

“Política criminal y seguridad ciudadana: ensayo crítico sobre el caso argentino”

Por Santiago Quian Zavalía

(Revista “El Derecho Penal” de “El Derecho”, de septiembre de 2004)

a. Introducción. b. El Derecho Penal y la seguridad ciudadana. i. La política criminal y los canales formadores del consenso en materia de legislación penal. ii. La hipertrofia del sistema penal. 1. *Delitos de bagatela*. 2. *Delitos de mera infracción normativa*. 3. *El rol del derecho administrativo sancionatorio*. 4. *Las sanciones alternativas a la pena*. 5. *Relación entre la entidad –cualitativa y cuantitativa- de la respuesta punitiva y los niveles de inseguridad ciudadana*. iii. Incongruencia intrasistémica de las últimas reformas. 1. *Falta de adecuación de institutos de la parte general a nuevas realidades*. 2. *Deficiente previsión legislativa de los tipos penales*. 3. *Desproporción de las respuestas punitivas en ponderación de los bienes jurídicos tutelados*. iv. Incongruencia extrasistémica. **c. Sistemas procesales y la seguridad ciudadana.** i. Aclaración preliminar. ii. **Sobre el Juicio por jurados.** 1. *Acerca de su procedencia normativa.* a) *El mandato profesional, ¿se refiere a jurados populares, profesionales, o mixtos?* b) *Jurados populares y la exigencia de “sentencia fundada” (arts. 17 y 18 de la C.N.)*. c) *Jurados populares y la garantía de la doble instancia judicial.* d) *Jurados populares y sistema representativo.* e) *Conclusión.* 2. *Acerca de su conveniencia.* a) *La experiencia comparada. El “plea bargaining” y el debido proceso.* b) *Las deficiencias de formación educacional y la necesaria participación ciudadana.* c) *Los inconvenientes de implementación.* iii. **Sobre la unificación de los Códigos de Procedimiento de las distintas Provincias.** 1. *Su consideración frente a las facultades no delegadas al Congreso Federal por las provincias (arts. 75 inc. 12 y 121 de la C.N.)*. 2. *Selección del modelo: inquisitivo, acusatorio, mixto.* 3. *Rol del Ministerio Público.* **d. Conclusiones. e. Bibliografía consultada.**

a. Introducción

La última década en la argentina se ha caracterizado, entre otras cosas, por una profusa actividad legislativa en materia penal y procesal penal. En la primera, se han sucedido una larga serie de reformas al Código Penal y leyes complementarias, en su mayoría motivadas por hechos de trascendencia que conmovieran a la opinión pública y que por consiguiente generaran críticas al estado, al que se lo responsabiliza de una situación de inseguridad urbana.

Tales reformas en líneas generales se han circunscripto a la creación de tipos penales o la incorporación de nuevas situaciones en tipos ya existentes o en sus agravantes, y en incrementos de pena. Durante la primera mitad del año 2004, la actividad se ha intensificado y las reformas han aumentado hasta llegar niveles asombrosos.

En cuanto al aspecto procesal penal, en el año 1992 se ha modificado íntegramente el régimen federal, adoptándose un sistema de enjuiciamiento mixto, y en el año 1998 el primer estado argentino –Provincia de Buenos Aires- también cambió su ordenamiento ritual, aunque optó por un modelo acusatorio.

Además, ambos ordenamientos han sufrido reformas, en particular en los regímenes de excarcelaciones. El nacional también ha incorporado diversos institutos que lo aproximan a un sistema acusatorio –juicio abreviado, juicio en flagrancia por delitos de menor cuantía, expedientes con imputados no identificados-, y el bonaerense innovaciones tales como el principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal.

Todo este marco lleva necesariamente a reflexionar cual es la incidencia que posee una expansión de la actividad punitiva del estado o la adopción de distintos

modelos que tienden a la optimización de los sistemas de enjuiciamiento, en especial, si provocan “per se” una disminución en los índices de inseguridad.

Este trabajo tiene por objeto analizar esas cuestiones, en particular sobre los puntos propuestos por el Ministerio de Justicia de la Nación en su plan de seguridad exteriorizado en la primera mitad del año 2004, y en relación también a las recientes reformas legislativas consagradas.

b. El Derecho Penal y la seguridad ciudadana

i. La política criminal y los canales formadores del consenso en materia de legislación penal.

Silva Sanchez explica que uno de los rasgos más significativos de las sociedades de la era postindustrial es la sensación general de inseguridad¹, creada en gran medida por la proliferación del fenómeno delictivo. En este marco, la respuesta que se le dé se exhibe como una de las finalidades esenciales del gobernante. A ello apunta la política criminal del Estado, que habrá de recurrir, aunque no exclusivamente, al establecimiento de normas que regulen relaciones sociales esenciales y sanciones para su transgresión.

Los grandes ejes temáticos del derecho penal de hoy, podrían resumirse en tres: legitimación punitiva del estado, naturaleza de la pena, y su finalidad. Particularmente sobre estos dos últimos puntos pivotea parte de la actividad político-criminal, aquella destinada a la determinación de qué conductas deben sancionarse y cómo deben serlo.

Se afirma que solo parte de la actividad denominada bajo el rótulo “política criminal” se dedica a la determinación de las conductas punibles, ya que la disciplina tiene por objeto la respuesta estatal integral al fenómeno delictivo, que no se limita, a pesar de lo últimamente que pareciera entender el legislador, a prever nuevos tipos penales o a modificar penas, sino que también incluye a los métodos que tienden a evitar la comisión de delitos, esto es, la llamada prevención delictiva. Alguien me dijo no hace mucho que en la Argentina se tiene en miras la optimización de la sala de terapia intensiva, más no la política sanitaria preventiva.

Si bien es cierto que a la pena se le asigna funciones preventivo generales negativas –contramotivación- o positivas -comunicación social de vigencia de la norma vulnerada por el ilícito-, e incluso en algunos casos preventivo especiales –resocialización-, claro está que la actividad del estado no puede referirse exclusivamente a la respuesta “ex post facto” para arribar a niveles aceptables de seguridad ciudadana, sino que debe asignarse especial atención a medidas “ex ante” –contención, formación, etc., no solo prever una amenaza de pena-.

Esta es la prevención delictiva que también debe ser objeto de la política criminal de un estado, a la que se arriba con un estudio de las causas de las distintas manifestaciones criminales, y el establecimiento de mecanismos tendientes a eliminarlas o controlarlas, con adecuación a los distintos grados de complejidad, ya que no es la misma la respuesta que habrá de darse a la delincuencia violenta suburbana llevada a cabo por sectores marginales de la población, que a las manifestaciones delictivas organizadas o económicas.

En relación a la actividad estrictamente normativa, Jescheck define a la Política Criminal como la disciplina que “*se ocupa de cómo deba conformarse el Derecho penal para cumplir mejor su misión de proteger a la Sociedad. La Política criminal conecta con las causas del delito, se ocupa de cómo hayan de recogerse correctamente los elementos de los tipos penales para responder a la realidad de aquel,*

¹ Silva Sánchez, Jesús María, “La expansión del derecho penal, aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales”, Civitas, pág. 32.

*intenta determinar los efectos de las sanciones empleadas en el Derecho penal, considera hasta qué límite puede extender el legislador el Derecho penal para no restringir la esfera de libertad del ciudadano más allá de lo absolutamente indispensable, y examina si el Derecho penal material se encuentra configurado de manera que pueda realizarse en el proceso penal. Aunque la Política criminal sea también, como toda ciencia, libre en su investigación, y se halle sometida tan sólo a la verdad, hay que contar con ciertos límites para el logro de las metas legislativas que propone. No todo lo que parece conveniente es asimismo justo. Como criterios de la Justicia en la Política Criminal destacan sobre todo el principio de culpabilidad, el principio del Estado de Derecho, y el principio de humanidad”*². Afirma después que para asegurar la vigencia del estado de derecho, deben limitarse las intervenciones del aparato sancionador a las que sean estrictamente necesarias, y particularmente con respeto al principio de proporcionalidad. Estas mismas conclusiones son adoptadas por Maurach³.

Luego, claro queda que la tarea de la política criminal no se agota en el establecimiento de sanciones para conductas que el Estado selecciona para integrar el catálogo delictivo. Entre nosotros, Carlos A. Mahiques explica que dicha disciplina es integrada por cualquier otra medida formalizada o no, que tenga incidencia sobre los fenómenos delictivos⁴.

Toda disciplina que tiene por objeto responder a eventos perjudiciales, no solamente toma a su cargo la solución o morigeración de los efectos producidos por los sucesos ya acaecidos, sino también la evitación de nuevos sucesos de tales características. Así, la medicina no solamente toma a su cargo la sanación de enfermedades, sino la elaboración de medidas preventivas. Algo similar debería hacer la política criminal, que no tendría que conformarse con dar una respuesta a los delitos ya ocurridos, sino lograr que su ocurrencia, cuanto menos, disminuya, puesto que de lo contrario su efectividad quedaría seriamente limitada. Como veremos más adelante, queda claro que ello no se logra solamente con amenazar con la imposición de una pena.

Por otra parte, debe resaltarse además que los incrementos de pena que últimamente se han propugnado se refieren solamente a la delincuencia primaria o “violenta” –contra las personas, la integridad sexual, la libertad y la propiedad-, que muchas veces es generada por otras manifestaciones de delincuencia más imperceptibles pero quizás con mayor impacto social.

Quizás peque al no analizar otros datos empíricos sobre la realidad criminógena de nuestro país que la propia experiencia forense, ya que no se cuentan con estadísticas actualizadas de organismos oficiales, y aún si se las tuviera no serían fiables ya que se refieren a delitos anoticiados, no a los realmente cometidos. Pero no creo equivocarme si afirmo que la mayoría de los injustos dolosos que llegan a los tribunales son aquellos cometidos por sectores marginales de la población, los flagrantes porque son más notorios y los que no lo son porque es más inmediata la afectación a la víctima y más sencilla su investigación.

En los culposos la cuestión quizás sea distinta, ya que generalmente suponen la violación de deberes de cuidado en actividades que requieren estar inmerso en un ámbito de relativa inclusión –conducción de vehículos, desarrollo negligente de profesiones (medicina), omisión de vigilancia en ámbitos empresariales, etc.-.

Pero habré de quedarme para este análisis con los primeros –los dolosos cometidos por sectores marginales- porque pareciera que la actividad político-criminal

² Jescheck, Hans Heinrich, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Editorial Comares, pág. 18.

³ Maurach, Reinhart, Derecho Penal, Parte General, Edit. Astrea, tomo I, pág. 51.

⁴ Mahiques, Carlos A., Cuestiones de Política Criminal y Derecho Penal, Fabián Di Plácido editor, pág. 36.

del estado en los últimos años se focaliza en ellos y porque son los que provocan –en particular los violentos- un mayor impacto en la comunidad ⁵.

Bajo ningún punto de vista se afirma que la delincuencia sea resorte exclusivo de la pobreza o de los excluidos. De un tiempo a esta parte esta errónea concepción ha sido controvertida, en particular desde los estudios de Robert Merton sobre la criminalidad de cuello blanco ⁶. No es mi intención tampoco realizar un estudio criminológico, sencillamente se exterioriza un dato de la realidad ⁷.

Pero este dato de la realidad amerita interpretación para un correcto direccionamiento de la política criminal. Es tiempo de reflexionar: si la criminalidad no es resorte exclusivo de los pobres o excluidos, pero son los delitos cometidos por ellos los que en mayor medida llegan a los tribunales y los únicos que reciben tratamiento legislativo en los últimos tiempos, ¿no nos estaremos olvidando de algo?.

Sí. Nos olvidamos de optimizar la lucha contra manifestaciones delictivas aún más trascendentes para la sociedad por la extensión de sus consecuencias, quizás “prima facie” imperceptibles.

Para cualquiera un acto de corrupción de un funcionario encargado de realizar controles aduaneros puede no tener mayores consecuencias que la venalidad del empleado estatal y un enriquecimiento indebido del empresario beneficiario. Pero cuando episodios de tal índole se hacen práctica común, cuando los sistemas de control del estado son transgredidos impunemente, queda comprometido el erario público, y consecuentemente la salud, la educación, la asistencia social, etc.

