



El dictado de la sentencia en el nuevo Sistema de Enjuiciamiento Penal: ¿nuevos o viejos paradigmas?

DRA. GEORGINA ELENA DEPETRIS | Jueza de la Cámara de Apelación en lo Penal, Sala III, Rosario.

Introducción

Se avecinan épocas de cambio en la justicia penal de la Provincia de Santa Fe, y algunas cuestiones sobre las que durante mucho tiempo hemos estado trabajando, en pos de un proceso acusatorio, respetuoso de las garantías constitucionales, adquieren hoy especial relevancia práctica.¹

En ese marco, y teniendo presente que nos hallamos ante un nuevo paradigma, un proceso adversarial ajeno a nuestra larga cultura jurídica y política, aun cuando desde la Constitución es impuesto desde 1853, hemos de trabajar como se toman en ese caso las decisiones judiciales, siendo el mayor exponente de ellas la sentencia, pero con el denominador común de que los jueces sólo pueden resolver acerca de los pedidos de las partes².

Y esto, que parece tan sencillo, y que se corresponde con el famoso triángulo chiovendano que sitúa a las partes en un plano de igualdad y el juez en el vértice, equidistante de ambas, aquello que los atenienses practicaron y per-

feccionaron dentro de su sistema democrático, y que hoy pareciera tan obvio como el que dos mas dos son cuatro, requirió casi dos siglos a la Argentina internalizarlo.

Paradójicamente, nuestros juristas fueron precursores en pregonar la necesidad de un juicio penal acusatorio en el país, pero la Provincia de Santa Fe, ha resultado ser el último de los dinosaurios de la Argentina, manteniendo aún hoy, en la más estricta soledad, un proceso inquisitivo, y además escrito.

Tanto es así, que hemos sido visitados por delegaciones extranjeras a los fines de analizar tan rara pieza de museo⁴, circunstancia que podría causar gracia, si no fuera que dicho sistema significa un elevado coste en privación de derechos y vulneración de garantías.

El problema de la verdad

Ello no es fruto de la casualidad, si no producto de una larga historia que lleva incitas connotaciones ideológicas y políticas, de

poder en definitiva, tan antiguos como la humanidad, y la concepción del hombre y su dignidad. La puja constante entre poder y subordinado.

El derecho penal y su relación con el proceso son el máximo exponente de ello.

Ya lo decía Foucault, en diálogo con Giles Deleuze sobre el poder:... «*me sorprendió ver como estaba interesada por el problema de las prisiones tanta gente que no estaba predestinada a entender este discurso de los detenidos y finalmente lo entendían. ¿Como explicarlo? No ocurrirá que, de un modo general, el sistema penal es la forma en que el poder, en tanto que poder se muestra del modo mas manifiesto?*»⁵

Y el poder se erige sobre el control que quien lo detenta puede tener sobre sus súbditos, y al respecto adquiere relevancia el tema de la verdad, y sobre ella ha girado siempre la discusión respecto a los fines del proceso penal, a diferencia del proceso civil.

El dictado de la sentencia en el nuevo Sistema de Enjuiciamiento Penal: ¿nuevos o viejos paradigmas?

Pareciera que en este último, justicia y verdad no son necesariamente sinónimos o van de la mano, aceptándose unánimemente decisiones que muchas veces se basan en ficciones, por ej: el que no contesta la demanda acepta los hechos afirmados en la misma, cuando la realidad indica que no necesariamente es así, la única verdad en ese caso es que la demanda no ha sido contestada. Son las formas consensuadas en una sociedad a los fines de resolver un conflicto pacíficamente, pero no mucho tienen que ver con la verdad.

De hecho se la llama «*verdad formal*», como si un valor pudiera ser adjetivado. O se es verdadero o no lo es⁶. Ahora bien, si lo podemos conocer o no es otro problema, ajeno ya a este trabajo, y propio del ámbito de filosofía y la teoría del conocimiento.

Para el proceso penal, concebido como un instrumento de poder, *-advértase que se enuncian sus fines como averiguar la verdad real y aplicar la ley sustantiva-*, el tema de la verdad adquiere relevancia, de tal modo, que pareciera que los jueces hemos sido investidos de algún don, que permita infaliblemente conocerla.

Así se nos ha asignado la noble misión de investigar, que nada tiene que ver con juzgar, evidentemente no confiando el legislador

en la capacidad de los Fiscales para realizar correctamente su tarea *-no sabemos que materia de la carrera de abogacía los privó del don-*, posicionando a los jueces como garantes de la verdad, en una sobre dimensión de la persona en función de su título, por fuera de todo criterio de racionalidad.

Recordemos en ese sentido los principios procesales que enseñaba Vélez Mariconde⁷:

En primer lugar, el de «**Oficialidad**», comprensivo de lo que denominó subprincipios de Estatalidad, legalidad e Indisponibilidad en el ejercicio de la acción; y hasta acá podríamos decir que íbamos más o menos bien, en tanto ello no es incompatible con el proceso según Constitución, aunque hoy prevalezcan otras reglas que se consideran más eficientes, eficaces y garantizadoras de los derechos de todos los involucrados en el conflicto.

En segundo lugar, menciona el de «**Verdad Real**», caracterizado por la identidad física del juzgador, *Inmediación, Oralidad, Continuidad, Publicidad* (hasta aquí también vamos bien), pero agrega el subprincipio de *Impulsión e Investigación judicial autónoma*.

