte que su negación, es lo admitido por la sana crítica racional —probabilidad— para la etapa de la investigación penal preparatoria, pues en esta etapa se combina el método de la deducción con la inducción y a veces con la intuición. Es decir para la etapa de la investigación con bases razonables se llega a la probabilidad inductiva, siempre que no sea rebatida por otros hechos y que puede resultar un equilibrio entre los elementos de cargo y de descargo por lo que se estaría ante la duda. No puede admitirse, entonces, que el jurado popular en la etapa del juicio plenario en la que se exige *certeza*, decida un *veredicto* basado en la inducción, abducción o en la intuición, pues de permitir o asentir dicho razonamiento cual sería el valor en la realización del juicio. Se nos ocurre, entonces, reducir aún más los términos y plazos en la etapa de la investigación penal preparatoria, con el objetivo de dar mayor celeridad al proceso, ello implicaría suprimir o eliminar garantías (oposición, reposición, apelación, etc.), lo que significaría dar mayor poder discrecional al fiscal, como lo es el sistema angloamericano, de existir bases suficientes se abre la etapa del juicio; en otras palabras eliminemos nuestro sistema de derecho penal y procesal penal y adoptemos el sistema anglosajón o angloamericano, lo cual traería aparejada la reforma de la Constitución.

Efectuada las consideraciones precedentes, nos adentramos al tema que este punto nos convoca, profundamente vinculado a la exigencia de fundamentación y motivación de la sentencia con relación a lo creado por la ley 9182. En orden a la competencia funcional del Jurado establecido por la ley 9182, sólo exige su decisiva intervención en el juicio sobre el supuesto fáctico del derecho invocado por el acusador (art. 33, ley 9182); no tienen acceso a la causa, y sólo a la prueba producida e incorporada en el debate, no pueden interrogar al acusado, ni a los testigos ni peritos (art. 34, ley 9182). El Jurado Popular o Clásico está integrado por personas no profesionales (legos) en la ley y el derecho, no obstante deben decidir: a) *sobre la existencia del hecho, con discriminación de las circunstancias jurídicamente relevantes y la participación del acusado* (art. 44, § 1, en función del 41, incs. 2 y 3, ley 9182), y b) *sobre la culpabilidad o inocencia del acusado* (art. 44, § 1 *in fine*, ley 9182). El primer requisito en cuanto a la competencia funcional del Jurado Popular o Clásico formulado en “a” conforme a lo exigido por la ley 9182 es incompatible con el grado de aptitud o idoneidad de los jurados, pues no están capacitados para decidir sobre este primer requisito, pues la ley fundamental y la procesal exigen *la valoración crítica de la prueba de los hechos* formalmente producida (art. 155, Const. Pcial., y art. 193, CPP), pero además debe tenerse presente que “*los hechos gobiernan la solución jurídica, pues si tenemos en cuenta la estructura de la norma jurídica (penal) advertimos que se descompone en dos tramos: hechos y consecuencia jurídica, lo cual nos muestra que los hechos constituyen el antecedente que determina el consecuente que es el derecho aplicable*. De ello se sigue que ha de extremarse el cuidado en la interpretación y valoración *de la prueba de los hechos*, y de su acierto dependerá el éxito o no de la labor en la aplicación del derecho”²⁹. Como expresáramos en lo que concierne al valor de la prueba, la decisión debe estar sujeta a los principios de la libre convicción o de la sana crítica racional (art. 193, CPP, en función del art. 155 de la Const. Pcial.), que rigen la apreciación de los elementos de juicio, sino que paralelamente, le “imponen la exteriorización de un raciocinio cuyo acierto o error es fácilmente verificable por las partes”. Sin embargo ajustado a lo dispuesto por la ley 9182, los Jurados Populares o Clásico van a decidir un *veredicto*, pues el artículo 44, § 2, de la ley referida, dice: “Si mediara discrepancia entre los dos jueces y *los jurados*, y *estos formaran mayoría, la fundamentación lógica y legal de la ‘decisión’ mayoritaria correrá por cuenta del Presidente de la Cámara [...]*”, ello significa que el jurado en mayoría tomará la decisión absolviendo o condenando mediante un *veredicto* ya que el verbo *decidir* está contenido en el concepto jurídico del vocablo *veredicto* como lo veremos de seguida, de ahí que se transfiere “[...] *la fundamentación lógica y legal de la ‘decisión’ mayoritaria correrá por cuenta del Presidente de la Cámara [...]*”, de ello se infiere deductivamente que *decidirán* adecuado al sistema de valoración de la *íntima convicción*, cuya mejor caracterización se encuentra en la ley francesa de 1791: “*La ley no pide una explicación de los medios por los cuales (los jurados) han formado su convicción [...] no les prescribe ninguna regla a la cual ellos deben ajustar particularmente la plenitud y la suficiencia de una prueba [...] les exige preguntarse*

circunstancia de enfrentar lagunas que exigen integración. En el marco constitucional para resolver los problemas, como es el de la fundamentación y motivación de la sentencia, hay que remontarse a los “*principios*” con la finalidad de evitar falsas interpretaciones en el sentido de que la constitución nada ha dicho o nada contempla en su texto; pues el recurrir a los *principios* es de particular necesidad en el derecho constitucional. BIDART CAMPOS (“La Corte Suprema —Tribunal de las garantías constitucionales—”, pág. 51), nos dice que los *principios* surgen de la filosofía que sirve de sustento al derecho positivo; se los toman en cuenta para interpretar la ausencia de normas expresas. El derecho constitucional como base de todo ordenamiento jurídico, anida principios generales; algunos de ellos le son propios y otros los comparte con otras ramas del derecho. Entre los que comparte con estos últimos y en mancomunidad con el derecho procesal, encontramos el *principio* de que en el proceso se debe develar la verdad objetiva por sobre la verdad formal, como así también *el de que las sentencias deben ser fundadas*.

²⁹ Cfr. GUALDA, Raúl A., “Juicio por Jurados. Fundamentación y motivación de sentencia”, ob. cit.

a ellos mismos en silencio y recogimiento, y buscar, en la sinceridad de sus conciencias, qué impresión han hecho sobre su razón las pruebas aportadas contra el acusado y los medios de la defensa [...] no hace más que esta sola pregunta, que encierra toda la medida de vuestro deber: ¿tenéis vosotros una íntima convicción?”.

Parece entonces que la decisión del asunto pasa por la conciencia individual de cada Jurado, cuya convicción ha de formarse sobre la base de la prueba reproducida en el debate, en íntimo diálogo con la propia conciencia, lo que nos lleva a expresar que “la convicción íntima en común es un absurdo” (CARMIGNANI). En consecuencia, la deliberación de los jurados entre sí, impuesta por la necesidad en los sistemas que exigen la unanimidad de votos o por mayoría (art. 44, § 2, ley 9182) y, por tanto, un acuerdo imposible de lograr sin discusión de las opiniones disidentes, se opone al sentido común, por la contradicción inevitable que hay entre exteriorizar las propias impresiones y variarlas luego a causa de las impresiones ajenas.

Sin perjuicio de ello, así como de que la íntima convicción no se compadece con la apreciación de pruebas de aceptable dificultad, el sistema conlleva otro defecto imponderable, el *veredicto*³⁰ el cual es *inmotivado*, es decir la omitida expresión de las razones del porqué el jurado se decidió por la culpabilidad o la inocencia del acusado, como no puede ser de otra manera, desde que le basta manifestar que está convencido y remitirse a su recta conciencia basada en una impresión que no razona. “Ninguna mayoría (art. 44, § 2, ley 9182) puede hacer verdadero lo que es falso, o falso lo que es verdadero, ni por tanto, legitimar con su consenso una condena o absolución infundada como lo es decidir sobre la íntima convicción”³¹. En el sistema del “Common law” cada caso (civil, penal, comercial, etc.) exhibe una serie de hechos mediante los cuales el evento es individualizado y clasificado. Cada una de las partes intervinientes (incluido el Jurado) en el asunto refiere *los hechos* en los que apoyan sus respectivas pretensiones, y la selección de aquellos sucesos y hechos del presente relevantes o irrelevantes servirán a los fines del *veredicto* el que luego será la base para que el juez dicte sentencia³². De ello se infiere que los Jurados Populares o Clásicos al formar su convencimiento sólo lo deben hacer ateniéndose a *los hechos* y exclusivamente sobre *los hechos*, precisamente lo exigido en el requisito “a” que tratamos, nada dice explícitamente sobre ello la ley 9182 (arts. 44, § 1, en función del art. 41, incs. 2 y 3), sino que de la lectura de sus contenidos implícitos se infiere que el jurado no podrá decidir sobre cuestiones de Derecho que son la consecuencia de los hechos (*ex facto oritur ius*), por razones de inidoneidad en cuestiones jurídicas³³. Veamos: nuestro sistema de derecho penal, que es continental europeo y que en manera alguna se relaciona con el *Common law*, exige que del análisis de *los hechos* no puede juzgarse a este separándolo del derecho, ni éste apartándolo del hecho: en substancia, el obstáculo es que el peso del juicio lógico-jurídico consiste en la adaptación del hecho al derecho y del derecho al hecho, que siendo respectivamente un abstracto y un concreto, no pueden coincidir exactamente uno con otro, por lo que el juicio se resuelve práctica y eficientemente en una discusión del derecho por sujetar al hecho o de éste por sujetar a aquél. Se parte siempre de preconceptos normativos que indican, al menos, cuáles son los elementos de la realidad que interesan al derecho. Por lo demás, existen, en los tipos penales, preceptos o prohibiciones, elementos valorativos que no se vinculan a circunstancias fácticas, sino que constituyen elementos normativos o subjetivos del tipo. Por lo tanto no puede entonces afirmarse que, incumbe al Tribunal