Si a un deficiente sistema de contención de la delincuencia por el Estado, por el insuficiente desarrollo de políticas socio-culturales, se suma un deficiente control y sanción de los actos que afectan su sistema de control y recaudación y la incolumidad de sus agentes, la situación de inseguridad tiende a agravarse aún más.

Ello es así porque, a no dudarlo, la delincuencia organizada o la económica es a su vez generadora de las manifestaciones delictivas primaria e inmediatamente perceptibles por su afectación directa a intereses individuales.

En un país que otrora fue el granero del mundo, resulta ya inconcebible que haya más de la mitad de su población con las necesidades básicas insatisfechas, según nos hizo saber recientemente el INDEC. Es conocido por todos que ello no se debe solamente a una errónea distribución de la riqueza, sino también a la ausencia de controles y sanciones a las transgresiones.

Si el Estado pretende morigerar los índices de la delincuencia violenta cometida por sectores marginales con finalidades generalmente económicas –robos con armas en los que resultan heridos u homicidios, secuestros extorsivos, etc.- no solamente debe considerar las causas de la exclusión y tratar de paliarlas, sino que debe abandonar la tendencia a desarrollar una actividad político criminal limitada al análisis de las expresiones ilícitas primarias, para abocarse también al estudio de las otras manifestaciones delictivas que provocan la disminución de su aptitud preventiva – fundamentalmente la delincuencia organizada, la económica y de la corrupción administrativa-.

En términos más sencillos y ejemplificativos, si el Estado quiere disminuir los robos ocasionados por quienes no tiene medios, además de prever sanciones adecuadas que oficien como contramotivación en su amenaza y como comunicación social de vigencia de la norma en su aplicación, debe procurar abastecer de educación y

⁵ Aunque estadísticamente muera más gente en “accidentes” de tránsito que a consecuencia de un delito violento.

⁶ Sobre el punto, ver “Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal”, de Alessandro Baratta, Siglo XXI, pág. 63.

⁷ Incluso si es baja la proporción de excluidos que incurren en la delincuencia, teniendo en cuenta los elevados índices de personas que en nuestro país poseen las necesidades básicas insatisfechas, dicha proporción puede implicar un número de casos significativo.

fuentes de trabajo –o asistencia social en su defecto- a quienes potencialmente puedan proyectarse como autores de esa clase de ilícitos, para lo cual, entre otras cosas, debe combatir las evasiones tributarias de los grandes grupos empresarios y sancionar a los agentes públicos que las hacen posible para asegurarse la aptitud patrimonial y de gestión para lograrlo.

Si el Estado quiere evitar que las personas porten armas sin autorización no solamente debe amenazarlas con sanciones y optimizar los procedimientos de control en las ciudades e incautarlas, sino que debe poner aún más énfasis en la prevención y sanción del contrabando de armas y debe sancionar más severamente a los funcionarios encargados de la fundición de las armas incautadas que se “guardan” algunas y las vuelven a colocar en el circuito delictivo a través de su comercialización.

No digo que las expresiones delictivas primarias deban ser excluidas de la agenda del legislador penal, sino que deben incluirse en ella las manifestaciones ilícitas que coadyuvan para que las primeras se propaguen, y que por consiguiente tienen mayor trascendencia social por la extensión de sus efectos –y en muchos casos revisten un mayor grado de disvalor de acción-. Además, la inclusión no se refiere solamente a la previsión de tipos legales adecuados, sino al establecimiento de procedimientos y de medios de investigación idóneos para su esclarecimiento.

Aquí es donde se manifiesta la selectividad del sistema. No creo que ella se presente en el derecho penal mismo ni en la potestad punitiva del estado en abstracto, y que sea argumento para cuestionar su legitimación. Lo que sucede es que el derecho penal se ha transformado en el instrumento que responde a una política de estado como lo es la criminal, y ésta es la que yerra en su sentido y puede tornar selectivo el sistema y hacer del excluído su único destinatario, por falencias en la actividad legislativa o en la implementación de políticas de contención o persecución de la delincuencia⁸.

Pero retomando el tratamiento de la cuestión relativa a la actividad consistente en la selección de conductas pasibles de sanción penal y modalidades de la respuesta, deben determinarse cuáles serán las pautas que deben seguirse para hacerlo. Mahiques explica que los canales formadores del consenso para la legislación penal son el constitucionalismo penal, el derecho penal internacional y el derecho de los derechos humanos.

Gracias a la reforma del año 1994, al mismo programa constitucional tradicional que, en algún punto, sirve como catálogo de bienes que ameritan tutela penal y establece los principios limitadores de la intervención punitiva del estado –principios de legalidad, reserva, culpabilidad-, se le han adicionado los otros dos canales a través de su expresa jeraquización en el art. 75 inc. 22: los pactos internacionales sobre derechos humanos y pautas de derecho penal internacional. Sobre estas últimas, puede resaltarse, por ejemplo, la Convención para la eliminación de la discriminación, en la que los estados parte asumieron el compromiso de dictar normas sancionatorias para conductas como tales. Debe tenerse en cuenta también que la norma anteriormente citada permite la incorporación en el futuro de nuevos pactos internacionales al grupo.

El mencionado jurista explica en otra de sus obras que *“la segunda etapa del constitucionalismo penal, se caracterizó por un impulso innovador que no persigue tanto hallar una fuente de limitaciones en la Constitución, sino sobre todo, el principio de la legitimación substancial del poder punitivo. La atención se desplaza de las garantías formales (legalidad, irretroactividad, etc.) a los contenidos substanciales de la tutela. (...) intenta reforzar la base de legitimación del instrumento punitivo, evitando*

⁸ De allí que deba recurrirse frecuentemente a los principios del derecho penal –en especial aquellos que surgen del catálogo constitucional- para darle contenido a normas sancionatorias que si bien abastecen la legalidad formal están desprovistas de una exigencia de afectación a bienes jurídicos o de proporcionalidad con aquella. Pareciera que por una deformación de la política criminal legislativa del estado, el derecho penal no es más, como diría Von Liszt, la carta magna del delincuente, sino un mero instrumento para el aseguramiento de determinados fines del Estado –Jakobs-.

*el riesgo de que pueda quedar a disposición de la mayoría del gobierno de turno y convertirse en un simple medio para la realización de su programa político. El carácter invasivo, objetivamente afectador de la persona que es propio del derecho penal requiere, por el contrario, de un programa político más estable y consensuado de aquél que pueda surgir de una mayoría circunstancial. Y un tal programa no puede sino surgir de aquél que se consolide a través del pacto constitucional...”*⁹.

Uno de sus instrumentos conceptuales, señala el autor, es el bien jurídico, que para ser merecedor de tutela debería estar previsto explícita o implícitamente en la Constitución. Explica que este concepto halló resistencia en la doctrina, en lo fundamental por considerarlo rígido e indeterminable. Veremos más adelante que de todas formas, en tiempos como los que corren, en que se verifica una actividad legislativa tendiente a incrementar el espectro de conductas punibles y las respuestas asignadas más que a analizar y paliar las causas del delito, y que el derecho penal se expande ante la falencia de otras ramas –no por su insuficiencia, sino por su mala implementación-, el constitucionalismo penal resulta más que sugestivo, en aras de evitar incurrir en un autoritarismo penal.

Ahora bien, sucede que este consenso de carácter constitucional no siempre es el que se tiene en cuenta a la hora de elaborar normas en la materia que nos ocupa. Es más, pareciera que tanto el concepto de bien jurídico como criterio fundacional del derecho penal, como los principios limitadores de la intervención punitiva estatal –ofensividad, proporcionalidad-, no son los argumentos que motivan la actividad legislativa de los últimos años, que se exhibe como un conjunto de respuestas espasmódicas ante reclamos de la ciudadanía por la situación de inseguridad.

Mahiques concluye que este consenso artificial fundado exclusivamente en el reclamo popular, termina por dar una legislación meramente simbólica, entendida por tal a la que no se preocupa por orientar efectivamente el comportamiento de las personas, sino a crear en ellas la impresión de tener el problema bajo control¹⁰.

Así, concluye que “*con la búsqueda de aquel tipo de consenso se consuma, más bien, un ritual convocante que se extravía respecto del problema que pretende resolver, porque se priorizan los efectos en la sociedad y no en la eficiencia de la solución en términos político-criminales*”. En definitiva, la legislación así dada no soluciona ni morigerar el fenómeno delictivo, no importa una disminución estadística de la comisión ilícitos, sino que refiere a la sociedad con tales medidas se asegura la paz social, discurso meramente aparente y breve subsistencia, ya que en el corto plazo cae por su ineficacia.

Además, la cuestión revela también otra consecuencia muy grave, y es que promueve el distanciamiento de la ciudadanía con los tribunales. Ciertamente es que la complejidad del lenguaje jurídico empleado y la especialidad de disciplinas muchas veces conspira contra el acercamiento, pero la actividad legislativa irreflexiva acentúa la tendencia.

Debe tenerse en cuenta que la legislación simbólica sancionada por hacer caso al ritual de masas, muchas veces colisiona contra los verdaderos canales formadores del consenso. Así, entonces, dada la supremacía normativa establecida por nuestra Ley Suprema y el establecimiento de un control de constitucionalidad difuso, los jueces son compelidos, cada vez con mayor frecuencia, a declarar la inaplicabilidad de las normas mencionadas, y por ende se pone en jaque la seguridad jurídica¹¹.

⁹ Mahiques, Carlos A., “Derechos fundamentales y constitucionalismo penal”, en *Prudentia Iuris* N° 57, pág. 182

¹⁰ Mahiques, Carlos A., *Cuestiones de Política Criminal y Derecho Penal*, Fabián Di Plácido editor, capítulo 3°.

¹¹ Pero la inseguridad jurídica no está creada por la actividad de los jueces que declaran la incompatibilidad de una norma con la Constitución. La inseguridad jurídica se origina cuando los legisladores sancionan una norma destinada a su inaplicabilidad. Esta patología se traslada a numerosos ámbitos, quizás sea el económico aquél en el que más la padecemos los argentinos.

El Poder Judicial tiene, además, la tradición de no hablar sino por sus sentencias, al menos en la mayoría de los casos. Cuando ellas no son lo suficientemente claras para la ciudadanía, y aún cuando lo son, sufren la crítica y distorsión de la opinión pública generalmente impulsada por medios periodísticos –o aquellos que dicen serlo- que muchas veces no se limitan a informar sino que dictaminan sobre el acierto o desacierto de la decisión aún cuando no posean conocimientos acabado sobre su sentido y extensión.

Peor aún, ocurre también que la crítica no es emitida por un particular, sino por integrantes de los otros poderes del estado, que hacen referencia a que los Jueces dictan resoluciones que contrarían el “sentir popular”, porque recurren a “tecnicismos” por ser “demasiado garantistas”. Es frecuente que los políticos mentores de las normas o medidas descalificadas judicialmente tengan expresiones como las aludidas y con ellas promuevan una aversión de la ciudadanía a la actividad jurisdiccional.

Estas convulsiones internas, que enfrentan a los distintos Poderes de un Gobierno, no hacen más que acentuar la inseguridad jurídica, y el Judicial es emplazado como el responsable, por ser el último resorte y permanecer en silencio ante los embates del Ejecutivo y Legislativo o de los medios.

No es que se quiera promover la existencia de Jueces “mediáticos”. Es cierto que los Magistrados deben hablar del caso solamente por sus sentencias. Pero considero que debería reflexionarse seriamente sobre la conveniencia de la consagración de figuras tales como el “Vocero del Poder Judicial”, o asesores afines, que llamen a conferencias de prensa cuando un decisorio jurisdiccional es distorsionado en sus motivaciones, sentido y extensión, motu proprio o a pedido del Juez, para que la ciudadanía tenga un más acabado campo de conocimientos cuando se apresta a asignar responsabilidades a alguno de los órganos de gobierno ¹².

ii. *La hipertrofia del sistema penal.*

1. Delitos de bagatela.

Como vimos antes, uno de los principios que surgen del art. 19 de la Constitución Nacional, es el de ofensividad, en virtud del cual sólo merece sanción penal aquella conducta que tenga cuanto menos potencialidad de dañar un bien jurídico determinado. Ello, en la medida en la que concibamos un derecho penal como protector de intereses socialmente relevantes.