Es en este último donde se patentiza la utilización del proceso como un instrumento al servicio del Estado para el logro de sus obje-

tivos, un medio de control social que se aparta del postulado constitucional de garantía para el ciudadano. Se justifican las medidas para mejor proveer, si el Magistrado considera que las partes no hicieron bien

su labor. Esto da por tierra con la igualdad de las partes, el Juez rompe su imparcialidad en pos de la búsqueda de la tan ponderada «verdad real», en este caso.⁸

Corresponde detenerse en este llamado Sub principio por Vélez, porque dicha connotación ideológica no ha podido ser desterrada siquiera con la implementación progresiva de la ley 12734, ya que el texto ordenado por la ley 12912 ha mantenido los arts. 393 y 400 de la ley 6740, aunque tiene sentencia de muerte cuando comience a regir definitivamente.

Y como crónica de una muerte anunciada, ya la Corte Suprema de nuestra Provincia, ha establecido en «Godoy», que las medidas para mejor proveer afectan la imparcialidad del Juzgador y por ende, la Garantía del debido Proceso y Defensa en Juicio, al decir que: «...*al haber habilitado la actuación del sentenciante la incorporación de una circunstancia calificante que no formaba parte de a litis – según el debate de las partes durante el juicio- ha desequilibrado la igualdad que debe existir en el*

Por los Fueros

El dictado de la sentencia en el nuevo Sistema de Enjuiciamiento Penal: ¿nuevos o viejos paradigmas?

proceso penal entre la acusación y la defensa. Tal proceder ha determinado también un menoscabo a la imparcialidad del juzgador, garantía que forma parte de los derechos implícitos (art. 33 C.N.), se deriva de las garantías de debido proceso y defensa en juicio (art.18 C,.N.), se halla consagrada expresamente en instrumentos internacionales con jerarquía constitucional (art.26 D.A.D.H, 14.1 P.I.D.C.P., 8.1 C.A.D.H 10 D.U.D.H.), y constituye «uno de los pilares en que se apoya nuestro sistema de enjuiciamiento, ya que es una manifestación directa del principio acusatorio y de las garantías de defensa en juicio y debido proceso, en su vinculación con las pautas de organización judicial del Estado» (Fallos 328:1491). Y ella exige, justamente, «la condición de «tercero» del juzgador, es decir, la de no ser parte, ni estar involucrado con los intereses de éstas, ni comprometido con sus posiciones, ni tener prejuicios a favor o en contra de ellos; y la actitud de mantener durante el proceso la misma distancia de la hipótesis acusatoria que de la hipótesis defensiva (indiferencia, neutralidad), hasta el acto mismo de la sentencia» con cita de Cafferata Nores.⁹

Y por último, aun cuando su formulación se advierta impecable, el tercer principio que

enuncia, **«Inviolabilidad de la defensa»**, consistente en *contradicción, intimación originaria y congruencia entre acusación y fallo*, pierde operatividad frente a la actividad oficiosa del juez en la tan mentada búsqueda de la verdad.

Lo cierto es, que la aceptación de lo considerado verdadero en la historia, ha sido dada por las más variadas costumbres; desde los juegos de la prueba, las manifestaciones de las divinidades, las ordalías, la oratoria y la retórica, lo que dicen los jueces, etc.

Los resultados tan disímiles de dicha búsqueda permiten en definitiva concluir que la verdad es un problema individual, y en un proceso adversarial, la sentencia dará una respuesta a un conflicto en base a parámetros preestablecidos de una contienda que las partes logren convencer con su estrategia sobre la credibilidad de su versión.¹⁰

Esa es la forma consensuada en nuestra sociedad a los fines de mantener la paz.

El proceso como garantía

Desde una concepción antropológica, sabemos que nuestra Constitución, además de Derechos a los ciudadanos, otorga Garantías para que los mismos puedan ser ejercidos ple-

namente, frente a posibles avances del poder. Y así, el art. 18 reza, que nadie puede ser penado sin un juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, y que el derecho de defensa en juicio es inviolable.

Teniendo presente, como refiere Ferrajoli, *«que el Derecho penal, aun cuando rodeado de límites y garantías, conserva siempre una intrínseca brutalidad que hace problemática e incierta su legitimidad moral y política»*, y que *«la pena, cualquiera sea la forma en que se la justifique y se la circunscriba, es en efecto, una segunda violencia que se añade al delito y que está programada y puesta en acto por una colectividad organizada contra un individuo»*¹¹, ese juicio previo, entendido como proceso, es una garantía para el ciudadano que frente a la pretensión punitiva del Estado, se opone el proceso ante los jueces naturales a través del cual se verificará la pertinencia de tal pretensión, y en tal caso se habilitará.

Es el juez quien sólo tiene la llave de la puerta para que eso suceda, y deberán convenirlo para ello.

Así, se advierte que el proceso es el lugar de los discursos, pasando el tema de la verdad a un ámbito secundario (no decimos que no sea importante a los fines de lo que se en-

El dictado de la sentencia en el nuevo Sistema de Enjuiciamiento Penal: ¿nuevos o viejos paradigmas?

tiende por tal para resolver los conflictos), en tanto lo que ocurre fácticamente es otra cosa, porque en definitiva, aquello que formará nuestra decisión, si le sacamos cualquier connotación moral y política, será el resultante del discurso de las pruebas.

De acuerdo a la violencia supra referida, el Derecho penal se ha convertido en el centro de la reflexión jurídica, en el cual a los fines que se efectivice su función de garantía, es necesario que predomine el conocimiento sobre la autoridad.

Es lo que Ferrajoli ha dado en llamar el **«cognoscitivismo»**, como rasgo constitutivo del garantismo penal, que no es más que la verificación de la acusación mediante un sistema empírico y cognoscitivo, por oposición a modelos penales **sustancialistas y decisionistas**.¹²

Para ello, debe tenerse presente, que a los fines de adquirir la información para tomar una decisión, respecto al delito y sus circunstancias lo mejor que tenemos es un conjunto de versiones acerca de lo que *«realmente ocurrió»* (el imputado tiene una versión, la víctima la suya, el policía el propio, y así cada uno de los testigos), y cada una ofrece un aspecto parcial desde su punto de vista, que las partes deberán revelar al Tribunal.