³⁰ Es la *resolución o decisión* o pronunciamiento que dictan los Jurados Populares o Clásicos o Anglosajones y sobre él, el juez funda la sentencia. En el sistema estadounidense o angloamericano, el jurado se pronuncia, con su veredicto (*verdict*), sobre la cuestión de hecho referida a la culpabilidad del imputado. Un veredicto se diferencia de una *decisión judicial (judgment)* no sólo por ser pronunciado por legos, sino también por ser una decisión sobre los hechos del caso, que el tribunal puede aceptar o rechazar para fundar su resolución. En un caso penal, el veredicto de culpabilidad del jurado funda la resolución judicial de condena (*judgment of conviction*). Tras la condena, el tribunal dictará otra resolución, llamada “*sentence*”, en la cual individualizará e impondrá la pena aplicable al condenado, en una audiencia especial convocada al efecto.

³¹ Cfme. GUALDA, Raúl A., ob. cit.

³² Puede decirse que el *Common law* es un Derecho de origen judicial. Cuando el *Common law* es aplicable, la fuente normativa a la que deben acudir los jueces para resolver los casos que se encuentran sometidos a su consideración, son sentencias dictadas por otros jueces en casos *similares o semejantes*. El carácter de fuente normativa con que aparecen revestidas las sentencias precedentes resulta del principio conocido con el nombre de *stare decisis*, conforme con el cual los jueces deben resolver sus casos de acuerdo con lo decidido por jueces de la misma jurisdicción, de mayor o igual jerarquía judicial, en casos de naturaleza similar. Esta breve anticipación del principio es suficiente para poner de manifiesto las grandes dificultades teóricas que él suscita. A ello debe sumarse que debe ser entendido por casos similares. En su literatura el *Common law* establece que es suficiente que la similitud entre la sentencia precedente y el caso a decidir se encuentre en las circunstancias “relevantes” de los casos y que las circunstancias “irrelevantes”, aunque fueren distintas, no afectan el recurrir a la sentencia precedente como fuente normativa. Surgiendo un nuevo problema cuáles son las circunstancias relevantes y cuáles no.

³³ Si el proceso es esencialmente técnico, los órganos públicos que en él actúan deben poseer conocimientos de derecho, de lógica, de psicología, y en general de todas las ciencias auxiliares del derecho penal y procesal. Esto es evidente aún para analizar *exclusivamente los hechos*, puesto que para llegar a establecerlos se necesita analizar y valorar pruebas (Cfr. VÉLEZ MARICONDE, A., *Derecho procesal penal*, 3ª ed., 1ª reimpresión, t. I, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1982, págs. 226 y ss).

Colegiado técnico la decisión de la cuestión de derecho y al jurado la resolución de la cuestión de hecho, ello ocurre sólo en el sistema del *Common law* en que al Tribunal le concierne determinar la premisa mayor del silogismo contenida en la ley (v.gr.: “Se aplicará de ocho a veinticinco años de prisión, al que matare a otro”) y derivar de ella la conclusión; y al jurado la de fijar la premisa menor que es la de determinar los hechos que ha de contener el “juicio” (vocablo éste que debe entenderse no en sentido procesal-constitucional sino en el sentido de la lógica “como el acto por el que el espíritu afirma o niega una cosa de otra”) sobre *la culpabilidad* (art. 44, § 1 *in fine*, ley 9182); de sostenerse esto último (al que se consideró como requisito “b” y que ya trataremos) y conforme a nuestra ley penal sustantiva, se infiere que se reserva a los jurados la determinación de todas las cuestiones, de hecho y de derecho, que es necesario resolver para poder decidir sobre si el hecho existió, si ha participado el acusado en el y cual es la calificación jurídica que corresponde aplicar; de lo que se sigue (afín con nuestra ley penal sustantiva) que no vale decir que los jurados conocen en realidad exclusivamente de las cuestiones de hecho pues, en las cuestiones y la forma que son delineados por la ley 9182, artículo 44, § 1, en función del artículo 41, inciso 2 y 3, los hechos (en nuestro sistema de derecho penal) ya están considerados como elementos constitutivos de un delito o circunstancias que pueden influir sobre la punibilidad; de manera que están llamados conforme a la ley 9182 a pronunciarse, no sobre la verdad de hechos simples, sino sobre la verdad de hechos que constituyen ya, por el modo en que han sido seleccionados y presentados, los extremos necesarios y suficientes de derecho que constituyen o conforman una figura jurídica prevista por el Código Penal Argentino.

Por último, pero no menos importante, en orden a la antedicha cuestión del *veredicto inmotivado*, cumple advertir que esta dispensa es, en el derecho argentino, conforme a reiterada doctrina constitucional, lesiva de la garantía del debido proceso y la defensa en juicio, entre uno de cuyos aspectos relevantes se encuentra la exigencia de que las decisiones judiciales configuren una derivación *razonada* del derecho con arreglo a las circunstancias comprobadas de la causa, comprobación que, a su vez, debe sustentarse en fundamentos racionales y no ser el producto *de la voluntad individual de los juzgadores*. Ello tiene raigambre constitucional en nuestra Constitución Provincial (art. 155) y en la Constitución Nacional (art. 18). Ahora bien, si la ley 9182 dispone que la fundamentación lógica y legal la realizará el Presidente de la Cámara ateniéndose a la decisión mayoritaria del jurado, cabe preguntarse: ¿el Presidente de la Cámara fundará y motivará la sentencia lógica y legalmente sobre el *veredicto* al que llegó el jurado con arreglo a la íntima convicción o si se quiere mediante un razonamiento inductivo?, ¿cómo compatibilizará o conciliará el Sr. Presidente de la Cámara los dos sistemas de valoración de la prueba? Ello es legal y constitucionalmente imposible, de confeccionar una argumentación sobre la base de lo que sólo conoce por la convicción probable o por lo que la íntima convicción o intuición le ha transmitido o emitido el Jurado Popular, toda vez que el jurado en mayoría declaró culpable o inocente al acusado, estaría fundando y motivando un argumento ficticio o forzado ya que su preparación como juez técnico lo obliga a razonar con arreglo a las reglas y principios de la lógica, la experiencia y la psicología, lo que lleva a inferir la pérdida de su independencia e imparcialidad; pero aun cuando se funde y motive la sentencia con acuerdo a la sana crítica racional conforme lo exige la ley 9182, artículo 44, § 2, estaríamos en presencia de: 1) la sentencia así dictada viola el principio constitucional de imparcialidad (art. 75, inc. 22, CN; art. 10, Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 8º, inc. 1, CADH) —véase punto III—; 2) el artículo 44, § 2, de la ley 9182, es inconstitucional, toda vez que la fundamentación y motivación, es una consecuencia del *sistema republicano* (art. 1º, CN, y art. 2º, Const. Pcial.) en el cual la soberanía reside en el pueblo quien la ejerce a través de sus representantes (art. 22, CN, y art. 3º, Const. Pcial.), y los Tribunales administran justicia que es lo que se busca y aspira, y el pueblo es el depositario de ella, por lo tanto hay derecho a controlar sus actos, lo cual sólo puede conseguirse imponiendo la fundamentación y la motivación de la sentencia (véase punto II); 3) el imperativo absoluto y concreto de que la decisión sea conforme a la ley fundamental, a los primeros principios y reglas de la lógica, lo que no puede ser violado de manera alguna so pena de caer en la arbitrariedad, pues admitirse *una sentencia lógicamente incorrecta niega a la “racionalidad humana”*; y 4) el artículo 44, § 2, de la ley 9182, es inconstitucional, viola la Constitución Nacional, artículo 18, y la Constitución Provincial, artículo 155, que exigen fundamentación lógica y legal, consagrando los principios de la sana crítica racional CPP, artículo 193, CPPN, Libro II, Título III, por lo tanto el artículo 44, § 2, de la ley 9182, es una disposición incompatible e incongruente con las disposiciones constitucionales y procesales mencionadas, consiguientemente cualquier acto o cualquier norma al ser confrontados con la Constitución y que por no conformarse o por no ser ordenada con ella y por ende la ofenden, son inconstitucionales; también es incompatible e incongruente con el Código Procesal Penal de la Provincia, pues éste tiene su razón fundante en la Constitución. Por otra parte el artículo 44, § 2, de la ley 9182, con arreglo al principio de no contradicción, es contradictoria con las normas constitucionales mencionadas en este apartado y con el Código Procesal Penal por lo tanto no es válida, pues la supremacía constitucional (art. 31, CN) exige que aquel enunciado de la ley 9182 será válido siempre que no esté en pugna con la norma superior, pero por lo que se ha analizado se advierte la discordancia e incoherencia con la ley suprema. Además debe tenerse presente el principio de razón suficiente, en virtud del cual toda norma jurídica precisa para ser válida un fundamento suficiente de validez, por lo que conforme a lo analizado en 1, 2, 3, y 4 se advierte que el enunciado del artículo 44, § 2, no se sostiene o sustenta en la Constitución y a través de esta en el valor justicia, consiguientemente no tiene fundamento de validez.