¹² Precisamente la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en resolución n° 193/04, de fecha 25 de febrero de 2004, dispuso la creación de la figura, teniendo en cuenta entre otras cosas que algunas noticias e informaciones relacionadas con el Poder Judicial adquieren destacada repercusión en la sociedad, que muchas veces o bien no pueden expresarse debido al riesgo de entorpecer los procesos judiciales, o bien la falta de una respuesta al requerimiento informativo puede derivar en situaciones no deseadas, como la difusión a la población de los probables resultados de las actuaciones, que luego no siempre coinciden con los pronunciamientos judiciales. Por ello, y salvaguardando siempre el principio de inocencia, el honor de los implicados en juicios, el denominado “secreto de sumario” y los datos que, por sus contenido íntimo o familiar, deban quedar reservados al conocimiento exclusivo de las partes, sus letrados y los Magistrados y Funcionarios judiciales, creó el cargo del “vocero del Poder Judicial”, cuyas actividades son: difundir información a los medios de comunicación acerca de las causas en trámite en los distintos fueros e instancias, en el marco del debido proceso, tratando de asegurar la estricta comprensión de su contenido jurídico; hacer conocer a los medios de prensa los Acuerdos y Resoluciones que dicte la Suprema Corte o su Presidente, en el ejercicio de la función de gobierno del Poder Judicial; procurar la difusión de las informaciones que le indique el Presidente del Tribunal, debiendo ajustarse estrictamente a sus directivas; asesorar a los señores Jueces y Funcionarios en su comunicación y relación con los medios de prensa; asegurar un trato equitativo a los medios de comunicación, en cuanto a la difusión de la información y el acceso a las fuentes judiciales; especificar el contenido de los pronunciamientos judiciales en aquellos casos en los que se detecte la difusión de información errónea o parcial.

De hecho, la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el fallo “Montalvo”, al afirmar la constitucionalidad de los delitos de peligro abstracto, expuso que si bien el art. 19 de la Ley Suprema veda la intervención de los Magistrados en aquellas conductas que de ningún modo ofendan al orden y la moral pública ni afecten a terceros, cuando “de algún modo” un comportamiento pueda ofender, es pasible de represión estatal.

Así, delimita la intervención del aparato punitivo a los supuestos en los que haya una lesión, se produzca un peligro en concreto o se verifique una conducta que revista cuanto menos la posibilidad de poner en riesgo el objeto de tutela. Entonces, que un comportamiento tenga suficiente aptitud vulnerante se revela como un dato insoslayable, ya que será dicha cualidad la que habilite una sanción proporcional por el estado.

Hay tipos penales que describen conductas que no tienen aptitud ofensiva suficiente, y que por lo tanto de ninguna forma ameritan una respuesta sancionatoria penal del estado, que siempre aparecerá como desproporcionada. Algún sector de la doctrina entiende que éste es el caso de la injuria por deshonra o contumelia, esta es, la manifestación a una persona de una expresión que pudiera ofender su honor subjetivo, su autovaloración, sin conocimiento de terceros y, por consiguiente, sin desacreditación. Esta postura afirma que una conducta como tal no hace más que herir un sentimiento, y por consiguiente no amerita la imposición de una pena por el Estado.

No debe confundirse este principio con el concepto de lesividad, que exige algo más. Zaffaroni lo define, diciendo que *“ningún derecho puede legitimar una intervención punitiva cuando no media por lo menos un conflicto jurídico, entendido como la afectación de un bien jurídico total o parcialmente ajeno, individual o colectivo”*¹³. Pareciera entonces que es exigencia de una alteración en la realidad, ya sea por la causación de una lesión al bien jurídico, o por su puesta en peligro en concreto, dejando de lado la posibilidad de penar conductas de peligro abstracto. La ofensividad se contenta con esto último, basta la comprobación de que la conducta tenga la posibilidad de provocar un peligro por su aptitud vulnerante, a pesar de que ese riesgo no se verifique en la realidad. Lo que la ofensividad deja de lado, es el peligro presunto sobre el que más adelante me expediré.

Si bien hay normas que se consagran como afirmación del principio de la lesividad, por su extensión pareciera que se refieren a la ofensividad. Ello ocurre con el art. 1° del Código Contravencional de la ciudad de Buenos Aires.

2. Delitos de mera infracción normativa.

Otras descripciones normativas, según la tendencia moderna, permiten incluir conductas con ofensividad suficiente y otras que no la tengan. Estos son los delitos de mera infracción normativa, en los que el legislador establece una serie de pautas administrativas obligatorias, cuyo mero incumplimiento habilita la imposición de una sanción penal, sin que importe si la conducta en particular tiene aptitud lesiva.

Este es el caso de la ley 25.761, que establece un régimen normativo para la actividad del desarmado de automotores, para la que exige una habilitación previa – emisión de un certificado de baja del automotor en el registro de la propiedad, etc.-, y requisitos posteriores que debe cumplir quien procede a esta actividad –arts. 7 a 10-, reprimiéndose penalmente a quien procede al desguace de un vehículo con el objeto de utilizar sus autopartes, sin la autorización que establece la misma ley.

La sanción de esta ley tuvo razón de ser: el destino que mayormente se da a los automotores sustraídos, por tratarse de bienes registrables cuya venta no es posible – a menos que medie alteración de su numeración o exportación-, es el desguace y la venta de sus partes como repuestos. Los robos de vehículos, en muchos casos, se

¹³ Zaffaroni, Eugenio Raúl y otros, Derecho Penal, Parte General, Ediar, pág. 128.

producen mediante la intimidación a sus propietarios o tenedores con armas de fuego, y en más de un supuesto, ante la resistencia de aquellos, ha generado el empleo de las mismas con la consiguiente causación de lesiones o incluso de la muerte. Entonces, a fin de atenuar la ocurrencia de episodios de tal naturaleza, se procura imposibilitar que quienes se dedican a la sustracción de rodados puedan obtener beneficios por su actividad delictiva. Por consiguiente, se estableció un marco regulatorio de los desarmaderos.

Ahora bien, puede ocurrir que se constate que una persona desarma un rodado sin poseer la autorización exigida normativamente, y que ese bien no provenga de un ilícito sino que haya sido vendido por su dueño. Luego, no toda actividad de desguace de vehículos para utilizar sus autopartes sin haber obtenido la habilitación previa de la autoridad de aplicación necesariamente tendrá aptitud para afectar a la situación que se quiso resguardar mediante la sanción de la norma, y sin embargo se adecuaría “prima facie” al tipo penal.

Roxin es uno de los principales críticos de la inclusión en el catálogo de delitos penales de meras infracciones normativas, es decir, contravenciones. Explica que *“el segundo campo temático en el que podría operar el dogma del bien jurídico se refiere a la delimitación entre hechos punibles y contravenciones. Los autores que han preelaborado científicamente el derecho contravencional (...) fueron esencialmente codeterminados por la idea de que el Derecho penal tiene que proteger bienes jurídicos previamente dados(es decir, principalmente el clásico canon de los derechos individuales independientes del Estado), mientras que las infracciones de las reglamentaciones estatales, que no protegen bienes ya existentes, sino que se dictan solamente al servicio de las misiones públicas de orden y bienestar, en cuanto desobediencias éticamente incoloras, o sea en cuanto contravenciones, deben castigarse con sanciones no criminales”*¹⁴. Luego plantea la necesidad de redefinir el concepto de bien jurídico, que hoy en día no puede limitarse a los derechos subjetivos.

Para que este tipo de descripciones delictivas no tengan contrariedad con la Constitución –art. 19-, debe exigirse la constatación en el caso en particular de que la conducta tiene cuanto menos potencialidad dañosa, es decir, aptitud ofensiva. Es decir, que toda previsión normativa de un delito de peligro presunto, para que la norma sea aplicable sin contradicción con la Ley Suprema, debe ser interpretada como que concibe un delito de peligro abstracto, y por consiguiente reclama la verificación de la ofensividad de la conducta. Sobre este punto ha de aclararse que un criterio como el expuesto permite evitar la declaración de inconstitucionalidad de la norma, solución que por su gravedad institucional debe ser siempre subsidiaria.

La transgresión actual o posible de un bien jurídico aparece como insoslayable sustento material de la punibilidad de una conducta. Las funciones racionalizadora, garantizadora y hermenéutica del bien jurídico no pueden prescindirse. Ello no implica necesariamente que toda agresión a lo que se considera bien jurídico amerite respuesta sancionatoria del Estado. Puede prescindir de ella en situaciones en las que entran en juego otros factores –causas de justificación, de exclusión del reproche o de la culpabilidad, excusas absolutorias-, o incluso cuando considere que la mínima cuantía de la afectación torna desproporcionada toda punición.

3. El rol del derecho administrativo sancionatorio.

Uno de los motivos por los cuales existe hoy en día una propensión a prever como figuras delictivas las meras infracciones a un orden normativo sin ofensividad, es debido a insuficiencia de la respuesta del derecho administrativo sancionatorio.

En primer término, motivada por la dificultad de establecer ordenamientos uniformes en todo el país debido a la naturaleza local del derecho administrativo, y en

¹⁴ Roxin, Claus, Derecho Penal, Parte General, Civitas, pág. 53.

segundo término debido a la ineficiencia de algunos órganos en virtud de la carencia de medios idóneos para operar en supuestos de complejidad técnica.

Además, se opta por la respuesta penal por fundamentos preventivo generales negativos, ya que indudablemente es más disuasiva que la sanción administrativa. Pero este es un argumento que no debería considerarse, ya que importa una renuncia parcial al principio de “ultima ratio”, que es una de las directrices del derecho penal moderno y post-crítico¹⁵.

Pero siendo el derecho administrativo en esencia local¹⁶, ¿es posible que se establezcan normas administrativo-sancionatorias con aplicación en todo el país, en vez de optar por las respuestas penales ante las meras infracciones normativas?. A mi criterio es posible, aunque excepcionalmente.

El Estado Nacional está legitimado para establecer legislación administrativa destinada a la regulación de los presupuestos mínimos de actividades particulares y las sanciones que se correspondan a sus incumplimientos, en la medida en la que haya “cuestión federal”.

Esta “cuestión federal” surge del mismo programa constitucional. Esto es, cuando algunos preceptos constitucionales exigen para su materialización el dictado de normas que regulen su puesta en acto y establezcan la forma en la que determinados procedimientos deben desarrollarse –normas programáticas-, allí es cuando se encuentra habilitada la intervención nacional. Ejemplos de ello pueden ser las normas administrativas medioambientales, las que pretenden la defensa de los consumidores, aquellas que se refieren al desempeño de las aduanas, a la circulación por ríos y espacio aéreo, al transporte interjurisdiccional de determinados bienes, a determinados servicios públicos nacionales, etc.

En algunos ámbitos, como lo es el de la seguridad pública, pueden también dictarse normas administrativas a nivel nacional que regulen actividades que la pongan en crisis y que sean comunes a todas las provincias, por aquello de que el poder constituyente tuvo el objeto de, entre otras cosas, “consolidar la paz interior”. En este sentido, recordemos que la equitativa representación de las provincias en el Senado debería asegurar que las normas que en éste ámbito se dicten, estén motivadas en una efectiva “cuestión federal”.

Entonces, los criterios para determinar qué conductas deben ser penalizadas, en función del principio de ofensividad, deben ser no solamente que ellas tengan potencialidad de agredir a un interés socialmente relevante, sino que dicha aptitud revista entidad suficiente, que haga que la respuesta sancionatoria no aparezca como manifiestamente desproporcionada.

Ahora, ha de tenerse cuidado en la selección de las conductas para integrar el derecho administrativo sancionatorio, ya que si bien la respuesta que se asigne será de menor entidad que la penal, lo cierto es que también es menor el marco de garantías procedimentales –actas que labradas en legal forma hacen plena fe de la comisión del hecho; prescindibilidad de la doble instancia, ya que basta la concesión de revisión judicial suficiente, etc.-.