La prueba no habla por sí sola, si no que debe ser presentada por las partes al servicio de su relato, y la decisión solo podrá tomarse en función de la calidad de la información suministrada por los litigantes.

Lo cierto es que la verdad se encuentra en un pasado que lamentablemente nadie puede visitar.¹³

Así es que nos encontramos que el proceso es en definitiva, el lugar de los discursos de las partes, avalado en el discurso de las pruebas, a los fines de provocar el discurso del juez o tribunal, que, en definitiva, debe haber logrado un estándar de convicción – certeza-, acerca de la verosimilitud de la acusación fiscal para condenar e imponer una pena de acuerdo al art. 18 del CN.

Si no lo logra, porque el de la defensa logró convencer de la improcedencia de la pretensión punitiva, o no logró convencer el fiscal acerca de los extremos de su acusación, generándose dudas, el proceso ha cumplido su fin, presentándose como un obstáculo al ejercicio de un poder irracional.

Recordemos que todo ciudadano goza de un estado de inocencia, que solo puede ser destruido por una sentencia que lo declare culpable luego de un proceso en el cual se

haya debatido y probado, oído el acusado y en igualdad de condiciones.

Así es que sólo las pruebas, podrán dar sustento válidamente a nuestra resolución, es esa y ninguna otra connotación moral, psicológica, intuitiva o ideológica que pueda tener el juzgador al respecto.

La decisión

Enseña Carnelutti, en como se hace un proceso, que luego de la discusión entre las partes, el juez debe resolver las dudas y **«decidir»**.

Que decidir quiere decir, precisamente, **«cortar por el medio»**

Y que por difícil que sea encontrar el cuchillo que separe la razón de la sinrazón, el juez tiene que emplearlo. No puede sustraerse a ello.¹²

En nuestro derecho, el juez no puede negarse a fallar por dudas, si las mismas son sobre los hechos deberá absolver *–el non liquet–*, pero respecto al derecho tiene el deber de interpretarlo (no olvidemos en nuestra materia la prohibición de analogía *in malam partem*, la exigencia de lex cierta y estricta, la existencia de leyes penales abiertas y tipos en blanco).

Por los Fueros

El dictado de la sentencia en el nuevo Sistema de Enjuiciamiento Penal: ¿nuevos o viejos paradigmas?

Y esa decisión puede ser *positiva o negativa*, esto último por *errores procesales* (el caso de las irregularidades sujetas a invalidación en nuestra ley, la exclusión de la prueba obtenida ilegalmente, etc.), o por *fracaso de la prueba* (único medio por el cual puede conocer los hechos).

Esa decisión, teniendo presente la multivocidad de los vocablos, se traduce en un juicio, entendido como el pronunciamiento lógico de un razonamiento efectuado por el Juezador¹⁵ (la palabra juicio se utiliza tanto para denominar a un proceso como al pronunciamiento del juez en la sentencia o el veredicto de un jurado).

Y así, la actividad de Juzgar, siguiendo el análisis epistemológico del maestro Ferrajoli, deberá consistir en una actividad de:

• Reconocimiento de la ley

• **Conocimiento de los hechos juzgados:** de acuerdo a criterios de «*aceptación*» de verdad, o uso de término verdadero, por cuanto ya no se puede definir al juicio como el silogismo perfecto y al juez como «*boca de la ley*».

Esta actividad de reconocimiento y conocimiento exigen decisiones dotadas de márgenes de discrecionalidad.

La interpretación de la ley no es nunca solamente una actividad reconocitiva, si no que es fruto de una elección práctica respecto a hipótesis interpretativas alternativas.

Y la prueba también exige decisiones argumentadas, no es solamente una actividad solamente cognoscitiva, si no que siempre es la conclusión de un proceso inductivo, es la aceptación también de un acto práctico de hipótesis alternativas explicativas.

La decisión tiene connotaciones concretas que distingue a cada hecho de los demás (además de comprobar abstractamente los hechos denotados por la ley).

Es decir, los jueces no son simplemente «Boca de la Ley», seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes, si no que se abren espacios inevitables de discrecionalidad dispositiva.

Pero dicha discrecionalidad, en un sistema garantista, jamás puede trascender a las pruebas producidas y al derecho reconocido como aplicable, dentro de la máxima taxatividad fáctica y legal.

Así, y aclarada nuestra posición sobre el concepto de verdad, Ferrajoli elabora la concepción semántica de la verdad procesal como

«*correspondencia*», analizando el significado del predicado «*verdadero*», asociado a las proposiciones que motivan un pronunciamiento judicial, limitado a la «*verificabilidad*» y la «*verificación procesal*», que significa aceptar justamente este margen, concebido como «*la verdad probabilística de la conclusión*», de acuerdo a la clasificación o calificación de los hechos históricos comprobados conforme las categorías suministradas por el léxico jurídico y elaboradas mediante la interpretación del lenguaje legal. Fuera de esta verificabilidad jurídica y fáctica, es puro autoritarismo sustancialista (constitutivo).¹⁶

La decisión entonces, deberá ajustarse a la dogmática jurídico penal (ese conocimiento a la hora de resolver es imprescindible, a los fines de verificar que la teoría del caso de la parte acusadora se ajuste a las mismas) y exclusivamente a los hechos controvertidos, por lo que en el juicio oral la preparación y conocimiento de las partes es fundamental, ya que el mismo no es indulgente con ellas, las falencias se patentizan, y las responsabilidades también.