Fundar tiene relación con la norma jurídica aplicable al caso. Motivar son las razones de hecho y derecho, la construcción lógica mediante la cual tal hecho es colocado bajo el imperio de tal norma³⁴. Fundar y motivar son dos tiempos distintos, imposible de escindir. No se diga entonces que el obstáculo puede salvarse con una motivación meramente enunciativa, pues aún la sumaria indicación de los elementos de prueba en que el Tribunal Colegiado ha fundado su convencimiento —v.gr.: “estamos convencidos de la premeditación, por lo que afirman los testigos A o B”—, lo cual constituye motivación insuficiente, aún así es un método completamente inadaptable al jurado.

Puede pensarse que, según ordinariamente sucede, al retirarse para deliberar el tribunal se ha formulado ya un juicio de culpabilidad o inocencia, para producir cual no es la razón sino el conocimiento el que opera. Sobre esta base no puede ni tan siquiera conjeturarse que “los jueces primero deciden y, luego, se esfuerzan en crear la argumentación racional que expone la sentencia frente a terceros, con el margen imaginable de arbitrariedad —incluso subconsciente— que el procedimiento implica, ni por tanto, argüirse que “la fundamentación de los fallos judiciales representa, en gran medida, una auténtica superestructura ideológica que institucionalmente justifica o legitima el veredicto de la convicción íntima, y no llega a cumplir, realmente, ninguna función objetiva de garantía”. En efecto, el juicio es solamente el primer paso en la vía de la decisión judicial, pues, la primera impresión del juez y es, en verdad, un juicio suyo, es lo que el juez debe verificar, mediante las pruebas y las razones, en aquel sistema de silogismos que es el razonamiento. De manera que la motivación, o más propiamente el razonamiento, constituye una comprobación lógica, el control racional del juicio inicial que, por consiguiente, tiene un carácter esencialmente provisional, sólo es una hipótesis necesaria para razonar, porque el razonamiento sirve para verificar o demostrar y no se puede dar verificación o demostración sin lo que debe ser verificado o demostrado. Es por ello que el jurado en número mayor a los jueces técnicos son sólo llamados a decidir sin manifestar las razones de su juicio, parecería configurado a propósito para estimular a los jurados a resolver irracionalmente, como tantas veces la práctica lo ha demostrado en aquellos países que poseen el sistema de Jurado Popular o Clásico o Anglosajón, de manera que el veredicto, más que la expresión de la más pura sensibilidad social, se reduce a establecer el triunfo del puro irracionalismo.

La motivación no es sólo útil para el juez, pues su publicidad (como base del principio republicano) sirve para demostrar que el fallo es justo y por qué es justo, y para garantizar que la absolución o condena ha sido el necesario punto de llegada de un razonamiento y no el fruto inconsciente de la arbitrariedad que da el poder; ya que si la verdad reside en el poder y no en la conformidad del conocimiento con su objeto (verdad lógica), lo que se desea conocer es el criterio de verdad general y cierto para todo conocimiento. Si la verdad reside en el “*poder*” estamos en presencia de lo totalitario; lo que otorga el argumento racional es la circunstancia de precisar si tal razonamiento adolece de defectos susceptibles de control lógico, único medio de reparar el error judicial. En este fin de exteriorizar las razones de la decisión judicial, se individualiza esta importante función de la motivación, a la cual no puede renunciar una sociedad civilmente organizada, pues está destinada a demostrar a la sociedad el fundamento de la decisión y, permite el control de logicidad de la sentencia, exigencia propia de nuestra forma republicana de gobierno. Advirtiéndose entonces que media una razón para limitar el control popular al desarrollo del juicio, ni excusar a los jueces legos, que precisamente son los representantes del pueblo en el oficio judicial, del sometimiento insusceptible de concretarse por una vía distinta que la pública motivación de sus decisiones, cuya omisión, además, está en manifiesta contradicción con el antedicho principio republicano. Por otra parte, trátase del jurado clásico o el Escabinado, como cualquier otro sistema de enjuiciamiento penal con participación de jueces no profesionales, cumple advertir que la convocatoria se vincula con un juicio que, aún ceñido al supuesto fáctico de la pretensión penal, es un *juicio jurídico* y, como todo juicio, *indivisible*.

Sobre la base de las consideraciones precedentemente efectuadas es menester concluir que el jurado popular o clásico, en cuanto excluye toda intervención de los jueces técnicos en la crítica *sobre el supuesto fáctico de la exigencia penal*, resulta de insusceptible adecuación a las exigencias del ordenamiento jurídico argentino.

Así como que, con una competencia funcional acotada de la suerte aludida más arriba, y por tanto restringida al juicio sobre el supuesto fáctico del derecho invocado por el acusador, el modelo de Tribunal Mixto o Escabinado cuyo número de miembros sea inferior al número de jueces técnicos, reúne las condiciones que exige la adecuación del juicio penal por jurados a nuestro ordenamiento penal y procesal penal y con arreglo a la Constitución (art 162, Const. Pcial., y arts. 24 y 118, CN). Efectivamente, merced a su composición mixta de jueces técnicos y no profesionales, con la misma participación en el juicio referido y una permanente colaboración que supone la estrecha relación entre ambas secciones de jueces, el Tribunal Escabinado puede superar los obstáculos que acaban de puntualizarse. Por supuesto que la inserción del Tribunal Escabinado en nuestro ordenamiento jurídico requiere la mutua adecuación de uno y otro miembros del Tribunal, pues a la novedosa incorporación de jueces populares se suma la escisión o ruptura del juicio, propio de jueces legos y técnicos en cuanto al supuesto fáctico de la pretensión penal, exclusiva de los últimos en punto a la sanción penal.

³⁴ Siguiendo al Dr. Olsen Ghirardi, véase nuestro trabajo.

Estos y otros problemas que ha de traer aparejada la implementación práctica del sistema —como la elaboración y redacción de la sentencia— que, según parece, deben estar en las exclusivas manos de los jueces técnicos, con la evidente obligación de exponer fielmente las eventuales disidencias de los jueces legos, pueden ser resueltos por el legislador y no constituyen obstáculo insalvable para el acatamiento, por la vía elegida, del mandato constitucional, como es el establecido en el art. 369 del Código Procesal Penal, en función del art. 162 de la Constitución Provincial, y que es el único que puede derivarse de los artículos 24, 75, inciso 11, y 118 de la Constitución Nacional.

El principal inconveniente que puede suscitarse resulta de imposible solución legal, pues finca en la hipotética influencia de unos jueces sobre otros a la hora de la decisión, por razón del número como de la aptitud técnica; contra este mal, que suele afectar la independencia de los miembros de cualquier tribunal colegiado, no existe aún otro remedio eficaz que la *ética y moralidad de los jueces*.