4. Las sanciones alternativas a la pena.

La tendencia del derecho comparado es prever, en aras de asegurar la proporcionalidad, sanciones alternativas a la pena, en particular aquellas que se refieren a finalidades restauradoras o restitutivas, y que promuevan el acercamiento del

¹⁵ Ver las conclusiones de Guillermo Jorge Yacobucci en “La deslegitimación de la potestad penal”, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, pág. 345.

¹⁶ Cassagne, Juan Carlos, Derecho Administrativo, Abeledo Perrot, T. I, pág. 164.; Dromi, Roberto, “Derecho Administrativo”, 3ª edición, Ciudad Argentina, pág. 53; Marienhoff, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, Abeledo Perrot, Tomo I, pág. 149

delincuente al daño causado por el ilícito por él cometido, a fin de que adquiera conciencia de las consecuencias que conlleva su obrar.

Se hace referencia a que son sanciones alternativas a la pena y no procedimientos de mediación, ya que la cuestión, si amerita intervención del derecho penal con la consecuente expropiación del conflicto, no puede depender exclusivamente de la voluntad de las partes, ya que las víctimas pueden requerir –y suelen hacerlo- más que la adopción de una solución justa y proporcionada, o bien una respuesta vindicante de la mayor entidad posible, o bien carecer de este interés pero procurar percibir un beneficio patrimonial –justicia penal que por su gratuidad y preeminencia probatoria (art. 1105 del C.C.) es utilizada en miras a un reclamo pecuniario posterior-¹⁷.

Por otra parte, los procesos de mediación, si son llevados al ámbito penal, pueden transformar un órgano estrictamente sancionatorio y considerado como de “ultima ratio”, en un receptorio de reclamos ciudadanos que no son intentados en las instancias correspondientes –municipios, tribunales de familia, etc.- por recurrirse al mayor efecto intimidatorio que implica acudir a la jurisdicción en lo criminal y correccional. Si los mecanismos que corresponden son ineficientes deben optimizarse, y nunca debe darse lugar a la mutación de lo que es concebido como lo subsidiario para ser el primer remedio –principio de la mínima intervención-.

No solamente porque implicaría algo así como amputar una pierna por una picadura de mosquito, sino también porque impediría que el aparato investigativo-represivo del estado se concentre en la materia que le es propia –y de hecho lo hace-, debido a la sobrecarga del sistema por casos que en realidad le son ajenos.

Cuando la jurisdicción penal recibe para su conocimiento supuestos de esta índole, no es su tarea solucionarlos, sino más bien declarar la improcedencia de su intervención y dar conocimiento en el asunto al órgano que corresponda para la solución del conflicto.

Luego, si bien a través de las vías alternativas para la solución de conflictos debe convocarse a la víctima para darle la intervención que reclama, no puede depender exclusivamente de su voluntad la resolución que en definitiva se dicte. De ser ello así se estarían desconociendo las razones de orden público que habilitaron la expropiación del conflicto¹⁸.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que las respuestas restauradoras tienen en miras algo más que la mera reparación del daño causado a la víctima. Como bien señala Silva Sánchez, *“la reparación penal tiene una configuración concreta radicalmente diversa de la civil. El planteamiento civilista no puede sino centrarse en el resultado de efectiva reparación: pleno restablecimiento del statu quo patrimonial. Desde el punto de vista del derecho penal, en cambio, tan relevante –o más- que la efectiva reparación es el esfuerzo reparador, en cuanto en el mismo se expresen los elementos de resocialización y reconocimiento de la vigencia de la norma”*¹⁹.

Si bien entre nosotros no existen “stricto sensu” sanciones alternativas, ya se advierten resoluciones que ponen fin a los conflictos con imposición de obligaciones para el imputado. Por ejemplo, en los casos de delitos contra el honor, en que medie retractación o incluso conciliación –en la que deberá verificarse un acto voluntario de la víctima- en materia de delitos contra el honor, el querellado podrá ser obligado al pago de las costas del juicio y a publicar la resolución por los mismos medios por los que se

¹⁷ Francesco Palazzo se pronuncia a favor de las modalidades de mediación penal, aunque dudando de su éxito en la praxis debido a las numerosas condiciones que deben darse. Ver su trabajo “La evolución del sistema penal italiano entre pasado y modernidad”, en la revista “El Derecho Penal” de marzo del 2003.

¹⁸ En donde debe ponerse más cuidado es en la selección de los conflictos que se expropian, para determinar cuales realmente vinculan razones de orden público.

¹⁹ Silva Sánchez, Jesús María, “Perspectivas sobre la política criminal moderna”, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, pág. 210.

exteriorizaron las expresiones lesivas. Luego, más allá de que no se dicte un veredicto sobre el asunto, se constata la imposición de una respuesta restitutiva.

Algo similar sucede con la suspensión del juicio a prueba, según la regulación en los arts. 76 bis y siguientes del C.P.. Ciertamente es que esta medida no implica tampoco el dictado de un veredicto ni se efectúa la evaluación probatoria sobre si el hecho fue o no cometido. Sin perjuicio de ello, no puede dejar de desconocerse que respecto de la persona que accede a esta solución alternativa, se ha afirmado previamente que posiblemente sea el autor de un hecho delictivo –ya sea en una requisitoria Fiscal de elevación a juicio, auto de procesamiento, auto de elevación a juicio, etc., según sea el procedimiento-.

Si bien es cierto que esta afirmación de probabilidad de autoría no la efectúa el mismo magistrado que luego suspende el juicio –salvo en el juicio correccional federal, que en este punto ha sido cuestionado- y que aún subsiste el principio de inocencia, no menos cierto es que existe una manifestación estatal en la que se indica a una persona como posible autor de un hecho delictivo.

Luego, a esta persona que accede a la suspensión del juicio a prueba se le imponen una serie de reglas de conducta cuya omisión implicará la reanudación del juicio y debe reparar el daño causado en la medida de sus posibilidades, que no son otra cosa que respuestas alternativas del sistema penal, en el primero de los casos con una perspectiva preventivo especial positiva, y en el segundo reparadora.

Incluso en el supuesto en el que no se impongan reglas de conducta o se impongan aquellas que no implican modificación de la vida cotidiana del destinatario –fijar residencia- y se exima de efectivizar el pago del resarcimiento ante la disconformidad de la víctima –que la habilita al reclamo civil pertinente-, lo cierto es que el probado queda sometido a la jurisdicción del Tribunal, y durante ese período pierde, por ejemplo, la posibilidad de acceder a una condenación condicional –art. 26 del C.P.- si la reanudación del juicio es motivada por la comisión de un nuevo delito.

Entonces, no puede afirmarse que la suspensión del juicio a prueba es neutra, sin efectos. Importa la imposición de obligaciones o la pérdida de derechos a una persona, respecto de la cual o bien el funcionario encargado de la persecución estatal –Fiscal- o bien un Juez instructor han afirmado previamente que es posible que haya cometido un hecho delictivo.

Así las cosas, aparece como conveniente la adopción de sanciones alternativas a la pena para supuestos de escasa ofensividad, como podría ocurrir en el supuesto del delito de daño, usurpación, hurtos, amenazas simples, etc., en los que podría optarse por respuestas restitutivas o educadoras. Ello, aún prescindiéndose de la voluntad de la víctima que quiera aún más –en términos de sanción o de resarcimiento-.

Si el damnificado se conforma y “retira los cargos” mejor aún y podría habilitar incluso a prever legislativamente una causa de extinción de la acción en una multiplicidad de supuestos de escasa ofensividad. Pero aún sin su conformidad debería establecerse la sanción alternativa.

La tendencia que parecía iniciarse en la legislación argentina a partir de la inclusión de la mal llamada “probation” al Código Penal, fue revertida por la actividad legislativa de los últimos diez años, que no hizo más que incrementar la respuesta punitiva en vez de prever sanciones alternativas, ante reclamos populares fundados en la ocurrencia de episodios de trascendencia pública.

5. Relación entre la entidad –cualitativa y cuantitativa- de la respuesta punitiva y los niveles de inseguridad ciudadana.

En ésta última década se ha constatado un notorio incremento de las escalas punitivas previstas normativamente, y la descripción de nuevas situaciones a las que se atribuye una pena –tipos legales-. Esta ha sido prácticamente la única respuesta que se ha brindado ante los reclamos de la ciudadanía que buscan la disminución de

inseguridad, además de alguna reforma en la organización de la policía o la asignación de un mayor número de integrantes de las fuerzas de seguridad al patrullaje.

La pregunta es si existe una relación inversamente proporcional entre la previsión legislativa de escalas penales y los episodios delictivos, es decir, si en una visión estrictamente preventivo general negativa, si cuanto mayor y más severa sea la pena, menor será la estadística criminal.

Pareciera que no, ni siquiera si la nueva previsión legislativa impone un “quantum” punitivo que impide la obtención de la excarcelación. No es razonable afirmar que el delincuente que se apresta a cometer un hecho delictivo realice un cálculo probabilístico de la pena que pudiera llegar a corresponderle. A lo sumo podrá considerar si el hecho que cometerá es grave o leve, y concluir hasta donde se extienden las consecuencias del accionar que emprenderá y que por lo tanto acepta.

La evaluación que, en todo caso, efectúa quien se dispone a cometer un hecho delictivo, tiene relación con las posibilidades de dar o no con su cometido, esto es, que no considera la entidad de la eventual sanción que pueda aplicársele, sino la posibilidad de que una sanción se le aplique. Entonces, el cálculo probabilístico del delincuente no es ya con la cuantía de la sanción, sino con la efectividad del sistema persecutorio del estado.

En este sentido, Mahiques explica que una política criminal racional, que considere datos empíricos, no puede ignorar que la eficacia preventiva de la pena depende más de la certeza, inexorabilidad e inmediatez en su imposición, que de la medida de su severidad²⁰.

La motivación para el cumplimiento de una norma nace más de la posibilidad efectiva y cierta de que sobrevenga, si no es respetada, una consecuencia negativa, que de su calidad y cuantía en abstracto.

Nunca estuvo más clara esta cuestión que en el presente. La anterior redacción del Código Penal no tenía previsión de una agravante para el caso en que ocurriera el homicidio de la víctima de un secuestro extorsivo. La ley 25.742 que entró en vigencia en el mes de junio de 2003 la consagró, asignándole como pena la prisión o reclusión perpetua. Sin embargo, los secuestros se han incrementado en el último año en proporciones alarmantes²¹, y en algunos casos resonantes se ha provocado la muerte de la persona privada de su libertad.

Claro queda entonces que el mensaje contramotivador de la amenaza de penas en abstracto, per se, es insuficiente, incluso si ellas son absolutas.

iii. Incongruencia intrasistémica de las últimas reformas.

1. Falta de adecuación de institutos de la parte general a nuevas realidades.

No hace mucho, en el Código Penal, se incluyó la suspensión del proceso a prueba como modalidad para la conclusión de procesos investigativos de determinados delitos, por una parte, para la descompresión del sistema, y por otra, para adoptar una resolución alternativa para conflictos de menor grado de ofensividad llevados a cabo por quienes no registren antecedentes condenatorios.

En el debate parlamentario, el miembro informante de la comisión elaboradora, el Senador Alasino explicaba que *“lo que pretende este instituto es atender a cada delincuente primario, ocasional o que comete un delito una sola vez en la vida. Por eso, existe una política social del Código Penal, que apunta a contemplar la situación de aquellos delincuentes que en determinados delitos culposos terminan siendo condenados porque las circunstancias del caso lo conducen a la condena siendo que tal vez, nunca más esa persona vuelva a cometer un delito. Un homicidio culposo*

²⁰ Mahiques, Cuestiones..., pág. 36.

²¹ Ver los índices publicados por el Diario “La Nación” del día domingo 23 de agosto de 2004.

por ejemplo, sería el caso de quien atropella a una persona con un vehículo. Aclaro esto porque tal vez lo soslayé cuando brindé el respectivo informe. Debe tenerse en cuenta que ésa es la política criminal a la que apunta este instituto, y en esa dirección va encaminado” ²².

El ejemplo de los supuestos en los que sería posible la aplicación del instituto utilizado por quien exponía el sentido político criminal del proyecto de ley, esto es, el homicidio culposo, es precisamente uno de los casos en los que no es posible la suspensión del juicio a prueba según la redacción adoptada por los arts. 76 bis y siguientes del Código Penal, ya que dicha normativa la impide en relación a los delitos que tengan pena de inhabilitación prevista, cuando el art. 84 del cuerpo legal citado establece como pena conjunta a la de prisión o multa, precisamente, la inhabilitación especial.