Y no solo el conocimiento del derecho, si no la capacidad estratégica para transferir la información deseada, logrando extraer la mayor calidad de la información con que cuenta un testigo (o surge de otra prueba) y también de

El dictado de la sentencia en el nuevo Sistema de Enjuiciamiento Penal: ¿nuevos o viejos paradigmas?

lograr la concentración y atención del tribunal. No olvidemos que tratándose ahora de un proceso netamente adversarial, donde las partes contienden en pie de igualdad ante terceros imparciales, éstos ningún compromiso ni conocimiento tienen de la causa, y por tanto sólo podrán tomar la decisión en base a:

1- La información de calidad provista por las partes (no sólo en sus alegatos sino en la que sean capaces de extraer del examen de las pruebas).

2- Las posibilidades de atención y percepción de los jueces (al escuchar a los testigos, al escuchar los alegatos de las partes, de poder relacionar la prueba producida con la teoría del caso expuesta en los alegatos de apertura), no olvidemos que el juicio oral es vertiginoso, y las decisiones deben tomarse con inmediatez, aún cuando haya registros fílmicos y días para deliberar ininterrumpidos para el dictado de la sentencia, no así para la resolución de incidencias y objeciones que se presente en la audiencia.

3- Evaluación de la credibilidad de los testigos, de sus fortalezas y debilidades.

Y además, que la prueba haya sido obtenida legalmente, no olvidemos que si se comprueba la siguiente ecuación: **prueba + ilegalidad - fuente alternativa o clearing de valores**¹⁷, debe ser excluida, en cualquier estado y grado del proceso.

Excursus: Esta valoración es propia de la actividad a realizarse en la etapa intermedia o crítica instructoria, se pretende que la audiencia preliminar sea un filtro para que la causa se eleve a juicio oral limitado al debate de los aspectos sustanciales del conflicto, pero ello no impide y la ley permite que también se plantee en el juicio, por tratarse de cuestiones que comprometen seriamente la actividad del Estado y las Garantías Constitucionales (arts.297, 303 inc.9, y 248 de la ley 12.734).

La motivación de la decisión

Todos sabemos que son tres los sistemas de valoración de la prueba conocidos:

1- la prueba tasada o legal: donde la ley establece los requisitos para que el juez se de por convencido, aunque siempre hay un ámbito de discrecionalidad, por cuanto el juez puede y debe valorar el requisito que la ley le impone, ej: buena fama.

2- La íntima convicción: la ley no establece ningún valor a las pruebas, propio del Jurado, en el cual solamente autoriza el eje

de la discusión o el dictado de la sentencia.

3- La sana crítica racional o libre convicción: en la cual se exige una conclusión racional (en caso contrario se aplica la doctrina de la arbitrariedad) y un juicio crítico, basado en las reglas de la lógica, la experiencia y la psicología.

Esta última es la que rige en los códigos procesales modernos, en el nuestro incluido, para la satisfacción constitucional de la motivación de las resoluciones y el control de partes, y el derecho a recurrir.¹⁸

No olvidemos como se dijo anteriormente, el sistema adversarial significa un proceso de conocimiento que presenta recortes a la facultad de conocer, cada parte elige la prueba que le conviene de acuerdo a su teoría del caso, y que se encuentra vedado al juzgador toda posibilidad de intervenir en la producción de la misma.

Por lo que el sentenciante deberá explicar los motivos de su decisión con los medios a su alcance, que permita considerarla una derivación razonada no sólo del derecho vigente, sino también de las pruebas producidas.

La Corte IDH en «Apitz» estableció que «la argumentación de un fallo debe mos-

Por los Fueros

El dictado de la sentencia en el nuevo Sistema de Enjuiciamiento Penal: ¿nuevos o viejos paradigmas?

trar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de las pruebas ha sido analizado» y «el deber de motivación es una de las «debidas garantías» incluidas en el art.8.1, para salvaguardar el debido proceso».¹⁹

Y esa motivación es exigible para todos los extremos de la sentencia, no solo en relación a la existencia del hecho, y la responsabilidad penal, sino también en orden a la imposición de la pena, y la modalidad de cumplimiento. La Corte de la Provincia de Santa Fe ha resuelto últimamente en reiteradas oportunidades la invalidez de la sentencia que impone una pena sin fundamentar las pautas establecidas en los arts. 40 y 41 del CP, a partir del caso «Mordini»,²⁰ y cuando se omite la fundamentación del monto de la pena o se hace sólo en términos generales²¹, y la Corte Suprema de Justicia de la Nación, lo ha hecho últimamente además, ante la falta de fundamentación del modo de cumplimiento de la condena, efectiva o condicional.

Obviamente, esta exigencia de motivación responde a la necesidad de excluir la arbitrariedad, y garantizar el adecuado control de las partes sobre la decisión, otorgando los fundamentos para que la garantía del

«doble conforme» y de la «tutela judicial efectiva», resulten operativas²³.

No olvidemos que la Corte IDH en «Herrera Ulloa» y posteriormente la Convención en «Godoy» entendieron que el recurso importa un examen comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas en el Tribunal inferior²⁴.

Y en consonancia con ello, nuestra CSJN, en «Casal»²⁵, ratificándolo en «Carre-ra»²⁶ fijó la aplicación de la teoría del «máximo rendimiento», consistente en revisar todo lo que se pueda, siendo el único límite para ello el resultado de la «inmediación», en cuanto a la impresión personal obtenida en el juicio oral, y aclarando que en cuanto a la que los testigos pueden causar, hay obligación de dar cuenta mediante criterios que Casación puede revisar.