En lo tocante al segundo requisito sobre el que debe decidir el Jurado Popular o Clásico o Anglosajón es el de la *culpabilidad* y al que hemos denominado como apartado “b” en este acápite. La función del Jurado Popular o Clásico o Anglosajón en conformidad con el *Common law* en el juicio penal es determinar la cuestión de hecho acerca de la culpabilidad o inocencia del acusado. En el juicio penal acorde al *Common law* generalmente se dice que es la acusación la que debe probar la *culpabilidad* más allá de toda duda razonable. Pero ¿qué se entiende por culpabilidad?, ¿incluye este concepto todos los elementos que determinan la responsabilidad o sólo es un elemento del delito? La respuesta es que para los que deciden conforme al *Common law* la *culpabilidad se refiere exclusivamente a la verificación o constatación de los elementos del delito*³⁵ (aparecería como que la culpabilidad se confunde con la noción o concepto de delito) y que las eximentes o justificantes no tenían nada que ver con este problema. Los países que se ajustan al *Common law*, los tribunales hoy consideran que corresponde a la defensa probar las justificantes o la inimputabilidad del acusado. Sin embargo tales principios o reglas han ido cambiando en un sin número de veces en el tiempo y en el espacio sobre lo que debe probar la acusación y que es lo que debe entenderse por *culpabilidad*; situación ésta que ha sido resuelta de acuerdo a *las instrucciones* o advertencias que los jueces deben realizar a los jurados; contexto éste que a nuestro juicio provocarían una gran confusión entre los llamados a decidir el veredicto. Ahora, con arreglo a ley 9182 el Jurado Popular o Clásico o Anglosajón o Angloamericano tendría que resolver sobre la culpabilidad ¿conforme al *Common law* o acorde a *nuestra ley penal sustantiva*? Congruente con lo dispuesto por la ley 9182 en cuanto a que el jurado establecido por la señalada norma es un Jurado Popular o Clásico y no un Escabinado en mayoría, debe resolver de acuerdo a las reglas del *Common law* con el de las disimilitudes que ha sufrido el concepto de culpabilidad, aunque no surge ni explícita ni implícitamente de la ley 9182 *la exigencia* de las llamadas *instrucciones*³⁶; pero aún así que el Tribunal Técnico proveyera de explicaciones a los jurados sobre lo que representa **la culpabilidad** obviamente desde la orientación del derecho penal argentino, a nuestro juicio y atento a lo expuesto anteriormente no solo traería confusión o desconcierto entre los jurados, toda vez que dicho elemento del delito es más complejo, y además se requeriría tiempo para exponer *las instrucciones* sobre la culpabilidad, aún aquellas que pudieran resultar más inteligibles o perceptibles por lo miembros del jurado. No obstante lo expresado y teniendo en cuenta que la ley 9182 pertenece a nuestro ordenamiento jurídico tendríamos nuevamente que preguntarnos ¿el Jurado Popular o Clásico o Anglosajón o Angloamericano ha discernido e interpretado el significado de la *culpabilidad*?

A nuestro juicio la respuesta es negativa, nada concibe ni tan siquiera para opinar, porque ni se imagina el significado (científico, no vulgar) que encierra dicho concepto. Ello es así (sin entrar a considerar la culpabilidad desde el punto de vista del *Common law*) por la sencilla razón de que *la culpabilidad* debe ser tratado desde la técnica del Derecho Penal y como “uno” de los elementos del delito (sin considerar los otros componentes del delito acción, tipicidad, antijuridicidad) y no como el sistema del *Common law* que hace referencia **“exclusivamente a la verificación de los elementos del delito”**. Ahora, si el jurado ha establecido conforme a los hechos que el acusado es culpable ¿el jurado comprenderá si el hecho en su ejecución es doloso o culposo o si el acusado pudo comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones: *imputabilidad* o si ha obrado con libertad de decisión y que esta no haya sido excluida al obrar violentado por amenaza de sufrir un mal grave e inminente? ¿Conoce que es el dolo y la culpa, y el error de hecho no imputable que excluye el dolo o la culpa?, o ¿el Presidente del tribunal será el encargado de resolver si existe *culpabilidad*?, ¿lo podrá determinar atento a que el jurado popular o clásico ha llegado a una supuesta culpabilidad mediante un juicio de *veredicto* basado en la *íntima convicción*? Consideramos que la ley 9182 es inconstitucional en este aspecto, es decir en cuanto al contenido de *la culpabilidad* sobre el que tiene que decidir el Jurado Popular o Clásico, toda vez que no respeta la ley penal sustantiva, norma de orden superior que tiene su fundamento en principios constitucionales como lo son los principios de legalidad, el de culpabilidad, etcétera.

³⁵ Cfr. FLETCHER, George P., *Conceptos básicos de derecho penal*, traducción de Francisco Muñoz Conde, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 147.

³⁶ Son aquellas en que el juez explica a los jurados el derecho aplicable; los requisitos para considerar incurrido en el delito, circunstancias de agravación o atenuación, calificaciones legales subsidiarias, presunciones legales aplicables, como deben efectuar la deliberación, etcétera.

Hay otro universo separadamente del jurídico y es el mundo de lo político. Ambos están intrínsecamente relacionados, pero se rigen por principios diferentes; en el espacio político no juega lo de verdadero o falso, sino la regla de lo conveniente o inconveniente. El jurado es la puerta de acceso de la política al cosmos jurídico, no de la política criminal, sino de la que se introduce a través de la opinión pública.

El mundo de la política, lógicamente, está abierto y es muy sensible a las demandas de los factores de poder o de las presiones al poder que se aprecian en la sociedad, pero no debe inobservarse que exclusivamente la Constitución es la suma de los factores reales de poder que rigen una Nación, pues es en ella que se erige en derecho convirtiéndolos en factores jurídicos, y quien no la respeta la quebranta, la profana. La democracia no está al servicio de sí misma sino de la sociedad que la alimenta. Y la sociedad hace sentir sus demandas, y de allí resultan las posibles soluciones. Pero una cosa es el clamor popular y otra que ese clamor sea justo, y como verdadero ejemplo para aquellos que son partidarios del Jurado Popular o Clásico o Anglosajón se olvidan de Sócrates, condenado por un jurado popular; o el de Jesucristo que también lo fue por uno similar (el Sanedrín). Es cierto que la opinión pública reclama justicia; pero ese reclamo no significa que el poder político lo transforme en una norma o ley para subsanar lo que le place a quien lo demanda sin importar los desvíos constitucionales que pueden ocasionarse; pues el poder político en un Estado constitucional de Derecho debe actuar con justicia, debe servir a la justicia y debe realizar la justicia, porque la justicia es un valor, igual que el poder, pero más excelso que el poder. Es el valor absoluto y supremo del mundo jurídico-político, por lo que no puede actuarse con la sin razón. La justicia no puede quedar librada a la buena voluntad o a la virtud de representaciones sociales. Hace falta un resguardo objetivo y seguridad jurídica más tecnificada. No puede sobrellevarse voluntad improvisada que rindan resultados impensados o inesperados, como la de condenar a un inocente o absolver a un culpable.

No puede ni debe abandonarse lo que el *poder o la fuerza normativa de la Constitución* que admite y reconoce en sus cláusulas y en aquellos que las aplican, por el solo hecho de consentir o asentir a la opinión pública. La Constitución no sólo protege al pueblo de los excesos de su gobierno sino también tutela al pueblo de los excesos del pueblo mismo. Nuestra tarea es administrar justicia con la Constitución, la ley y el Derecho.

Tribunal Superior de Justicia del Neuquén, en autos “Danielli, Ricardo Osvaldo s/ Robo Relac. expte. N° 12/05”, expte. N° 37/2007.

Sumario: Un condenado sin sentencia firme solicita su incorporación al régimen de las salidas transitorias. La Cámara niega tal posibilidad, sobre la base exclusiva de su estatus procesal (condenado sin sentencia firme). El Tribunal hace lugar a la casación a partir de la interpretación del artículo 11 de la ley 24.660. Sin embargo, se abstiene de efectivizar la incorporación sobre la base de no existir informes de conducta y de concepto. Por ello, anula el decisorio y reenvía a la Cámara para que, previa solicitud de los mismos, resuelva la cuestión con arreglo a la doctrina que se fija.

ACUERDO N° 10/2007: En la ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los treinta días del mes de marzo del año dos mil siete, se reúne en Acuerdo el Tribunal Superior de Justicia con la Presidencia de su Titular, **Dr. EDUARDO J. BADANO**, integrado por los señores Vocales, **Dres. JORGE O. SOMMARIVA, ROBERTO O. FERNÁNDEZ, EDUARDO FELIPE CIA y RICARDO TOMÁS KOHON**, con la intervención del Titular de la Secretaría Penal, **Dr. JOSÉ DANIEL CESANO**, para dictar sentencia en los autos caratulados **“DANIELLI, Ricardo Osvaldo s/ Robo Relac. Ex. 12/05 C.C.2”** (Expte. N° 37, año 2007) del Registro de la mencionada Secretaría, se procedió a practicar la pertinente desinscripción, resultando que en la votación debía observarse por los señores Jueces el orden siguiente: Dr. Roberto O. Fernández; Dr. Jorge O. Sommariva; Dr. Ricardo Tomás Kohon; Dr. Eduardo Felipe Cia y Dr. Eduardo J. Badano.

ANTECEDENTES: Por auto interlocutorio N° 363/06, la Cámara en lo Criminal Segunda de esta Circunscripción Judicial resolvió ratificar el decreto de ordenación de fs. 36, suscripto por el Presidente de esa Sala, Dr. José V. Andrada, que en lo sustancial dispuso denegar las salidas transitorias solicitadas a favor de Ricardo Osvaldo Danielli, por no hallarse bajo el Régimen de Ejecución establecido en la ley 24.660, en tanto la sentencia que lo condenara no adquirió firmeza (fs. 43 y vta.).

Contra dicha resolución el señor Defensor de Cámara, Dr. Gustavo L. Vitale, interpuso recurso de casación a favor del prenombrado (fs. 64/67); el que fue declarado admisible por resolución interlocutoria N° 17 (fs. 75/76 vta.) de este Tribunal Superior de Justicia.