Queda claro entonces cómo la regulación prevista para dar respuesta a un determinado fenómeno delictivo, debido a la forma en la que fue finalmente sancionada e incorporada a la legislación positiva, torna imposible su aplicación para ese supuesto en particular.

Por otra parte, se advierte un notorio desajuste en algunas categorías del Código Penal con la evolución dogmática de su concepción. Ejemplos de ello pueden ser la tentativa en delitos cometidos con dolo eventual –quizás impedida por la redacción del art. 42 del C.P.-; la imposibilidad de afirmar coautoría funcional por quien no participa en la ejecución material del delito –art. 45 del C.P.-; o la inclusión en la misma categoría de causas de falta de capacidad de culpabilidad (inimputabilidad), causas de justificación (legítima defensa, estado de necesidad) y causas que eliminan el reproche (obrar en coacción) –art. 34 del C.P.-, estableciéndose solamente que no serán punibles estos supuestos, cuando si bien esta es la consecuencia última, no es la única, ya que las distintas pueden provocar que se elimine la culpabilidad, y en otros ya la antijuridicidad de la conducta –lo que no es un dato menor, ya que en este supuesto se elimina también la posibilidad de participación criminal-.

Además, se advierte la necesidad de adecuar determinados institutos como la prescripción –su impedimento para delitos de lesa humanidad y la reevaluación del concepto “secuela de juicio” como causal de interrupción de la prescripción de la acción y de la pena-, y la posibilidad de considerar a los efectos de la declaración de reincidencia el tiempo de detención sufrido por el condenado en calidad de prisión preventiva y por el que luego se tiene por compurgada la pena privativa de libertad de efectivo cumplimiento ²³.

2. Deficiente previsión legislativa de los tipos penales

Cierto es que muchas veces es difícil la tarea legislativa consistente en establecer las descripciones típicas de una determinada conducta delictiva, más aún cuando se refiere a conductas complejas vinculadas con relaciones económico-financieras, o de delincuencia organizada y empresarial.

Pero muchas veces se privilegia el establecimiento de tipos demasiado abiertos, en aras de prever todas las posibles manifestaciones ilícitas, o se incluyen numerosos elementos normativos, circunstancia que puede tornar inaplicable la norma. Quizás sería preferible resignar la posibilidad de abarcar a todos los supuestos, considerándose los conocidos o más comunes, en aras de lograr sanción de, al menos,

²² Antecedentes Parlamentarios, Edit. La ley, 1994-2, pág. 58.

²³ Sobre estos temas, si se quiere profundizar, se me han publicados tres trabajos: “*La secuela de juicio en el procedimiento penal bonaerense*”, publicado en el Suplemento de Derecho Penal de “El Derecho” (13-9-02); “*La secuela de juicio: ¿interrumpe la prescripción de la pena?*”, publicado en la revista “El Derecho Penal” de “El Derecho”, de agosto de 2003; “*Un fallo que reincide en la discusión (sobre la reincidencia)*”, publicado en “El Derecho Penal” de “El Derecho”, de mayo de 2004.

alguno, y en la medida en la que se vayan incorporando en el entramado de relaciones sociales nuevos comportamientos cuya previsión no hubiera sido posible, pueden adecuarse las normas. Aquí toma vigencia, en procura de la efectividad de la labor persecutoria del estado, el conocido adagio “lo mejor es enemigo de lo bueno”.

La estabilidad del sistema no tiene que ser óbice para tal conclusión, ya que si se considera la cantidad de veces que se ha reformado el ordenamiento penal sustantivo en los últimos años, quizás de esta forma, incluso, se disminuya la frecuencia.

Sin perjuicio de ello, la aludida dificultad no es resorte exclusivo de la delincuencia económica u organizada. Muestra de ello, son los conceptos “enfermo” del inciso 4° de los arts. 142 bis. y 170 del C.P., “habitualidad” incluida en numerosas normas, “ventajas” del art. 258 bis, la calidad de “utilería” de un arma en el art. 166, “acceso carnal” y abuso “gravemente ultrajante” del art. 119, la “relación de preeminencia respecto de la víctima u otra circunstancia equivalente” del art. 120, y tantos otros supuestos.

Ahora bien, no solamente aparece como inadecuada la descripción de muchos tipos penales, sino también su inclusión en los títulos y capítulos correspondientes del Código Penal, circunstancia que puede dificultar la determinación del bien jurídico tutelado y por ende, también, de su aplicación.

Por ejemplo, el delito de soborno transnacional –art. 258 bis. del C.P.-, fue incluido dentro del título XI de los delitos contra la administración pública, cuando no necesariamente la afecta, ya que el tipo es común, no requiere ninguna cualidad funcional para el sujeto activo, y la administración perjudicada es extranjera, no la nacional. Pareciera que el delito afecta más al orden económico, y que la incorporación al capítulo del cohecho se motivó más que en su relación con el bien jurídico tutelado, en la similitud de la previsión legal de la conducta –entrega de dádivas con un fin de obtener un beneficio-.

Otro supuesto es el del lavado de activos de origen delictivo establecido en el art. 278 del Código Penal por la ley 25.246. Dicha norma reprime el blanqueo de capitales provenientes de un ilícito, aún cuando el hecho precedente haya tenido lugar fuera del ámbito de aplicación espacial de la ley penal, esto es, en el extranjero y sin que sea posible la aplicación del principio real o de defensa. Luego, teniendo en cuenta que en ese supuesto no se vulnera la efectividad del sistema persecutorio del Estado Nacional –sino, en todo caso, de otro Estado-, aquí tampoco hay afectación al bien jurídico que parecía tutelar.

Por último, cabe señalar una dificultad que se presenta, esta vez, por la deficiente utilización de un tipo penal en blanco. El art. 206 del Código Penal reprime penalmente la infracción a las reglas establecidas por las leyes de policía sanitaria animal. Esta norma, recientemente confirmada por la ley 25.890 publicada en mayo del año en curso, además de establecer un delito de mera infracción normativa y peligro presunto, importa una parcial renuncia a la delegación efectuada por las provincias al Gobierno Federal para el establecimiento del Código Penal –art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional-. Es que al remitirse a la infracción de leyes de policía sanitaria y no exigir que estas sean nacionales, permite la consideración de reglas provinciales e incluso municipales. No debe olvidarse que la regulación administrativa, como se dijo, es esencialmente local. Luego, ello implicaría que una omisión ser punible como delito en un municipio, mientras que en otro no lo sea.

Estos son tan solo algunos ejemplos.

3. Desproporción de las respuestas punitivas en ponderación de los bienes jurídicos tutelados.

El panorama del ordenamiento penal sustantivo presentaba, incluso con anterioridad al proceso de reformas que se ha generado en el último decenio, una

notoria desproporción entre las respuestas punitivas sancionatorias previstas para algunos delitos, en ponderación al bien jurídico tutelado y a las consecuencias que la ilicitud conlleva.

Así, por ejemplo, se advertían ya desde ese entonces, escalas punitivas “leves” para delitos de corrupción administrativa cometidos por funcionarios públicos, que, a no dudarlo, implican un disvalor de acción harto superior que el de muchos de los delitos contra las personas, la libertad o la propiedad, y provocan consecuencias incluso, aunque más no sea por vía indirecta, más lesivas que otros injustos, y consecuentemente son de mayor trascendencia social.

Pero últimamente el legislador, en vez de efectuar un examen pormenorizado de los contenidos de ilicitud de las distintas manifestaciones delictivas en relación al objeto de tutela y la modalidad, motivaciones y consecuencias de las conductas, en forma previa a la previsión de la sanción en abstracto, como parte de la respuesta espasmódica que brinda a los reclamos populares ha previsto sanciones que poco tienen que ver con tales parámetros ²⁴.

Así, por ejemplo, con posterioridad a la desaprobación social generada luego de un renombrado caso en el que perdieron la vida dos personas a causa del impacto que sufrieron por un automotor que participaba de una competencia urbana de velocidad –“picadas”-, se sancionó la ley 25.189 que elevó las penas de los delitos de homicidio y lesiones culposas. En éste último supuesto, el art 94 del C.P. estableció una pena máxima de tres años de prisión.

Luego, se ha generado una situación que puede dar lugar a una notoria desproporción, ya que la lesión leve dolosa tiene prevista una pena máxima de un año de prisión –art. 89 del C.P.-, mientras que si es culposa esta se eleva a tres años. Claro está que en ambos supuestos se provocó una lesión leve, y por ende el disvalor de resultado puede considerarse idéntico. Ahora bien, es indudable que el disvalor de acción de la causación dolosa del resultado es superior a la causación culposa, y que por ende el primer supuesto ameritaría una sanción más grave.

Pero como se ha visto, la situación normativa es la inversa, y no solamente la sanción prevista para el supuesto con menor disvalor de acción es tres veces superior, sino que no es pasible de adquisición del beneficio de la suspensión del juicio a prueba, ya que tiene prevista conjuntamente la pena de inhabilitación especial. Luego, aunque parezca irrazonable, la mejor defensa que puede aconsejarse a quien, a causa de la colisión con su vehículo automotor, le provoque a una persona lesiones leves, es que confiese que tuvo la intención de causarlas, ya que de esta forma en primer lugar acota el margen de sanción posible, y además puede procurar la obtención de la “probation”.

Esta desproporción ha quedado consagrada ya a niveles preocupantes, con la reciente sanción de la ley 25.886 que reformó el art. 189 bis. del Código Penal, ocurrida también luego de un episodio de trascendencia pública que puso en jaque al sistema de seguridad estatal. Dicha norma prevé una pena que oscila entre tres (3) años y seis (6) meses y (8) ocho años y seis (6) meses para la portación de armas de guerra, y por lo tanto hace siempre que se condene a una persona por este ilícito, que es de peligro abstracto, deba imponerse una pena superior a la que está prevista para el efectivo empleo de ese arma contra una persona sin herirla –art. 104 del C.P.-, ilícito que ya es de peligro concreto. Por supuesto que en caso que un abuso de armas sea perpetrado mediante un efecto que, además, se porte ilegítimamente, se presentará un concurso ideal entre ambas figuras que hará de aplicación la escala punitiva del delito más severamente penado. Pero lo que se quiere significar es la desproporción de las

²⁴ Reacción que aparece como una de las características más evidentes de la política criminal latinoamericana de los últimos años. Sobre el caso peruano, es muy ilustrativo el trabajo de Percy García Caveró “*La nueva política criminal intimidatoria e inoquizadora: el caso de la seguridad ciudadana en Perú*”, en *Prudentia Iuris* N° 57, pág. 93.

sanciones en la previsión legislativa, ya que es más grave la respuesta al peligro abstracto que al concreto.

Además, y esto es más notorio aún, es posible imponer una pena más severa para la mera portación del arma de guerra que para el homicidio que se cometa mediante el empleo efectivo del aludido medio –el máximo previsto por el art. 189 bis. del C.P. es, como se dijo, de ocho (8) años y seis (6) meses de prisión, mientras que el mínimo del art. 79 del C.P. es de ocho (8) años de prisión-.

Cuando al momento de prever sanciones, el legislador no pondera los bienes jurídicos tutelados ni las modalidades, motivaciones y consecuencias que conllevan las conductas que se decide tipificar como delitos, sino que se establecen en forma arbitraria o, peor aún, al sólo efecto de imposibilitar la obtención de una excarcelación –que dicho sea de paso, eso será así solamente en la medida en que todas las provincias se pongan de acuerdo en sus respectivos cuerpos procesales-, pueden arribarse a situaciones contradictorias como las apuntadas.

iv. *Incongruencia extrasistémica.*

La incongruencia del sistema penal no solamente se refiere a las normas establecidas en particular para la materia, sino por su disconformidad con las leyes de otras especialidades, a las que remiten.

Así, por ejemplo, mientras se mantiene la represión penal del deudor no comerciante concursado civilmente que haya llevado a cabo las conductas a las que hace referencia el art. 176 del C.P. en perjuicio de sus acreedores –art. 179 idem-, cuando el procedimiento del concurso civil fue eliminado por la nueva ley mercantil sobre la materia.