El problema del juicio por jurados y la garantía de la motivación de las decisiones

Cuando nos hacemos la pregunta acerca de quien juzga en un proceso penal, encontramos que hay más de una respuesta.

Si bien lo común y normalmente aceptado – por lo menos en nuestro país- es que la Jurisdicción la ejercen Jueces o Tribunales técnicos, no es esa la única alternativa que prevé nuestra Constitución, y que podemos ver en todas sus variantes en el Derecho Comparado.

Así es que existen dos modelos de impartir justicia, uno oficialista, donde la misma es impartida por funcionarios oficiales, y otro donde se establece en poder de los ciudadanos.

De todas maneras, estos dos sistemas no son incompatibles, no sólo se pueden verificar sistemas mixtos, sino que necesariamente el carácter de técnicos y legos debe concurrir para el adecuado ejercicio de la actividad jurisdiccional.²⁷

En relación al sistema de enjuiciamiento popular, podemos decir que la institución del jurado, de modo genérico, se caracteriza como un conjunto de individuos no pertenecientes de modo permanente al poder oficial, designados y reunidos para decidir sobre un caso judicial. El número de sus integrantes es variable, y también su composición, siendo posible mencionar, cuerpos formados exclusivamente por legos, y otros de índole mixta

El dictado de la sentencia en el nuevo Sistema de Enjuiciamiento Penal: ¿nuevos o viejos paradigmas?

(ciudadanos sin profesión legal que actúan de modo conjunto con letrados).

Al tratarse de ciudadanos que concurren circunstancialmente para decidir sobre un caso singular, su decisión se traduce en un veredicto, es decir un pronunciamiento que admite o rechaza la acusación, sin que se expongan las razones que llevaron a tomar esa posición, la que resulta vinculante para el ejercicio del poder.

La ley 12.734, prevé la posibilidad de la incorporación del juicio por jurados, en consonancia con la Constitución Nacional²⁸.

El problema se presenta, y entendemos que no ha sido aún resuelto, por cuanto el juicio por jurados aparece como un mandato constitucional en nuestro país, es propio de la naturaleza y la composición del jurado que su veredicto sea inmotivado, y por otra parte la misma Constitución y los tratados internacionales como refiriera supra, exigen la motivación de la sentencia y la posibilidad recursiva.

Al respecto, puede verse el trabajo de Gustavo Herbel, quien sostiene que el veredicto inmotivado obstaculiza al imputado revisar una condena que se deja librada al debate interno y secreto de un

jurado al que no se exigen razones, ni se impone control externo, y si por hipótesis se afirmara que la mejor apreciación a la verdad se alcanza sumando la apreciación subjetiva de un conjunto importante de personas que ofrezcan diversas miradas sobre un mismo objeto, como de hecho hace el modelo de jurado clásico, lo cierto es que, pese a su calificado control horizontal (popular), el sistema no satisface nuestro debido proceso. Concluye en consecuencia, y citando a la CSJN en el fallo Casal, considerando 15, que posiblemente haya que redefinir el concepto de jurado que tuvieron los Constituyentes, de acuerdo a modelos actuales diferentes de participación popular.²⁹

El debate es sumamente actual, en tanto la Provincia de Buenos Aires cuenta con un proyecto de ley de jurado netamente popular, que modifica el art. 106 el Código Procesal Penal, estableciendo que las sentencias y los autos deberán ser motivados, bajo sanción de nulidad, pero que esta regla no regirá respecto del veredicto en el juicio por jurados, no requiriéndose para el mismo el desarrollo escrito de la valoración de a prueba, dando cuenta de las razones que llevan a la convicción (art 210); pero a su vez, el art. 20, establece que el Tribunal de

Casación entenderá en la acción de Revisión de sentencias de juicio oral, juicio abreviado y directísimo en materia criminal, y en el veredicto de culpabilidad y sentencia dictados en el procedimiento de juicio por jurados.

Sin dudas aparece el interrogante respecto a cual será la base para el trámite de la vía recursiva, lo revisable por Casación.

Córdoba ha resuelto el tema, por cuanto el sistema que rige por ley 9182 y 9183 desde el año 2005, no es un jurado popular puro, si no uno mixto o escabinado, integrado por tres jueces y ocho jurados mas los suplentes, y en este caso sí requiere fundamentación del veredicto.

Por supuesto, también tiene sus bemoles, si se tiene en cuenta que los jurados y los dos jueces integrantes del Tribunal, con excepción del Presidente, resuelven únicamente sobre la cuestiones relativas a la existencia del hecho delictivo, con discriminación de las circunstancias jurídicamente relevantes, la participación del imputado y sobre la culpabilidad o inocencia del mismo, pero si mediara discrepancia entre los dos jueces y los jurados, y éstos formaran mayoría, la fundamentación lógica y legal de la de-

Por los Fueros

El dictado de la sentencia en el nuevo Sistema de Enjuiciamiento Penal: ¿nuevos o viejos paradigmas?

cisión mayoritaria correrá por cuenta del Presidente de la Cámara, excepto que uno de los dos jueces haya concurrido a formar la mayoría, en cuyo caso la fundamentación será elaborada por éste. En igual sentido, el Presidente de la Cámara deberá motivar la decisión minoritaria de los jurados cuando ninguno de los dos jueces hubiera votado en el mismo sentido que aquellos.

En este caso, difícil es la posición de dicho Magistrado, que debe dar fundamento a una decisión inmotivada de terceros, ajena tal vez a su propio convencimiento.

De todas maneras, Córdoba exhibe con orgullo la resolución de los casos «Bacchetti»³⁰, donde los jurados declararon la inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua, aún cuando la cuestión relativa a la pena aplicable no es de su incumbencia; y «Ortega»³¹, en el cual consideraron que se encontraban ante un caso de «tentativa desistida» en un homicidio, en contra de la opinión de los dos jueces letrados.