Por aplicación de la ley 2153, de reformas del Código Procesal (ley 1677) y lo dispuesto en el artículo 423, primer párrafo, ante el requerimiento formulado, las partes, en forma conjunta (fs. 78), renuncian al plazo allí consignado; por lo cual, a fs. 79, se produjo el llamado de autos para sentencia.

Cumplido el proceso deliberativo que prevé el artículo 427 del Código de rito, el Tribunal se plantea las siguientes

CUESTIONES: 1°) ¿Es procedente el recurso de casación interpuesto?; 2°) En su caso, ¿qué solución corresponde adoptar?, y 3°) Costas.

VOTACIÓN: A la **primera cuestión** planteada, el **Dr. ROBERTO O. FERNÁNDEZ** dijo: I. En contra del auto interlocutorio N° 363/06, dictado por la Cámara en lo Criminal Segunda de esta Circunscripción Judicial, el Sr. Defensor de Cámara del imputado Danielli, Dr. Gustavo L. Vitale, dedujo recurso de casación. Concretamente, el impugnante manifestó que “[□] la decisión recurrida se basa en la supuesta limitación del art. 37 del decreto 303/96, que alude el art. 5° del decreto 396/99. Tal restricción no es tal, pues las salidas transitorias deben corresponder al imputado con mayor razón que si tuviera ya una condena firme, y nunca a la inversa, pues ello es consecuencia directa de la garantía constitucional de la presunción de inocencia, en virtud de la cual se presume la inocencia de todo aquel que no ha recibido una sentencia firme de condena. La interpretación legal, en tal sentido, no puede contrariar una norma de superior jerarquía (que manda, precisamente, a brindar un trato menos severo a quien todavía se presume inocente, en relación a aquél respecto del cual aquella presunción se destruyó por medio del dictado de una sentencia condenatoria inmodificable en su contra) [□] además, la propia ley 24.660 asegura, en forma expresa, su aplicación a los procesados, en lo que resulte más favorable para ellos [□] una interpretación armónica de los citados párrafos de la ley indica que, por favorecer al imputado (condenado sin sentencia firme de condena), los regímenes de salidas transitorias con fines de afianzamiento familiar y social resultan aplicables a ellos (incluso con mayores razones que a los demás, y mucho más aún, si la condena no se encuentra firme por recurso interpuesto por la defensa, lo que indica que no podrá ser modificada en su contra, como consecuencia de la prohibición de la *reformatio in peius*). La interpretación de la resolución recurrida, en suma, se basa en un argumento sólo formal, dilatorio para el reconocimiento de los derechos del imputado e, incluso, basado sólo en el texto literal de un párrafo de un decreto que, al ser reglamentario de la ley 24.660, no puede contrariar su espíritu y, con mucha mayor razón, no puede transgredir un principio constitucional [□]”.

Cita un fallo avalador de su postura pronunciado por este Cuerpo (acuerdo 35/2005) y plantea, para el supuesto de entender que el artículo 37 del decreto 303/96 resulta limitador de aquel derecho, se declare su inconstitucionalidad por contrariar los principios constitucionales de presunción de inocencia, igualdad ante la ley y racionalidad de los actos de gobierno.

II. Que luego de realizado un análisis del legajo, la resolución interlocutoria censurada y del recurso,

soy de opinión —y así lo propongo al acuerdo— que la casación debe ser declarada **procedente. Aclaro, empero, que no habré de acompañar el resultado final que postula la Defensa (esto es: que este Cuerpo disponga la incorporación directa del interno al régimen que peticiona), propiciando, en cambio, la nulidad del interlocutorio criticado.** Doy mis razones:

1. Tenido a la vista los autos principales (“Danielli, Ricardo Osvaldo s/ Robo”, Expte. N° 12 - año 2005), surge que el imputado Danielli ha sido condenado como coautor penalmente responsable del delito de robo con arma en grado de tentativa (artículos 166, inciso 2, primer párrafo, y 42, Código Penal), imponiéndosele para su tratamiento penitenciario la pena de cuatro años de prisión.

Dicha sentencia fue recurrida en casación, por la defensa técnica de Danielli. Declarada la admisibilidad formal de la impugnación, este Tribunal Superior, por acuerdo N° 9/2007 (fs. 247/254 de los autos principales) **rechazó los agravios** desarrollados. A la fecha, lo resuelto por este Cuerpo no se encuentra firme; toda vez que, aún no han vencido los plazos a los efectos de la eventual interposición de un recurso extraordinario federal, atento el resultado adverso obtenido.

De esta manera, técnicamente (y dada la mentada falta de firmeza de la resolución de este Cuerpo), Danielli sigue revistiendo el estatus procesal de imputado.

2. El estudio del incidente revela que, al ratificar la providencia de fs. 36, la Cámara de Juicio, en cumplimiento de su rol de tribunal de ejecución, rechazó la incorporación del peticionante al régimen de salidas transitorias sobre la base de la siguiente argumentación: “[...] el decreto 396/99, reglamentario de la ley 24.660, establece que la progresividad del régimen penitenciario en todos sus períodos o fases, sólo es aplicable a los condenados con sentencia firme y a los procesados que se hayan incorporado a la Ejecución Anticipada Voluntaria prevista en el Título 4 del Reglamento General de Procesados, aprobado por decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 303 del 26 de marzo de 1996, con la limitación prevista en su artículo 37. Y esta última norma establece a su vez que mientras no recaiga sentencia condenatoria firme, el procesado podrá ser promovido sólo hasta la última fase del período de tratamiento de la progresividad del régimen de ejecución de la pena. Dado que las salidas transitorias solicitadas están legalmente previstas para el Período de prueba (conf. arts. 12 y 15, ley 24.660), se ratificará entonces el decreto de Presidencia de fs. 36, que rechazó *in limine* la petición, decreto contra el que se ha interpuesto la reposición sustanciada” (fs. 43).

3. Que este Tribunal Superior, sobre la base del artículo 11 de la ley 24.660, ya tiene criterio sentado respecto de la procedencia de la aplicación de los institutos previstos en aquella ley con relación a imputados. En este sentido, al fallar el precedente “**Pérez Alvarado, Enrique s/Ejecución de condena**” (acuerdo N° 35/2005 del Registro de la Secretaría Penal de este Cuerpo), se dijo que: “[...] [l]a factibilidad de aplicar todos estos institutos [por ejemplo: salidas transitorias y régimen de

semilibertad] al procesado en prisión preventiva, amén de lo previsto por el mencionado artículo 11 de la ley 24.660, es directa consecuencia de la observancia del principio de proporcionalidad del encaramiento procesal, según el cual éste, como medida cautelar, no puede ser más gravoso que la propia pena cuya imposición cautela, ni su rigor innecesario a estos fines, lo que deberá reflejarse tanto en la modalidad de ejecución de la prisión preventiva como en la posibilidad de excarcelación” (cfr. *Tratado sobre las causas de excarcelación y prisión preventiva en el Código Procesal Penal de la Nación*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, p. 543. Igual criterio puede encontrarse en José I. CAFFERATA NORES, “¿La ley N° 24.660 da cabida a una «semi-prisión preventiva» o nuevas hipótesis excarcelatorias?”, *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año III, N° 7, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, ps. 991 y ss.).

La Cámara de Juicio —como ya quedara reseñado— no ha hecho aplicación de esta doctrina sobre la base que, el caso, debía regirse por lo normado en el decreto 396/1999. Esta circunstancia me obliga a dar respuesta a dicha argumentación.

En mi concepto, el precitado decreto no puede hacer variar la interpretación que, del artículo 11 de la ley 24.660, ya ha realizado este Tribunal Superior. Dos vías interpretativas justifican esta afirmación (cfr., al respecto, CESANO, José Daniel, “La aplicación de algunos institutos de la ley 24.660 como mecanismos para atemperar o evitar la prisión preventiva”, *Revista de Derecho Procesal Penal. Excarcelación*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, ps. 292/295):

A) Por una parte, y más allá de la literalidad de las normas, no cabe ninguna duda que, desde una perspectiva de pura lógica, el artículo 37 del decreto 303/96 resulta altamente cuestionable. Es que, entre la última fase de la etapa de tratamiento (confianza) y el período de prueba, no se advierten diferencias sustanciales que permitan justificar, **para estos casos** (ejecución anticipada) el distinguo reglamentario. Por el contrario, si se valora seriamente el régimen aludido, “la solución adoptada [por el artículo 37] [...] es caprichosa puesto que, en definitiva, el procesado es sometido a un régimen penitenciario progresivo estrictamente similar al destinado a los condenados. Si se verifica que, a partir de la evolución del causante, éste se encuentra en condiciones objetivas de ser incorporado al período de prueba, resulta irrazonable que tal extremo no pueda ser cumplido porque aún no se ha recibido la condena. Podría entenderse que la imposibilidad finca en que el período de prueba es el único que presenta una determinada exigencia en cuanto al tiempo de detención (un tercio de la condena temporal y doce años de la pena perpetua —art. 27 del decreto 396/99—), pero aún no se explica cómo la situación de un procesado —inocente aún— puede ser peor que la de un condenado, y más aún cuando se tiene en cuenta que se ha contemplado expresamente que el primero [esto es: el procesado] pueda acceder a su soltura contracautelar mediante las reglas inherentes a la libertad condicional” (cfr. LÓPEZ, Axel - MACHADO, Ricardo, *Análisis del régimen de ejecución penal*,

Fabián J. Di Plácido Editor, Buenos Aires, 2004, p. 77, y nota N° 44). Esta última apreciación muestra, nítidamente, la incongruencia de la norma. Repárese en que las legislaciones procesales han previsto (como derivado del principio de proporcionalidad) la culminación de la prisión preventiva para quienes se encuentran procesados, pero en condiciones objetivas de acceder (en caso de que su situación fuese de condena) a libertad condicional. Es decir: aun cuando no se hubiesen acogido al régimen de ejecución anticipada, podrían recuperar su libertad quienes, **sin haber transitado por el período de prueba**, objetivamente se encuentran en condiciones de obtener el beneficio del artículo 13 del Código Penal.