Sobre el tema de la quiebra fraudulenta, ha sido la nueva ley la que ha presentado una incongruencia con la ley penal que puede tornarla inaplicable, al disponer que la clausura del procedimiento por falta de activo presume fraude y obliga sin más a la remisión del expediente a la Justicia penal –arts. 232 y 233 de la Ley de Concursos-.

Debe tenerse en cuenta que para la constitución de una sociedad no se requiere más que el instrumento correspondiente, el capital mínimo exigido, del que, vale la aclaración, solo un porcentaje debe estar integrado, y que el domicilio constituido suele ser el del abogado o contador de la nueva corporación.

Así, una vez lograda la habilitación por la Inspección General de Justicia, la empresa como tal, dada la falta de exigencia por las entidades bancarias de mayores requisitos para obtener cuentas crediticias, puede obtener numerosas chequeras con las que posteriormente contraiga obligaciones diversas, que luego no pueda solventar, simplemente, por carecer desde un inicio de bienes con los cuales responder ante los compromisos asumidos.

Entonces, en el procedimiento concursal iniciado con motivo del reclamo de uno o varios de los acreedores, se constata la inexistencia de activo, se dispone el cierre del proceso y se remiten las actuaciones al fuero penal. Por supuesto que la presunción de fraude no causa ningún efecto probatorio para la determinación de la existencia o no de un delito, pero el hecho es que se satura la Justicia en lo Criminal con expedientes de quiebra en los cuales no se puede, dado el mismo procedimiento de constitución de la sociedad y posterior obtención del crédito, determinar que se presentan en el caso ninguno de los supuestos previstos taxativamente por el art. 176 como causales del estado falencial fraudulento.

Algo similar sucede con los cheques extraviados. Ante lo normado por el art. 63 de la ley 24.452, las entidades bancarias exigen a sus clientes que refieren que extraviaron un cheque que, si lo que desean es el rechazo del cartular si es presentado al cobro, que la denuncia de la pérdida sea en sede judicial, no conformándose con la tradicional exposición civil de extravío ante una dependencia policial.

Es frecuente que los particulares concurren a una mesa de entradas o receptora de denuncias, y como el extravío no es delito, aludan que realizarán una denuncia por estafa. Desinsaculado el Juzgado o Fiscalía a intervenir en el expediente y convocado el denunciante a ratificar el hecho que desea anotar, este refiere simplemente que extravió una chequera, y que si bien aún no se presentó ningún cartular al cobro, el banco girado le exigía la denuncia en sede judicial para detener el pago se cualquier documento que eventualmente se presentase.

De esta forma, una vez más se inunda a los tribunales de expedientes cuya confección es prescindible, destinándose la escasa fuerza laboral judicial para trámites estrictamente burocráticos, dado que uno o varios funcionarios o empleados tuvieron que abocarse a recibir una denuncia y luego realizar la pertinente desestimación por inexistencia de delito.

Otro ejemplo, esta vez correspondiente a otra materia, es el de la falta de adecuación del art. 2° inc. d) de la ley 13.944 de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar a las reformas introducidas al régimen civil por la ley 23.515. La norma penal sanciona al cónyuge que no prestara los medios indispensables para la subsistencia al otro, del que se ha separado legalmente y al que no se le ha asignado culpa, mientras que la restante norma ha consagrado el divorcio vincular. Luego, el incumplimiento de un régimen alimentario establecido por sentencia de divorcio vincular respecto del ex cónyuge al que no se le ha asignado culpa no ha sido previsto expresamente en la ley penal, a pesar de que fue modificada con posterioridad a la sanción de la civil²⁵.

Y si nos ponemos a reflexionar concienzudamente encontraremos unos cuantos casos más.

c. Sistemas procesales y la seguridad ciudadana

i. Aclaración preliminar

Alguien me comentó recientemente que la cuestión relativa a la adopción de un modelo de procedimiento penal no tiene que ver con la actividad político-criminal del estado, en el sentido de la asignación de respuestas al fenómeno delictivo, sino más bien la selección del método que, materializando todo el marco de garantías individuales concedidas por la Constitución Nacional y Pactos internacionales a ella incorporados, resulte ser el más eficaz.

Mencionó además que mayor efectividad en el sistema implicará en el corto y mediano plazo un aumento de los índices de condenas por ilícitos investigados, circunstancia que puede llevar a la errónea conclusión que el procedimiento falla.

Disiento con respecto al primer punto, ya que la efectividad del sistema de enjuiciamiento y su celeridad provoca la convicción de que, ante la comisión de un injusto, la sentencia condenatoria es más probable y más próxima, que el delincuente, por ejemplo, no podrá efectuar argucias procedimentales ante falencias del sistema para procurar la dilación del fallo y con ello quizás su imposibilidad –por prescripción, etc-.

Esta comunicación de efectividad del sistema, que por supuesto no puede avasallar ninguna garantía individual, sin duda implica transmitir que existen menores posibilidades de que quien delinque se salga con la suya, y quizás resulte más útil como contramotivación que la amenaza de pena en abstracto.

Además, debe tenerse en cuenta que la Nación ha incluido el tema dentro de su agenda primordial en materia de la política para paliar la situación de inseguridad,

²⁵ Ello, sin dejar de señalar que para una interpretación a la que adscribo, la nueva relación jurídica permitiría ser incluida en el tipo penal. Sobre este punto, ver “Leyes Penales Especiales”, Autores varios, Di Plácido Editor.

y por consiguiente corresponde su tratamiento a efectos de determinar si existen o no causas que los vinculen.

ii. Sobre el Juicio por jurados

Son múltiples las normas de la Constitución Nacional que se pronuncian sobre el tema. Así, el art. 24 determina que el Congreso promoverá el establecimiento del juicio por jurados., y el art. 75 inc. 12 ratifica que es atribución del Poder Legislativo Nacional el dictado de las normas que sean requeridas al efecto. Además, el art. 118 dispone que todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del despacho de acusación concedido en la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución.

Estas normas estaban ya vigentes –algunas de ellas con distintas numeraciones- en la versión original de la Ley Suprema, y a pesar de ello nunca se adoptaron las reglamentaciones correspondientes para la materialización del precepto. Se ha dicho sobre el particular que *“además de la notoria desobediencia al mandato constitucional en que durante más de un siglo incurrió el legislador común, lo que implica una suerte de subversión hacia las bases mismas del orden jurídico, es alarmante atender a las justificaciones doctrinarias de tal omisión.... se trata de un texto expreso, reiterado y vigente de las bases mismas del ordenamiento jurídico positivo, por lo que la postura antedicha se convierte en un liso y llano desconocimiento de lo que significa la derivación normativa de la validez.”*²⁶.

A efectos de soslayar la omisión legislativa de poner en marcha el mandato constitucional, se suele acudir a que la norma es programática, y por lo tanto depende de su instrumentalización reglamentaria, y que hasta la fecha “no se dieron las condiciones” para su puesta en marcha. De hecho, la misma Corte Suprema ha sostenido la idea de la discrecionalidad del legislador para el establecimiento del sistema²⁷.

No adscribo a esta excusa, ya que bajo el pretexto de que “no se daban las condiciones” para la concretización de un mandato imperativo, son numerosos los ejemplos en nuestra historia en los cuales se hizo caso omiso a deberes trascendentales. Baste recordar que la constitución política del país, con la incorporación de la Provincia de Buenos Aires, no se completó sino hasta transcurridos más de cuarenta años de la declaración de independencia, ya que muchos caudillos consideraban que no se daban las condiciones para su materialización, en virtud del estado de guerra interno, cuando eran ellos mismos quienes generaban la situación bélica. Luego, pareciera que es deber de la Nación generar las condiciones para cumplir con un imperativo constitucional.

Vélez Mariconde difiere, considerando, con Soler, que el precepto constitucional que consagra el jurado es una norma jurídica imperfecta, es decir, *“una simple aspiración, declaración o expresión de un ideal, puesto que a la hipótesis de que no se cumpla no se conecta consecuencia jurídica alguna, que sea, al mismo tiempo, la garantía del cumplimiento de aquella y la sanción de su incumplimiento. Tratándose, pues, de una norma sin sanción, de una “campana sin badajo” (Binding), lo mismo que el art. 102 de la Constitución Nacional, bien ha podido triunfar la opinión de que la institución del jurado popular depende, en*

²⁶ Jorge E. Vázquez Rossi, Derecho Procesal Penal, T. I, pág. 226.

²⁷ Fallos, 115:92; 165:258; 208:21; 208:225; todos ellos citados por Julio B.J. Maier, en Derecho Procesal Penal, T.I., pág. 778, Ediciones del Puerto

realidad, de un criterio de oportunidad o de conveniencia práctica, basado en las condiciones culturales del pueblo”²⁸.

No es momento de formular un análisis sobre la teoría de las normas de Binding, pero lo cierto es que la sanción, como consecuencia del incumplimiento de una regla, es tributo de una especie de norma. Pero lo cierto es que todo desoír de una ley conlleva necesariamente una repercusión negativa, y el caso que nos ocupa no es la excepción.

La directriz del art. 24 de la Constitución Nacional no es una “campana sin badajo”. Su incumplimiento importa ni más ni menos que la renuncia a un precepto constitucional, y con él, una parcial derogación del Estado de Derecho. Tampoco hay sanción prevista para el incumplimiento en materializar la puesta en marcha del Consejo de la Magistratura, pero nadie osaría afirmar que puede prescindirse de él.

Quizás nuestra tradición política nos haga incurrir en el error que la negación de una norma constitucional no tiene consecuencias, porque no está prevista en particular una sanción en su *quid*, *quantum* y *quo modo*. Pero la negación de una norma constitucional, incluso si es programática, importa la negación de las bases fundamentales del Estado y del derecho positivo argentino mismo.

No se ve muy en claro con una institución poco querida entre nosotros como lo es el jurado, pero si este razonamiento se traslada a otras regulaciones constitucionales que no tengan asignada sanción en particular, el Estado democrático corre riesgo cierto de desmoronarse, para dar paso a un totalitarismo que se justifique solo por su “oportunidad”. Lamentablemente no hemos sido ajenos a estas experiencias. No es conveniente volver a incurrir en ellas.

Sin embargo, son varias las dificultades que se presentan. La primera de ellas, tiene que ver con que el dictado de normas procesales es una facultad que no ha sido delegada expresamente por las provincias al Congreso Federal y que por lo tanto es conservada por ellas. Entonces, o bien se considera que la regulación a la que se refiere el texto constitucional se limita a los basamentos generales del sistema de juicios por jurados, cuya reglamentación en particular le corresponderá a las provincias; o bien se considera que la manda se refiere únicamente al sistema de enjuiciamiento para el fuero federal.

En éste último supuesto, la incidencia que podrá tener una modificación como la propuesta sobre el fenómeno de la inseguridad será muy acotada, en particular cuando la realidad indica que dicha situación se refleja primordialmente en jurisdicción ordinaria de las provincias –en especial, la provincia de Buenos Aires–.

Pero esta no es la única dificultad. De conformidad a lo normado por el art. 118 de la C.N., el juicio por jurados se refiere a todos los juicios por delitos “ordinarios”, de decir, excluyéndose los “especiales” o de competencia federal. Luego, si la regulación constitucional se refiere solamente al establecimiento de dicho sistema para la jurisdicción nacional, la norma presenta una incongruencia intrasistémica con los arts. 75 inc. 12 y 121 de la Ley Suprema, ya que por una parte la Nación se encuentra imposibilitada de dictar normas de procedimiento ordinario por no ser una de las facultades delegadas expresamente por las provincias, y que por lo tanto éstas preservan, y por el otro el sistema de jurados impone su aplicación precisamente para delitos ordinarios. Ello por supuesto, con

²⁸ Vélez Mariconde, Alfredo, Derecho Procesal Penal, Lerner Editor, Tomo I, pág. 220.

la excepción del fuero criminal ordinario de la ciudad de Buenos Aires, en la medida en la que el mismo siga perteneciendo al Poder Judicial de la Nación.