Habrá que ser muy cuidadosos en la regulación de la institución cuando se la pretenda incorporar al sistema procesal penal de nuestra Provincia, de manera

de asegurar el mandato constitucional en ambos sentidos, teniendo presente que el jurado popular es también una garantía para el ciudadano, que sean sus pares quienes habiliten o no el ejercicio del poder penal del Estado.

Límites a la decisión

Por último, retomando la cuestión de la decisión judicial, estimamos importante destacar los límites y recortes a la actividad de los jueces – cualquiera sean los que integren el tribunal- en relación al fallo.

En primer lugar no debemos olvidar que entrará a regir un proceso penal netamente «adversarial», donde la decisión debe tomarse exclusivamente en relación **al discurso de las partes y los hechos controvertidos**, verificando que la teoría del caso responda a la dogmática jurídica penal, en todos sus aspectos.

El Juez para ello, es independiente y soberano, no olvidemos que nuestro ordenamiento ha optado por el sistema de control de constitucionalidad difuso, sin perjuicio de la vinculatoriedad de los fallos de la Corte como último interprete de la Constitución; y ello se mantiene, aún en el caso de «reenvío», ante la re-

vocación por la Alzada de una sentencia absolutoria. En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe, en el caso «Chiazza», no ha dejado ninguna duda.³²

Sin perjuicio de ello, nos encontramos muchas veces con que se presentan cuestiones no debatidas, por errores o omisiones de las partes, pero respecto a las cuales podría existir un imperativo legal de expedirse, de acuerdo a los términos de la acusación, por ejemplo, si la ley prevé para el caso la declaración de reincidencia, la unificación de penas y condenas, la posibilidad de condena de ejecución condicional y reglas de conducta a imponerse, etc.

Entendemos que aun cuando el Juzgador no debe suplir la actividad de las partes, no habría obstáculos para que, al detectar la situación, inste a su solución, en función de su carácter de director del debate y el deber de saneamiento de causales de irregularidad, siempre que ello sea posible, y sin interferir en la relación de equilibrio parcial, o en las cuestiones que hacen exclusivamente a la estrategia elegida.

Si la parte acusadora por ejemplo, requiere una condena de ejecución condicional, no hay obstáculos a que el juez le

El dictado de la sentencia en el nuevo Sistema de Enjuiciamiento Penal: ¿nuevos o viejos paradigmas?

exija que dé sus fundamentos y exponga bajo que reglas de conducta pretende se impongan, para que ello pueda ser efectivamente contraargüido.

Si ello no ocurre, muchas veces nos encontramos ante serios problemas, por cuanto otro de los límites a la resolución, es el *monto de la pena solicitada por el Fiscal*, en tanto el art 335 de la ley 12734 establece que el Juez no podrá aplicar sanciones mas graves que las peticionadas por el mismo, advirtiéndose en este caso, que modifica el viejo art 402 II, del Código Procesal Penal según ley 12.912, que hace referencia a «pena superior o mas grave», lo que implica dos supuestos diferentes.

Recordemos que la CSJSF. en «Nogueira y Merayo» se expidió en orden a la constitucionalidad de esta normativa, y la inconstitucionalidad de la multirreincidencia pero no resolvió la cuestión, por no ser materia de agravios, sobre como debe decidir el Juez ante la omisión del Ministerio Fiscal de solicitar lo que corresponde de acuerdo a las disposiciones legales para el caso, y sin dar cuenta tampoco de la existencia de razones jurídicas por las que estimara no correspondería hacerlo²⁵.

El dilema que se le puede presentar al juez en ese caso es tener que apartarse de las disposiciones del Código Penal, o si no lo hace, afrontar una posible nulidad de la decisión si ello no fue objeto de debate.

Otro de los límites al poder de decisión esta dado por **la congruencia entre los términos de la acusación y el fallo**, entendiéndose como tal la misma base fáctica entre acusación y decisión, de manera que los términos de este último jamás puede irrogar una sorpresa para el acusado, sobre cuestiones de las que nunca puede defenderse.

Ello varía sin dudas entre una acusación de un delito a título de dolo, o de culpa, de acción u omisión.

Si bien no es pacífica la doctrina en relación a estos últimos supuestos, pueden verse al respecto los interesantísimos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en «Fariña Duarte»³⁴ y Antognazza³⁵, como así también de la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe, en Aliendo³⁶, Valiente³⁷, Paez Marta³⁸, Alf³⁹, criterios estos últimos que se han ido renovando en casos de homicidio y homicidio en riña, imputación del deber de cuidado en los delitos culposos, relación con el principio «iura novit curia», etc.

Por último, a los fines que el Tribunal pueda «decidir», es necesaria la **subsistencia de la acusación al momento del dictado de la sentencia**, ya que si la conclusión del Ministerio Fiscal, es absoluta, el juez deberá resolver en consecuencia, concordando con la última jurisprudencia de la C.S.J.N en autos «Mostaccio»⁴¹, en el que se vuelve al criterio sustentado en autos «Tarifeño» en cuanto a que «*En materia Criminal la garantía consagrada por el art. 18 de la C.N. exige que el juicio sobre la culpabilidad del imputado tenga como paso previo la observación de las formas sustanciales relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por sus jueces naturales. Dichas formas no son respetadas sin que medie acusación*»⁴²

Lo cierto es que de acuerdo Fiscal y Defensor, desaparece el conflicto traído a juzgamiento, y aún cuando la ley 12734 no lo establece específicamente, como debió hacerlo en el art. 397 in fine del Código Procesal Penal -t.o. ley 12.162, no mediando una concreta acusación integrativa de la efectuada en la acusación inicial, se encuentra vedado a los Magistrados efectuar su propia valoración ante la ausencia de un agravio real y concreto de alguna de las partes en el proceso, de

Por los Fueros

El dictado de la sentencia en el nuevo Sistema de Enjuiciamiento Penal: ¿nuevos o viejos paradigmas?

acuerdo a la sustancial separación entre acción y jurisdicción que informa el sistema de persecución penal acusatorio y que fuera claramente receptado por la normativa en vigencia.