Por otra parte —y siempre dentro de esta primera línea de solución— se ha considerado también que, la limitación derivada del decreto, puede operar como un factor psicológico para el desistimiento de eventuales recursos. En efecto, si un procesado (pensemos en delitos que poseen escalas penales medias) ha solicitado su incorporación a la ejecución anticipada y la sentencia condenatoria a su respecto se encuentra impugnada (a través de casación o recurso extraordinario federal) resulta comprensible pensar que, la excepción del artículo 37, transcurrido ya algún tiempo bajo esta modalidad (ejecución anticipada) le podría hacer repensar la conveniencia en la continuidad de la vía recursiva intentada (frente a la negativa de acceso respecto de institutos propios del período de prueba). Esta sola posibilidad, importa también, una mengua o condicionamiento para el adecuado ejercicio del derecho de defensa (cfr., al respecto, CEJAS MELIARE, Ariel, “La inconstitucionalidad del artículo 37 del reglamento general de procesados [decreto 303/96]”, *Cuaderno Negro. Revista sobre la Cárcel y la Filosofía del Castigo*, Buenos Aires, 2004, ps. 53 y ss.).

B) Al argumento anterior, puede sumársele otro adicional. En efecto, es innegable que, por no encontrarse aún firme la sentencia, el interno continúa revistiendo el estatus procesal de cautelado. Empero —y como bien lo puntualizan López y Machado (ob. cit., p. 78)— “en virtud del principio de certeza de los fallos, resulta posible promover su incorporación judicial al referido período de autodisciplina para luego, ante la propuesta de la autoridad penitenciaria, otorgarle el goce de los regímenes de confianza. Si bien el interno continúa alojado en carácter de procesado, se verifica la existencia de un fallo judicial que, aunque no se encuentra firme, provoca una primera aproximación cierta en cuanto a la determinación de la pena que finalmente habrá de imponérsele, habilitándolo para ser incluido en el período de prueba y cumplir la prisión preventiva mediante los regímenes de salidas transitorias y de semilibertad”.

4. Que ratificado el criterio inveterado de este Cuerpo y dado respuesta al argumento de la Cámara, debe señalarse que “la posibilidad de acceder a estos institutos (salidas transitorias y semilibertad) está condicionada, al menos, por los recaudos que la propia ley 24.660 ha establecido para que ellos puedan concederse” (cfr. acuerdo 35/2005, ya citado).

En este caso, la solicitud formulada se vincula con el acceso a un régimen equiparable a las salidas transitorias.

Observo, en tal sentido, que la exigencia temporal que menta el artículo 17, inciso 1, se encontraría satisfecha. Ello así por cuanto, como lo sostiene SOLIMINE, “el requisito de cumplimiento de la mitad de la pena, deberá traducirse de la siguiente manera: una prisión preventiva que cumplida de acuerdo al art. 24 del CP sea equivalente a la mitad de la condena que se espera” (ob. cit., p. 556); situación que, en el presente, se ha verificado.

Ahora bien, constituye una cuestión de hecho probar que concurren cada una de las otras condiciones establecidas por el artículo 17 de la ley 24.660. Y es aquí, justamente, en donde me habré de apartar de la solución que pretende el recurrente. Es que, este tribunal no se encuentra en condiciones de determinar algunos requisitos esenciales. Me explico: la Cámara —fiel a su postura sobre este tema— al rechazar *in limine* la petición de la defensa, no solicitó ningún informe de conducta respecto del interno.

Asimismo, considero que resulta necesario que, el Gabinete Técnico Criminológico —y más allá de no existir aún una sentencia firme— realice un examen del imputado con la finalidad de poder determinar sí, el mismo, se encuentra en condiciones de acceder a lo que aquí se solicita. Es cierto —y no lo desconozco— que por su condición (procesado) aún, técnicamente, no se encuentra sometido a tratamiento. Empero, creo, que dicho gabinete (dada su composición científica interdisciplinaria) constituye el mejor medio para poder diagnosticar la conveniencia o no del beneficio que se peticiona y sin el cual, me encuentro impedido de pronunciarme. En tal sentido, el propio SOLIMINE, al analizar la viabilidad de este instituto para los procesados refiere a los requisitos de conducta y concepto previstos en la ley 24.660 (cuyos artículos 100 y 101, respectivamente, contienen una interpretación auténtica de ambas categorías) y “cuya obtención debería permitirse procurar durante la ejecución de la prisión preventiva al amparo del art. 178 de la ley 24.660” (ob. cit., ps. 556/557, y nota N° 62).

Frente a esta situación —y en mérito de ella— habré de reconducir el vicio denunciado —artículo 415, inciso 1, CPP y C— (cfr. DE LA RÚA, Fernando, *La casación penal*, Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 255) y analizar el decisorio desde el prisma de la falta de motivación *in iure* (al haber desechado la aplicación del artículo 11 de la ley 24.660), debiendo declararse su nulidad.

Por los argumentos expuestos —y dentro de los límites que he señalado— entiendo haber explicitado los motivos por los cuales, la casación deducida, debe ser declarada procedente. Tal es mi voto.

El Dr. JORGE O. SOMMARIVA, dijo: Adhiero al voto del señor Vocal preopinante en primer término, por compartir la respuesta que da a esta primera cuestión. Así voto.

El Dr. RICARDO TOMÁS KOHON, dijo: Que comparto la solución sustentada por el Vocal preopinante en primer término, atento los fundamentos dados a la presente cuestión. Mi voto.

El Dr. **EDUARDO FELIPE CIA**, dijo: Por compartir las conclusiones dadas por el señor Vocal que sufragara en primer término, adhiero a la solución que propicia. Así voto.

El Dr. **EDUARDO J. BADANO**, dijo: Que adhiero a los fundamentos precedentemente expuestos, por el señor Vocal que votara en primer término, por lo que emito mi voto en igual sentido. Así voto.

A la **segunda cuestión**, el Dr. **ROBERTO O. FERNÁNDEZ**, dijo: Atento al modo en que resolviera la cuestión precedente, propongo al Acuerdo, se declare la nulidad del decisorio por falta de fundamentación *in iure* (artículos 106 y 415, inciso 2, CPP y C); debiendo reenviarse los obrados a la Cámara de origen para que, a través de los subrogantes legales que correspondan, y previo solicitar informe de conducta y dictamen del Gabinete Técnico Criminológico de la Provincia (sobre la conveniencia o no del instituto peticionado) dicte nuevo pronunciamiento ajustado a derecho. Tal es mi voto.

El Dr. **JORGE O. SOMMARIVA**, dijo: Comparto la conclusión sustentada por el Vocal preopinante, atento los fundamentos dados a la primera cuestión. Mi voto.

El Dr. **RICARDO TOMÁS KOHON**, dijo: Por compartir la solución dada a esta segunda cuestión, por el Dr. Roberto O. Fernández, voto en igual sentido.

El Dr. **EDUARDO FELIPE CIA**, dijo: Atento los fundamentos propiciados a la primera cuestión planteada, comparto la solución dada por el señor Vocal de primer voto a esta segunda cuestión.

El Dr. **EDUARDO J. BADANO**, dijo: Atento la solución dada a la primera cuestión, me expido en idéntico sentido a la conclusión a que arriba el señor Vocal preopinante en primer término, a esta segunda cuestión.

A la **tercera cuestión**, el Dr. **ROBERTO O. FERNÁNDEZ**, dijo: Sin costas en la instancia (artículos 491 y 492, *a contrario sensu*, CPP y C). Tal es mi voto.

El Dr. **JORGE O. SOMMARIVA**, dijo: Adhiero a lo propuesto por el Dr. Roberto O. Fernández. Así voto.

El Dr. **RICARDO TOMÁS KOHON**, dijo: Comparto lo manifestado por el señor Vocal de primer voto a esta tercera cuestión. Mi voto.