Entonces, para que no se genere una colisión de normas constitucionales, luego, la única interpretación posible es la primera, es decir, que la Nación solamente puede establecer los lineamientos generales del juicio por jurados, y la reglamentación en particular les corresponde a las provincias²⁹.

Esta conclusión se hace más inevitable aún, si se tiene en cuenta que la norma se refiere a los “juicios criminales”, excluyéndose los correccionales, cuyo juzgamiento le corresponderá a Tribunales profesionales, ya que no hay consenso entre los distintos cuerpos normativos procedimentales sobre la calidad de “correccional” de un delito (por ejemplo, mientras para la Nación se refiere a delitos cuya pena de prisión no supere los tres años, para la Provincia de Buenos Aires la categoría se extiende a aquellos supuestos cuya pena de prisión no supere los seis años –art. 24 del C.P.P.B.A.-).

Entonces, así quedaría circunscripto el ámbito sobre el cual podría versar una norma del Poder Legislativo Nacional, en la medida en la que se considere que el juicio por jurados tiene procedencia normativa. Aclaro desde ya que, por los argumentos que más adelante daré, el instituto de mentas no tiene procedencia normativa, por colisionar con otras normas de rango constitucional cuyo respeto es privilegiado.

1. Acerca de su procedencia normativa.

- a) El mandato profesional, ¿se refiere a jurados populares, profesionales, o mixtos?

Nada dice nuestra Ley Suprema sobre el tipo de jurado que es interés del poder constituyente se establezca en el territorio nacional. Debe entonces evaluarse cuál ha sido el contexto en el que se dispuso la inclusión de estas reglas, descendientes directas de la sexta enmienda de la Constitución norteamericana.

Entonces, corresponde repasar como era la conformación del sistema de enjuiciamiento criminal en la época pre-constitucional. Vélez Mariconde enseña que “según expresión de *Las Partidas* (L.V, Tít. I, P. II), el Rey era “puesto en la tierra en lugar de Dios para cumplir la justicia e dar a cada uno su derecho”. En él residía la soberanía absoluta; él era titular de todos los poderes; la justicia no era nada más que una rama del gobierno. En otros términos, la estructura institucional era extraña – como ocurrió en toda la época colonial- al principio de separación de poderes. Pero si bien el Monarca administraba justicia personalmente (solo o asesorado) en los casos más graves e importantes, y aún podía avocarse cualquier causa que fuera de su interés o conveniencia, ello era naturalmente excepcional. Como una exigencia ineludible, cada vez más creciente, de la extensión de sus dominios, instituyó tribunales, jueces y fiscales que lo representaban”³⁰. Luego, la derivación del regente de la labor jurisdiccional tenía más que ver con la necesidad imperante de descentralización por imposibilidad material de abarcar todos los supuestos, en particular en las colonias, que con una división de poderes. Así, la judicatura era ejercida por Audiencias reales, Alcaldes del Crimen u Oidores, Corregidores, etc.

El autor citado en primer término explica luego que con la emancipación, “cuando se constituyó la Primera Junta de Gobierno que asumió el poder en nombre del Rey español que estaba cautivo, o sea, aún antes de nuestra independencia, el

²⁹ En contra se expide Maier, como veremos más adelante.

³⁰ Alfredo Vélez Mariconde, *Derecho Procesal Penal*, Marcos Lerner Editor, T. I, pág. 162.

nuevo organismo dispuso que sus componentes debían quedar “excluido de ejercer el poder judicial, el cual se refundirá en la Real Audiencia, a quien se pasarán todas las causas contenciosas que no sean de gobierno”. Los próceres de Mayo afirmaron así, en el primer acto de liberación, el principio de separación de los poderes como pedestal del nuevo régimen jurídico, del nuevo ideario republicano que después fue ratificado en distintos cuerpos legales y que en definitiva llegó a imponerse” ³¹.

Si bien este principio fue luego reafirmado en el Decreto de seguridad individual de 1811, por la Asamblea del año 13, y por las Constituciones de los años 1919 y 1926, lo cierto es que todo el período de consolidación política del país, se caracterizó por el ejercicio de funciones judiciales por los Gobernadores –apelada-, que arribó a su punto cúlmine con la concesión de la suma del poder público al titular del ejecutivo bonaerense, Juan Manuel de Rosas ³².

En este contexto, en el que los abusos de poder, juicios sumarios y ejecuciones a enemigos políticos eran moneda corriente, resulta más que comprensible el énfasis puesto por el constituyente en procurar un sistema de enjuiciamiento criminal que refleje un notorio alejamiento del poder político.

El punto es que la Ley Suprema no ha exteriorizado si por jurados debe entenderse a tribunales colegiados profesionales que intervengan en juicios orales y públicos, a compuestos solamente por ciudadanos, o a los mixtos o escabinados. Se ha presupuesto que se refiere a alguna de estas dos últimas categorías, quizás en consideración del modelo empleado por el estado del que se ha receptado el precepto constitucional, en el que se ha asegurado la participación popular en el enjuiciamiento mismo.

Bajo esta perspectiva, podría considerarse que la primera de las categorías antedichas sea materialización suficiente del mandato, que de hecho no generaría mayores debates ni dificultades de implementación, ya que se encuentra vigente en la mayoría de los procedimientos penales de la Nación.

A esta conclusión podría arribarse si se tiene en cuenta que uno de los proyectos de Constitución federal previos al finalmente sancionado, del de la sociedad patriótica de 1813, establecía en sus arts. 173 y 175 que si bien el juicio debía establecerse por jurados, y las sesiones de los tribunales de justicia serán públicas, los “jueces” pasarían a deliberar en secreto. Si se tiene en cuenta que los integrantes de un jurado popular no pueden ser considerados en el contexto constitucional como “jueces” en el sentido estricto del término, ya que la calidad de tal se adquiere mediante un procedimiento especial que la misma Ley Suprema establece.

Sin perjuicio de ello, si se considera la opinión vertida por varios de los próceres que participaron en nuestra consolidación como Nación, que Maier cita en su obra ³³, una explicación como la expuesta no tendría cabida, ya que ellos exteriorizaron que la institución del jurado fue un logro precisamente por la participación popular.

Además, como el debate se enfoca fundamentalmente sobre la inclusión de jurados con participación ciudadana, sobre ellos corresponde hacer el análisis.

b) Jurados populares y la exigencia de “sentencia fundada” (arts. 17 y 18 de la C.N.).

Según he expuesto en el apartado anterior, el mandato constitucional dirigido al Congreso federal para que establezca legislativamente el sistema de enjuiciamiento criminal por jurados legos, queda circunscripto sólo a los lineamientos generales, quedándole a cada provincia la reglamentación en particular.

³¹ Vélez Mariconde, ob. cit., pág. 171.

³² Resulta interesante el relato que hace sobre este período el Dr. Isidoro Ruiz Moreno en “La Lucha por la constitución”, Edit. Astrea.

³³ Maier, Julio B. J., Derecho Procesal Penal, Ed. Del Puerto, Tomo I, pág. 778.

Entonces, pareciera que más allá de toda evaluación sobre la inconveniencia del modelo y sobre su carácter programático, el mismo resultaría normativamente admisible e imperativo, aunque con las limitaciones apuntadas. Sin perjuicio de ello, tal conclusión sería desacertada, ya que el sistema resulta contradictorio con otras normas constitucionales, a las que debe otorgarse preferencia.

En efecto, de lo establecido por el art.18 de la Ley Suprema, se desprende que nadie puede ser condenado sino en virtud de sentencia previa, “fundada” en ley anterior al hecho del proceso. Esto es, que se requiere, además de la ley antecedente al episodio sometido a enjuiciamiento, que el decisorio jurisdiccional sea motivado. Este requerimiento es apuntado por la regla del art.17 del mismo cuerpo normativo.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho, en innumerable cantidad de oportunidades, que la sentencia debe consistir en una derivación razonada del derecho en vigente con adecuación a los hechos de la causa. Los resolutorios que ponen fin a un conflicto que no reúnen tales requisitos, devienen arbitrarios y deben ser descalificados como actos jurisdiccionales válidos.

La motivación no solamente se refiere al derecho sino a los hechos, es decir, que deben exteriorizarse en un resolutorio con suficiente claridad los elementos de cargo y descargo recibidos durante el juicio, los argumentos de acusación y defensa, y las conclusiones sobre la ocurrencia del suceso y su autoría a las que arribe el Tribunal, para finalmente poder realizar el examen de adecuación de la conducta a un tipo penal, la existencia o inexistencia de agravantes, atenuantes o eximentes de responsabilidad, y la individualización final de la pena.

Ello es lo que permitirá al acusado examinar las razones por las cuales se lo condenó, y fundamentalmente se le otorgará la posibilidad de cuestionar las conclusiones a las que arribe el Tribunal, mediante las impugnaciones pertinentes. Pero sobre este punto me expediré en el apartado siguiente.

Además, si el veredicto es condenatorio, la exteriorización de sus fundamentaciones sirve para determinar luego si la sentencia adoptada por el Juez o Tribunal se adecua a los hechos probados, en particular en lo que se refiere a la tarea jurisdiccional por excelencia, que es la individualización de la pena en su “quid”, “quantum” y “quo modo”. Recordemos que este examen no es abstracto ni tabulado.

Para la selección de una pena cuando la norma establece alternativas, para su especificación dentro de la escala prevista y para la especificación de la modalidad de ejecución, deben tomarse en cuenta todas aquellas circunstancias que rodearon al hecho, como motivaciones, extensión del daño, condiciones personales del autor, actitud posterior al delito, reincidencias, etc., cuya exposición por el Juez en la sentencia, aún en el caso en que no sea él mismo quien emitió el veredicto, debe tener un correlato con las circunstancias acreditadas en el juicio, y por lo tanto, para ello, debe exigirse una fundamentación en ambos supuestos.

Los sistemas de enjuiciamiento por jurados, en su mayoría, se basan en sistemas de evaluación probatoria en los que no se exteriorizan los motivos de la decisión, esto es, en la íntima convicción del juzgador, más allá de toda duda razonable. Luego, no esta metodología no es admisible en nuestro contexto constitucional.

Sin perjuicio de ello, es prudente recabar la opinión del más alto estrado jurisdiccional de un país que tiene consagrado para algunos supuestos el sistema de enjuiciamiento criminal por jurados pero a su vez exige motivación de las sentencias. Este es el Tribunal Supremo Español, que recientemente ha intentado conciliar ambas cuestiones en un precedente³⁴ que, por su trascendencia e interés, me permito transcribir en varios de sus considerandos.

“Tanto la jurisprudencia de esta Sala como la del Tribunal Constitucional han insistido reiteradamente en la importancia que tiene la motivación de las resoluciones

³⁴ Sentencia 505-04, 21/4/04, Sala 2ª del Tribunal Supremo Español, Ponencia del Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.

judiciales. La Constitución española así lo impone directamente en el artículo 120.3 y como parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva en el artículo 24.1, pues este derecho ha sido entendido por el Tribunal Constitucional como un derecho complejo del que forma parte el derecho a obtener de los Tribunales una resolución suficientemente fundada en derecho. La finalidad de la motivación es múltiple. De un lado permite la comprensión de la decisión por parte de aquellos a quienes va destinada, directa o indirectamente, pues no ha de perderse de vista que las resoluciones judiciales no son meros actos de voluntad sino el resultado de la aplicación razonada y razonable del derecho, de modo que deben estar y parecer alejadas de cualquier sombra de arbitrariedad o irracionalidad. De otro lado, facilita el control de estas resoluciones por la vía del recurso, de modo que el Tribunal que conoce del mismo puede a través de ella conocer las razones del órgano que la ha dictado tanto en relación a la determinación de los hechos como al derecho aplicable. Y finalmente, constituye un elemento de extraordinaria utilidad para quien dicta la resolución, pues mediante su expresión le facilita el control y la comprobación de la racionalidad y acierto de su proceso de decisión. Hemos dicho también que el derecho a la tutela judicial efectiva no impone una determinada forma de razonar ni tampoco una extensión concreta en el desarrollo de la argumentación. Basta, en cada caso, con la expresión de las razones de forma que resulte comprensible, debiendo acudir a las características del caso concreto para comprobar la necesidad de una mayor extensión o complejidad del razonamiento.”