Conclusión

Este trabajo dista mucho de agotar todas las cuestiones que se pueden presentar relacionadas al dictado de la sentencia luego del debate.

Aquello que parecía un tema árido para tratar en ocasión que me convocaran del Ministerio de Justicia a los fines de dar una clase sobre la sentencia en el nuevo sistema de enjuiciamiento penal⁴³, resultó que presentaba numerosas cuestiones interesantes y muchos interrogantes que intentan plantearse en este trabajo que aún no han sido resueltos, como se anticipara en relación al Jurado y la motivación de las sentencias, arduas discusiones respecto al alcance del principio de congruencia, y otros, que por razones lógicas de extensión del presente no han podido ser abarcadas como la posibilidad de la declaración de inconstitucionalidad de oficio por parte de los jueces⁴⁴, la necesidad de la cesura a los fines de debatir en primer lugar la existencia del

hecho, autoría y responsabilidad penal por una parte, y luego la imposición de la pena, o como tiene Chile, el juicio de responsabilidad penal, luego del de autoría (justamente, para evitar que se tenga que fallar sobre cuestiones que no hubieran sido debatidas), cuales son las decisiones que se pueden tomar en el juicio abreviado, la sentencia de segunda instancia, y obviamente, la conflictiva situación del «reenvío» con los postulados del juicio oral, etc.

Cada uno de ellos amerita un tratamiento específico, que excede con creces el objeto de este artículo, que pretende destacar la reivindicación de los paradigmas del sistema acusatorio en la ley 12734, antiguos por cierto, en tanto fueron plasmados por Alberdi en el 53, pero que tanto tiempo ha costado incorporar no solo en nuestra legislación, si no en nuestra cultura jurídica ■

El dictado de la sentencia en el nuevo Sistema de Enjuiciamiento Penal: ¿nuevos o viejos paradigmas?

¹ Ley 12734, cuya entrada en vigencia se espera para para el segundo semestre de este año, luego de reiteradas prórrogas.

² En tal sentido, confrontar también le 13018 Arts.1,5,y 7

³ No puede dejar de mencionarse en nuestra Provincia la labor de SUPERTI, HÉCTOR, CORVALÁN VÍCTOR, VÁZQUEZ ROSSI, RAMÓN TEODORO RÍOS, JULIO DE OLAZÁBAL, sin perjuicio de muchos otros distinguidos profesores.

⁴ Recordemos las visitas de las delegaciones de Cortes Supremas de distintas provincias de la República Popular China

⁵ Michel Foucault, «Un dialogo sobre el poder», Ed Alianza- Materiales, PÁG.11.

⁶ SUPERTI HECTOR C., «Derecho Procesal Penal, temas conflictivos», Ed. Juris, PÁGS.48, sigs,

⁷ A.VELEZ MARICONDE, «Derecho Procesal Penal, TII, Cap. V, pags.173 y sigs. Ed. Marcos Lerner

⁸ Se puede ver al respecto SUPERTI HÉCTOR C. ob. Cit.Cap II, c) ¿El proceso penal es una garantía o un instrumento de represión?, Pàg.31/33.

⁹ CSJSF, REG.:A I S, T 233, p. 333-337, «G.,A.O. u O.A.- Tentativa de Robo Calificado. Recurso de Inconstitucionalidad» 01-10-2009 (EXPTE.CSJ.NA63 año 2009).

¹⁰ Al respecto puede verse VÍCTOR CORVALÁN, «Derecho Procesal Penal, Análisis crítico del Procedimiento Penal, Ed. Nova Tesis, PÁGS. 420 y sigs

¹¹ FERRAJOLI, LUIGI, «Derecho y Razón» Teoría del Garantismo Penal», Ed. Trotta, Introducción, PÁG.21).

¹² FERRAJOLI, ob.cit., PÁGS.34/45

¹³ BAYTELMAN A, MAURICIO DUCE J., « Litigación Pe-

nal, Juicio Oral y Prueba «, Colección Derecho, Cap. II, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile

¹⁴ CARNELUTTI, FRANCESCO, «Como se hace un Proceso», colección Clásicos Jurídicos, Director ADOLFO ALVARADO BELLOSO, Ed. Juris, PÁGS..119

¹⁵ MAIER, JULIO; «Derecho Procesal Penal Argentino, T.1b Fundamentos, Ed. Hammurabi PÁG.240 y sigs

¹⁶ FERRAJOLI, ob. Cit, PÁGS.36/39, cap.1, «Cognoscitivism Decisionismo»,PÁGS. 108/109, y « el poder punitivo entre verificación y valoración», PÁGS.117 y sigs

¹⁷ Debe recordarse aquí los criterios de la CSJN en «Charles Hnos.»(fallos, CSJN 46:36), «Montenegro» (fallos, CSJN,303:1938), «Fiorentino»(LL, 1985-A-46:36), «Rayford» (Fallos CSJN,308:733), «Ruiz Roque» (Fallos CSJN, 310:1847, LL, 1988-B-444), la construcción rosarina en «Petrocco» 24-4-87 y «Ortiz», 25-8-89, CAPenal Rosario, Sala 2.