El Dr. **EDUARDO FELIPE CIA**, dijo: Corresponde eximir de costas como lo expresa el Dr. Roberto O. Fernández. Así voto.

El Dr. **EDUARDO J. BADANO**, dijo: Debe eximirse de costas al recurrente de conformidad con los arts. 491 y 492, *a contrario sensu*, del CPP y C. Mi voto.

De lo que surge del presente acuerdo, **SE RESUELVE: I. HACER LUGAR al recurso de casación** deducido por el señor Defensor de Cámara, Dr. Gustavo L. Vitale, a favor del imputado **RICARDO OSVALDO DANIELLI**. **II. DECLARAR LA NULIDAD de la resolución Interlocutoria N° 363/06**, dictada por la Cámara en lo Criminal Segunda, por falta de fundamentación *in iure* (arts. 106 y 415, inc. 2, CPP y C). **III. REENVIAR** los obrados a la Cámara de origen para que, a través de los subrogantes legales que

correspondan, y previo solicitar informe de conducta y dictamen del Gabinete Técnico Criminológico de la Provincia (sobre la conveniencia o no del instituto peticionado) dicte nuevo pronunciamiento ajustado a derecho. **IV. Sin costas** (arts. 491 y 492 *a contrario sensu* del CPP y C). **V. Regístrese**, notifíquese y oportunamente remítanse las presentes actuaciones a la Cámara de origen.

Con lo que finalizó el acto, firmando los señores Magistrados, previa lectura y ratificación por ante el Actuario, que certifica.

Presidente: Dr. **EDUARDO J. BADANO**.

Vocales: Dr. **JORGE O. SOMMARIVA**, Dr. **ROBERTO O. FERNÁNDEZ**, Dr. **EDUARDO FELIPE CIA**, Dr. **RICARDO TOMÁS KOHON**.

Secretario: Dr. **JOSÉ DANIEL CESANO**.

Tribunal Superior de Justicia de Neuquén, en autos “Dr. Gavernet s/ Revisión e/a ‘Montecino, Yamil s/ Robo calificado’ —Expte. 10295-18-01— ‘Montecino, Yamil s/ Atentado a la autoridad [□] homicidio en grado de tentativa’”, Expte. N° 10445-15-01, Expte. N° 7/06.

Sumario: Montecino, Yamil, es condenado por el Juzgado Penal del Niño y Adolescente por el delito de robo agravado por el uso de armas, entre otros, a la pena de seis años y diez meses de prisión. El arma de fuego utilizada fue vista por la víctima y los testigos, mas no fue secuestrada. Solicita revisión por aplicación de ley penal más benigna (art. 437, inc. 5) atento que la ley 25.882 modificara el art. 166, inc. 2, del Código Penal, regulatorio del tipo penal “robo con arma”.

ACUERDO N° 13/2007: En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los dieciocho días del mes de abril del año dos mil siete, se reúne en acuerdo el Tribunal Superior de Justicia con la Presidencia de su titular, **Dr. EDUARDO J. BADANO**, integrado por los señores Vocales **Dres. JORGE O. SOMMARIVA, ROBERTO O. FERNÁNDEZ, EDUARDO F. CIA** y **RICARDO TOMÁS KOHON**, con la intervención del señor Secretario, Titular de la Secretaría Penal, **Dr. JOSÉ DANIEL CESANO**, para dictar sentencia en los autos caratulados “**Dr. GAVERNET, ALEJANDRO s/Recurso de revisión e/a ‘Montecino, Yamil s/Robo calificado’ Expte. N° 10295-18-01 ‘Montecino, Yamil s/Atentado a la autoridad [□] homicidio en grado de tentativa’**. Expte. 10445-15-01” (Expte. N° 7, año 2006), del Registro de la mencionada Secretaría; se procedió a practicar la pertinente desinsaculación, resultando que en la votación debía observarse por los señores Jueces el orden siguiente: Dr. Eduardo Felipe Cia; Dr. Jorge O. Sommariva; Dr. Ricardo Tomás Kohon; Dr. Roberto O. Fernández y Dr. Eduardo J. Badano.

ANTECEDENTES: A fs. 1/2 de este legajo, se presenta el señor Defensor Oficial ante el Cuerpo, Dr. Alejandro Tomás Gavernet, e interpone recurso extraordinario de revisión, a favor de Yamil Baltasar Montecino, por aplicación del inc. 5 del art. 437 del CPP y C, y solicita expresamente que este Tribunal Superior de Justicia pronuncie directamente la sentencia definitiva fijando pena menor.

Señala que, Yamil Baltasar Montecino, fue encontrado penalmente responsable como autor de los delitos de daño agravado reiterado (dos hechos) en concurso real, homicidio en grado de tentativa, robo, robo con armas, todos en concurso real (art. 184, inc. 1; 79; 42; 164; 166, inc. 2; 55; 29; 40 y 41 del CP, art. 2°, ley 22.278, y [arts.] 53, 54, 87 y cc. de la ley 2302), por el Juez Penal del Niño y Adolescente de la ciudad de Chos Malal.

En sentencia de imposición de pena se le impuso seis años y diez meses de prisión.

El señor Defensor, estima procedente la acción deducida por aplicación retroactiva de la ley más benigna, en el caso concreto, del art. 166, inc. 2, tercer párrafo, del Código Penal, conforme a la reforma de la ley 25.882, que modificó el tipo y la pena establecida para el delito de robo con armas. Ello así por cuanto, si se cometiere con un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada o con un arma de utilería, la escala penal fijada será entre de tres a diez años de prisión.

Por resolución interlocutoria N° 105/2006 (fs. 6/8 vta.), este Tribunal Superior declaró la admisibilidad de la revisión intentada.

Vencido el término previsto por el artículo 424, primer párrafo, del CPP y C, a fs. 10 se dicta la providencia de autos para sentencia.

Cumplido el proceso deliberativo que prevé el artículo 427 (en función del art. 441) del Código de rito, el Tribunal se plantea las siguientes

CUESTIONES: 1°) ¿Es procedente el recurso de revisión interpuesto?; 2°) En su caso, ¿qué solución corresponde adoptar?, y 3°) Costas.

A la **primera cuestión**, el **Dr. EDUARDO FELIPE CIA**, dijo: I. A fs. 1/2 de este legajo, se presenta el señor Defensor Oficial ante el Cuerpo, Dr. Alejandro Tomás Gavernet, quien deduce recurso de revisión a favor del penado Yamil Montecino.

Concretamente, el Dr. Gavernet solicita la revisión de la declaración de responsabilidad y de la sentencia de imposición de pena que se estableciera respecto de Montecino; pidiendo, en definitiva, se le imponga una nueva sanción de acuerdo al *quantum* punitivo del artículo 166, inciso 2, tercer párrafo, del Código Penal (según ley 25.882).

II. Que luego de analizada la impugnación y la sentencia cuya revisión se pretende, soy de opinión —y así lo propongo al Acuerdo— que el recurso deducido debe ser declarado **procedente**. Aclaro, empero, que no acompañaré, integralmente, la pretensión del señor Defensor, según lo habré de explicitar en los sucesivos fundamentos jurídicos de este voto. Doy razones:

1°) En primer lugar advierto que, con fecha 14 de mayo de 2002, el señor juez *a quo*, declaró penalmente responsable al acusado en orden a los siguientes delitos: daño agravado reiterado (dos hechos) en concurso real, homicidio en grado de tentativa, robo y **robo con armas**; todo en concurso real (fs. 573 del expediente principal tenido a la vista).

Por su parte, con fecha 3 de mayo de 2003, el mismo magistrado impone pena al imputado, **graduándola en seis años y diez meses de prisión** (fs. 630 vta.).

Al graduar la pena, el *a quo* afirmó que teniendo en cuenta de que, el caso, se subsume en una hipótesis de concurso real de delitos (artículo 55, CP), el máximo de la escala respectiva “es la suma de todos los máximos y el mínimo el mínimo mayor”.

Este mínimo —continúa el sentenciante— “resulta ser el fijado por el robo con armas, que resulta de elevar en un tercio del mínimo del robo con armas, por haber sido cometido con un arma de fuego, tal como lo establece el artículo 41 bis del Código Penal y es de seis años y ocho meses de prisión, superior incluso al mínimo del homicidio en grado de tentativa que prevé de seis años y cuatro meses”. En virtud de ello, y valorando como atenuante su extrema juventud, concluye propiciando la imposición de una pena levemente superior al mínimo legal para el concurso de delitos por lo que se lo declara penalmente responsable; esto es: seis años y diez meses de prisión.

2º) Que, efectivamente, con posterioridad al acaecimiento de estos hechos y mientras se encontraba en cumplimiento de la pena, se produjo una reforma al artículo 166 del Código Penal. Me refiero, en concreto, a la ley 25.882; publicada en el Boletín Oficial de la Nación del día 26 de abril de 2004. En virtud de dicha modificación se introdujo como tercer párrafo del inciso 2 del artículo 166, el siguiente texto: “Si se cometiere el robo con un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada, o con un arma de utilería, la pena será de tres a diez años de reclusión o prisión”.