¹⁸ Constitución Provincial. ART.95; art. 140., CPP s/ Ley 12734

¹⁹ CORTE IDH, «Apitz vs. Venezuela, 5-08-2008, párr.78

²⁰ CSJSF: «Mordini, Mario Alfredo, Portación ilegal de arma de guerra, Reg.AyS T.245, P 251-274, 27-08-2012

²¹ CSJSF: J.A.L. Y N.R s/ Homicidio agravado por empleo de arma de fuego en grado de tentativa y portación ilegal de arma de fuego de uso civil en concurso real, etc.; Reg.AyS, T.210., P.295-300, 16-10-2012

²² GARCÍA, JOSÉ MARTÍN s/ causa Na97.999, CSJN, 04-05-2010, ARÁOZ HECTOR JOSÉ s/ causa Na10.410, CSJN, 17-05-2011

²³ PSJCR. Art.8 y 25, PIDCY P, art. 14

²⁴ CORTE IDH « Herrera Ulloa v.Costa Rica», del 9/7/2004; Comisión IDH, Godoy Rubén Luis vs. Argentina, Informe N°175/10, caso 12.324, aprobado en sesión N°1853, del 02-11-2010

²⁵ CSJN, MATÍAS CASAL, fallos :328:3399, 20-10-2005

²⁶ CSJN, CARRERA FERNANDO ARIEL s/ causa 8398,

05-06-2012, La Ley, 26/06/2012.

²⁷ Dicha coexistencia se verifica en la Constitución Nacional en cuanto establece por un lado el Juicio por Jurados, y por otra parte el Poder Judicial de la Nación, arts.108 y 118, además del 24 y 75 inc.12.

²⁸ Ley 12734, art. 4: «En los casos que sea procedente la conformación del jurado se regirá por las normas que establezca una ley especial». Ley 12734, art.44: « cuando se autorice el juicio por jurados, una ley determinará la forma en que se integrarán en colegio los jurados, sus características, requisitos para la convocatoria y la fecha de entrada en vigencia de esta forma de juzgamiento» CN: art. 24: El congreso promoverá el establecimiento del juicio por jurados. Art.75 inc.12: el congreso dictará las leyes que requiera el establecimiento del juicio por jurados CN, art.118; todos los juicios criminales que no deriven del despacho de acusación concedido a la Cámara de Diputados se terminarán por jurados.

²⁹ HERBEL, GUSTAVO A, « La motivación de la condena y su revisión amplia como garantía del imputado (¿puede el juicio por jurados restringirlas?), en Derecho Penal y Procesal Penal Na4, Directores PEDRO J. BERTOLINO y PATRICIA ZIFFER, ABELEDO PERROT, Año 2013, PÀG.684

³⁰ caso «Bachetti», dictado por la Cámara Criminal de 11a nominación de la ciudad de Córdoba el 2 de noviembre de 2007.

³¹ Caso «Ortega», Cámara Criminal de 8a nominación de Córdoba el 29 de diciembre de 2011

³² CSJSF, Reg.:AY S T.244, P 66-84; « Ch., C.J.-Encubrimiento s/Recurso de Inconstitucionalidad», 10-04-2012 (Expte. CSJ, N°178 año 2010)

³³ CSJSF, Reg.A y S T.217 P299-304: « Noguera, Cristian Ricardo y Merayo, Daniel Jaciento – Lesiones Leves Dolosas y violacion de domicilio s/ Recurso de Inconstitucionalidad », 20-12-2006. (Expte. CSJ N°282, año 2006)

³⁴ CSJN, FARIÑA DUARTE, SANTIAGO y Otros s/Rec. de Casación, F.179. XXXVII, 6 de julio de 2004

³⁵ CSJN, ANTOGNAZZA, MARÍA ALEJANDRA s/p.s.a. abandono de persona calificado», 11-12-2007

³⁶ CSJSF, ALIENDRO, JOSÉ JULIO, Reg.AYS T.98, P.317-327, 29-12-1992

³⁷ CSJSF: VALIENTE, MARIO; Reg.AYS. T.122, P.140-148, 07-11-1995.

³⁸ CSJSF: PAEZ MARTA; Reg. A y S, T.220, P.-414-428, Expte. CSJ N°386, año 2006

³⁹ CSJSF: A.W.A.- Homicidio agravado, Reg.A y S, T.234, P.378-398, 15-12-2009

⁴⁰ CSJSF: O.R.I s/apremios ilegales, Reg.AYS, T.246, P.13-17; S., J.L y otro s/ Homicidio en Riña, Reg.AYS, T.247, P.123-127 y V.O.G, s/ Homicidio y Lesiones Culposas en concurso ideal, Reg. A y S, T.245, P.395-410

⁴¹ CSJN, MOSTACCIO, JULIO GABRIEL s/ Homicidio Culposo» del 17 de febrero de 2004

⁴² CSJN. TARIFEÑO, FRANCISCO, Fallos 325; 29-12-1989, La Ley, 1995-B, 32-D, 1995-1-703

⁴³ Clase impartida el 8 de febrero de 2013 en el «Curso de actualización para aspirantes a la Magistratura Penal» según decreto N°2623/09, art.17, organizado por el Ministerio de Justicia de la Provincia de Santa Fe

⁴⁴ Puede de verse al respecto, CORVALÁN, VÍCTOR, Ob. Cit, PÁG.271 y sigs, JAUCHEN, EDUARDO M, «Derechos del Imputado», Ed. Rubinzal Culzoni, PÁG.148, y el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Mill de Pereyra, Rita Aurora y Otros/

Estado de la Provincia de Corrientes s/demanda contenciosa Administrativa, Recurso de Hecho, 27 de Septiembre de 2001