De acuerdo al hecho fijado en la sentencia, Montecino había efectuado un robo con arma de fuego, con fecha 18 de enero del año 2001. Pese a que, tal fue la subsunción realizada por el señor juez de grado, del decisorio cuya revisión se pretende queda en claro que **la pistola no fue secuestrada y su utilización sólo se acreditó por versión de testigos. Destaco, sin embargo, que todos los deponentes coincidieron en que el acusado habría utilizado un objeto que, por sus características externas, revestía la forma de un arma de fuego. Empero, durante el atraco, no se realizó ningún disparo. Esta circunstancia es significativa por cuanto, la aptitud del arma no ha quedado acreditada; tal cual ahora lo exige la ley 25.882.** Al ser esto así, la conducta de Montecino, debe calificarse ahora en función de la estructura que, al artículo 166, inciso 2, CP, le confiere esta última ley; por tratarse de una norma penal más benigna (artículo 2º, CP). En tal sentido se ha pronunciado Norma Mónica A. TRABALLINI DE AZCONA (cfr. “El nuevo robo con armas [art. 166, inc. 2, CP]. Las formas agravadas de la ley 25.882. El arma de utilería”, en *Pensamiento Penal y Criminológico*, Año V, N° 9, 2004, Mediterránea, Córdoba, p. 269).

No empaña la conclusión anterior, la postura de este Tribunal (sustentada en diversos precedentes - cfr. acuerdo N° 9/2005) en el sentido que, el viejo artículo 166, inciso 2, exigía —para conformar la agravante— probar la aptitud de disparo del arma; con lo cual, de no probarse fehacientemente tal extremo, la conducta se desplazaría hacia el artículo 164. Y sostengo esto por cuanto, el presente legajo llega a resolución de este Tribunal Superior vía revisión; cuando la sentencia de grado ya se encontraba firme. Al ser esto así, este Cuerpo encuentra limitada su competencia a la materia propia del recurso de revisión; el que —en nuestro sistema—

encuentra una de sus sendas de proyección en la modificación de la ley sustantiva (en caso de sucesión de normas) y **no en las particulares interpretaciones que, del precepto anterior, ha tenido esta instancia.**

3º) Pese a esto, no acompañaré —tal cual lo anticipara— en su plenitud, las pretensiones del empeñoso defensor. Me explico:

A) Como se recordará, éste pretende se le aplique el mínimo de la escala penal prevista por el artículo 166, inciso 2, tercer párrafo, según la ley 25.882 (esto es: tres a diez años de pena privativa de la libertad).

B) No coincido con tal petición. La razón de esta afirmación es la siguiente:

a) Cuando estamos en un caso de concurso real (como el que aquí se juzga), el **mínimo de la escala** que resulta del artículo 55 del Código Penal está representado por **“el mínimo mayor”**.

¿Cuál es ese mínimo?

Esto dependerá, exclusivamente, de la calificación de los diversos hechos independientes que conforman la hipótesis concursal.

b) Conforme ya quedó explicitado, al fijar la pena, el *a quo* determinó que el mínimo mayor era el del robo con armas. Ello en atención a la escala penal más gravosa que, **a la sazón**, tenía aquella figura delictiva (cinco a quince años; con más la agravante del artículo 41 bis, CP).

He dicho, sin embargo, que la modificación operada por la ley 25.882, torna aplicable al caso, ahora, la escala penal del tercer párrafo del inciso 2 del artículo 166.

c) Ahora bien: frente a esta escala penal más reducida ¿cuál es el mínimo mayor que rige esta situación de concurso?

La respuesta me parece clara: **la del homicidio tentado.**

Ello así por cuanto, de acuerdo al criterio interpretativo sustentado por este Cuerpo a los efectos de la determinación de la pena de un delito tentado (artículo 44, Código Penal) (cfr., entre otros, acuerdo N° 18/1997), la reducción debe hacerse en la mitad del mínimo y dos tercios del máximo (esto es: lo que queda del máximo tras la reducción de un tercio). Siendo el mínimo del homicidio simple ocho años; el *quantum* correspondiente para la tentativa será de cuatro (4) años. **Éste es el quantum mínimo del que hay que partir a los efectos de establecer la pena concreta; faena que, en definitiva, desarrollaré al responder a la segunda cuestión.**

Por los argumentos expuestos —y de acuerdo al alcance que aquí se establece a la respuesta del señor Defensor— considero haber demostrado la razón por la cual, el recurso de revisión resulta procedente. Tal es mi voto.

El Dr. JORGE O. SOMMARIVA, dijo: Adhiero al voto del señor Vocal preopinante en primer término, por compartir la respuesta que da a esta primera cuestión. Así voto.

El Dr. RICARDO TOMÁS KOHON, dijo: Que comparto la solución sustentada por el Vocal preopinante en primer término, atento los fundamentos dados a la presente cuestión. Mi voto.

El **Dr. ROBERTO O. FERNÁNDEZ**, dijo: Por compartir las conclusiones dadas por el señor Vocal que sufragara en primer término, adhiero a la solución que propicia. Así voto.

El **Dr. EDUARDO J. BADANO**, dijo: Que adhiero a los fundamentos precedentemente expuestos, por el señor Vocal que votara en primer término, por lo que emito mi voto en igual sentido. Así voto.

A la **segunda cuestión**, el **Dr. EDUARDO FELIPE CIA**, dijo: En atención a que, el magistrado de grado, al imponer la pena, elevó en dos meses el *quantum* definitivo sobre el mínimo correspondiente a la escala concursal (esto es, en nuestro caso, según lo fundamentado *supra*: **cuatro años**) y con la finalidad de guardar la proporción establecida por el *a quo*, habré de propiciar, en definitiva, se le imponga a Montecino la pena de cuatro años y dos meses de prisión de efectivo cumplimiento. Tal es mi voto.

El **Dr. JORGE O. SOMMARIVA**, dijo: Comparto la conclusión sustentada por el Vocal preopinante, atento los fundamentos dados a la primera cuestión. Mi voto.

El **Dr. RICARDO TOMÁS KOHON**, dijo: Por compartir la solución dada a esta segunda cuestión, por el Dr. Eduardo Felipe Cia, voto en igual sentido.

El **Dr. ROBERTO O. FERNÁNDEZ**, dijo: Atento los fundamentos propiciados a la primera cuestión planteada, comparto la solución dada por el señor Vocal de primer voto a esta segunda cuestión.

El **Dr. EDUARDO J. BADANO**, dijo: Atento la solución dada a la primera cuestión, me expido en idéntico sentido a la conclusión a que arriba el señor Vocal preopinante en primer término, a esta segunda cuestión.

A la **tercera cuestión**, el **Dr. EDUARDO FELIPE CIA**, dijo: Sin costas en la instancia (arts. 491 y 492, *a contrario sensu*, CPP y C). Tal es mi voto.

El **Dr. JORGE O. SOMMARIVA**, dijo: Adhiero a lo propuesto por el Dr. Eduardo Felipe Cia. Así voto.

El **Dr. RICARDO TOMÁS KOHON**, dijo: Comparto lo manifestado por el señor Vocal de primer voto a esta tercera cuestión. Mi voto.

El **Dr. ROBERTO O. FERNÁNDEZ**, dijo: Corresponde eximir de costas como lo expresa el Dr. Eduardo Felipe Cia. Así voto.

El **Dr. EDUARDO J. BADANO**, dijo: Debe eximirse de costas al recurrente de conformidad con los arts. 491 y 492, *a contrario sensu*, del CPP y C. Mi voto.

De lo que surge del presente Acuerdo, **SE RESUELVE: I. HACER LUGAR al recurso de revisión** deducido por el señor Defensor ante el Cuerpo, Dr. Alejandro T. Gavernet, a favor del condenado YAMIL MONTECINO. **II. CONDENAR en definitiva a Yamil Montecino a la pena de cuatro años y dos meses de prisión de efectivo cumplimiento**, en orden a los delitos de **daño agravado reiterado (dos hechos) en concurso real, homicidio en grado de tentativa, robo, y robo con arma de fuego** cuya aptitud

para el disparo no pudo acreditarse (art. 166, inc. 2, tercer párrafo, CP); todo en concurso real (art. 55, CP). **III. Sin costas** (arts. 491 y 492, *a contrario sensu*, CPP y C). **IV. Regístrese**, notifíquese, agréguese copia a los autos principales, y fecho, archívese el presente.

Con lo que finalizó el acto, firmando los señores Magistrados, previa lectura y ratificación, por ante el Actuario, que certifica.

Presidente: Dr. EDUARDO J. BADANO.

Vocales: Dr. JORGE O. SOMMARIVA, Dr. ROBERTO O. FERNÁNDEZ, Dr. EDUARDO FELIPE CIA, Dr. RICARDO TOMÁS KOHON.

Secretario: Dr. JOSÉ DANIEL CESANO.