“Es por eso que no es preciso motivar lo que resulta obvio o no es preciso extenderse en aquellos aspectos de la cuestión que no han sido objeto de controversia entre las partes al aceptarlos expresa o tácitamente.”

“En lo que se refiere al jurado, hemos señalado en alguna ocasión (STS nº 132/2004, de 4 de febrero), que es un órgano jurisdiccional más, integrado dentro de la organización judicial española en el ámbito de la justicia penal, de tal manera que, sin perjuicio de las especialidades procedimentales que se recojan en la ley, los principios, las reglas y los criterios que se deben tener en cuenta en relación a los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a los que se ejercita la pretensión penal no pueden verse sustancialmente afectados por el hecho de que el enjuiciamiento se realice ante uno u otro Tribunal, diferenciados entre sí por su composición con jueces profesionales o legos, pero sujetos unos y otros en la misma medida a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.”

“Por lo tanto la obligación de motivar resulta exigible a los jurados en la medida necesaria para que su decisión resulte comprensible y sea posible el control sobre su racionalidad. En la sentencia antes citada decíamos también, que “es cierto que, cuando se trata de sentencias dictadas por el Tribunal del Jurado, no puede exigirse a los ciudadanos que lo integran el mismo grado de razonamiento intelectual y técnico que debe exigirse al Juez profesional. Por ello la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado sólo requiere en el artículo 61.1.d), que conste en el acta de votación la expresión de los elementos de convicción y una sucinta explicación de las razones por las que han declarado o rechazado declarar como probados unos determinados hechos”. La ley no desconoce las dificultades argumentativas que se les pueden presentar a los jurados, pero tampoco ignora que es posible una explicación suficiente de las razones de la decisión de declarar probados unos determinados hechos en la medida en que puede facilitarla un profano en derecho.”

“También en la mencionada sentencia hacíamos una referencia a la segunda parte de la motivación, la que debe aparecer en la sentencia del Tribunal del Jurado, dictada por el Magistrado Presidente. Decíamos que de aquella forma se integra la motivación del veredicto “que debe ser lo suficientemente explícita para que el Magistrado-Presidente pueda cumplir con la obligación de concretar la existencia de prueba de cargo que le impone en artículo 70.2 de la ley, completando aquellos aspectos (en este sentido, STS núm. 956/2000, de 24 de julio; STS núm. 1240/2000, de

11 de setiembre, y STS núm. 1096/2001, de 11 de junio). La motivación de la sentencia del Tribunal del Jurado viene precedida del acta de votación, que constituye su base y punto de partida, en cuanto contiene la expresión de los elementos de convicción y una sucinta explicación de las razones por las que los jurados han declarado o rechazado declarar determinados hechos como probados. Pero debe ser desarrollada por el Magistrado-Presidente al redactar la sentencia, expresando el contenido incriminatorio de esos elementos de convicción señalados por los jurados y explicitando la inferencia cuando se trate de prueba indiciaria o de hechos subjetivos. Se trata de una responsabilidad que la ley impone a quien puede cumplirla, pues el Magistrado-Presidente, que ha debido asistir atento al juicio y a sus incidencias; que ha entendido en el momento procesal correspondiente que existe prueba valorable que impide la disolución anticipada; que ha redactado el objeto del veredicto, y que ha debido impartir al jurado instrucciones claras sobre su función y la forma de cumplirla adecuadamente, debe estar en condiciones de plasmar con el necesario detalle en cada caso, cuáles son las pruebas tenidas en cuenta por los jurados y cuál es su contenido incriminatorio, así como, en caso de prueba indiciaria y de elementos subjetivos, cuál es el proceso racional que conduce de forma natural desde unos hechos ya probados hasta otros hechos, objetivos o subjetivos, necesitados de prueba. Pero la exigencia de motivación, en cuanto elemento que permite la inteligibilidad y el control de la racionalidad de la decisión, no desaparece ni se debilita cuando se trata de una sentencia del Tribunal del Jurado y por lo tanto, aunque no sea exhaustiva, debe ser suficiente para dar adecuada satisfacción a las necesidades que justifican su exigencia. (STS nº 2001/2002, de 28 noviembre), pues no se trata solo de un deber impuesto a los Tribunales, sino de un derecho de los ciudadanos, orientado de un lado a facilitar la comprensión de las decisiones judiciales y de otro a permitir su control a través de los recursos pertinentes".

Pero ¿es posible lograr la motivación suficiente por un jurado popular?. En primer lugar, corresponde aclarar que debido a esta exigencia de motivación, no todo ciudadano estaría en condiciones de integrar un jurado, debiendo exigirse en primer término un nivel básico educacional.

Por supuesto que una conclusión como la esgrimida provocará todo tipo de cuestionamientos, por considerarla violatoria del principio de igualdad consagrado por el art. 16 de la Constitución Nacional. Pero recordemos que, como bien señala Vélez Mariconde, la misma norma establece que todos los habitantes de la Nación son admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad y que ello implica que "la idoneidad es una condición esencial para ejercer cualquier función pública, sea transitoria o permanente"³⁵.

Además, ante todo, el juicio previo es un derecho para el imputado. Por lo tanto, el juicio por jurados también debería serlo, y si se quiere dotar al mismo de legitimidad constitucional y por ende de efectividad, debe abastecerse un mínimo de motivación en la decisión, para lo cual debe asegurarse un mínimo de formación para poder hacerla³⁶.

³⁵ Vélez Mariconde, ob. cit., pág. 224.

³⁶ En "Sistemas procesales penales comparados", Dir. Edmundo S. Hendler –Ad Hoc, pág. 500 y sgtes.-, Daniel Lago y otros autores señalan que en la experiencia extranjera la cuestión no tiene unánime resolución, ya que mientras la suprema corte de los Estados Unidos sostuvo que "limitar el servicio del jurado sólo a grupos especiales o excluir a segmentos identificables que representan papeles importantes en la comunidad no puede armonizar con el concepto constitucional del juicio por jurados" (Taylor vs. L.A.), los sistemas Español y Francés, por ejemplo, exigen una serie de requisitos mínimos – lectoescritura en idioma local- y establece una serie de incompatibilidades –carecer de condenas anteriores, no ser funcionario ni empleado público actual o destituido, no haber sido quebrado, y no ser miembro de la Iglesia, ello en Francia, a lo que España suma que no sea miembro de la Familia real, excluyendo las últimas dos causas apuntadas para el caso francés-. Pareciera que esto último no es de agrado de los autores, que sostienen que "para hablar de un verdadero juicio por los pares, el sistema no

No puede opacar esta conclusión afirmar que existe un “derecho a integrar un jurado”, que pretenda esgrimir quien no reúna los requisitos mínimos de formación, como derivado de un sistema democrático que asegure la representación popular, ya que se estaría vulnerando uno de los pilares del Estado de derecho que se pretende afirmar mediante la democracia: el derecho a ser enjuiciado por un órgano imparcial y capaz.

Debe tenerse en cuenta que más allá de que la adecuación final de la conducta a un tipo legal sea resorte judicial y no pueda ser impuesta por las partes –“iura novit curia”-, una vez formulados los cargos por el acusador, será el jurado el que deba expedirse sobre si se tuvieron por comprobados todos los elementos del tipo objetivo, que en muchas ocasiones no son de fácil determinación, como por ejemplo la frustración de una expectativa crediticia cierta que pueda o no constituir el perjuicio de un fraude, o si ha habido abuso de la inexperiencia de un deudor en la usura, o si un homicidio ha sido motivado en la codicia del sujeto activo, o si se acreditó la existencia de un arma propia o de una banda como agravantes del robo, e innumerable cantidad de supuestos que han dado lugar a largos debates jurisprudenciales y doctrinarios.

También deberá expedirse el jurado para establecer, por ejemplo, si se han comprobado los elementos subjetivos del tipo, y aquí variará su consideración según sea si tienen una posición sobre el dolo de tipo voluntarista o no; y para el caso de los ilícitos culposos, deberán exteriorizar si una determinada conducta u omisión ha incrementado un riesgo y si el mismo se verifica en el resultado.

Ello sin dejar de señalar los problemas que podrán presentarse para los integrantes del jurado cuando deban concluir si ha habido o no legítima defensa o un abuso intensivo de dicha causal de justificación por irracionalidad del medio empleado; o cuando deban fundamentar la ponderación de males causados y evitados por un autor que ha omitido pagar al Fisco los aportes previsionales que retuvo de sus empleadores para concluir si ha obrado justificado o si puede ser eximido de reproche en virtud de haber sido situado en un estado de necesidad justificante o disculpante –con las consecuencias que ello conlleva sobre la posibilidad o imposibilidad de establecer participaciones criminales-, o si puede ser considerada la “actio libera in causa” para afirmar la capacidad de culpabilidad de una persona, o si los errores que una persona esgrime sobre el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta efectivamente han sucedido.

Los ejemplos propuestos son solamente algunos que han presentado debate, en algunos casos con posturas encontradas dentro de los mismos jueces profesionales integrantes de un tribunal colegiado. Pero ellos y tantos otros que pueden llegar a surgir si nos disponemos brevemente recordar la propia experiencia forense y la casuística recolectada por la doctrina y jurisprudencia, son supuestos cuya existencia debería ser determinada por un jurado.

Cierto es que el lenguaje jurídico amerita ser simplificado para que sus destinatarios puedan comprender más acabadamente sus alcances, más aún cuando la complejidad de las relaciones interpersonales incrementada cada vez más, en particular de la mano del avance de la ciencia, amerita que el derecho se expida sobre las mismas. Cierto es también que los argentinos, en particular, tenemos una vocación notoria para dificultar la comprensión de los razonamientos en virtud de la utilización de categorías dogmáticas cada vez más complejas, que incluso se tornan, en algunos supuestos, totalmente desprovistas de vinculación con nuestra realidad socio-cultural, quizás por aquello que nos cuesta pensar con cabeza propia y que nos lleva en muchas

puede ser discriminatorio en ningún sentido. Para ser lo más representativo posible de la sociedad entera, los requisitos para integrarlo debieran obedecer a los rasgos sociales predominantes de la comunidad en donde funcione”. Lo que sucede es que en muchas oportunidades tales rasgos sociales predominantes de la comunidad del acusado pueden hacer imposible la motivación escrita de los fundamentos con acuerdo a la ley positiva nacional –algo ya se ha visto en ciertas agrupaciones indígenas, que se rigen por sus propias normas-.

oportunidades a importar pensamientos sin más, circunstancias que deben invitarnos a reflexionar sobre esta tendencia, cada vez mayor.

Pero no menos cierto es que si un jurado de ciudadanos que no necesariamente tienen conocimientos especiales, incluso en el supuesto en que se limitara su integración con exigencias básicas educacionales, al ser convocado para expedirse sobre si se tuvieron por acreditados algunos de los extremos antedichos, se va a ver seriamente dificultado para concluirlo, cuando no impedido. Porque, a no confundirse, un jurado debe expedirse sobre la “culpabilidad” –o inocencia- de una persona en relación a un “delito” que se le imputa –esto es, un hecho típico, antijurídico, y culpable-. Entonces, sus integrantes no se limitarán a constatar si tienen por probadas circunstancias de hecho.

En este estado de cosas, no es posible afirmar un sistema que fallará en innumerable cantidad de oportunidades –de seguro más que los yerros en que incurren jueces profesionales³⁷-, ya sea por defecto, esto es, por absolver en virtud de falta de conocimientos para concluir si se han probado determinados elementos; o por exceso, por condenar con fundamento en la personalidad del autor o en una necesidad de otorgar una respuesta a un hecho delictivo y restituir una falsa creencia de seguridad, aunque no hayan podido determinar fehacientemente si se presentan todas las exigencias legales.

Es aquí prudente convocar la opinión de Iñaki Esparza Leibar, que analiza el establecimiento del juicio por jurados en España, país con afinidad socio-cultural y normativa con el nuestro, y que por lo tanto impone la consideración de su experiencia. Explica que, al igual que en nuestro medio, la Constitución Española exige la motivación de las sentencias, y que la razón por la cual formula tal requerimiento es la de evitar la arbitrariedad de las resoluciones judiciales. Considera que ello es parte del derecho a la tutela judicial efectiva que formula el aludido cuerpo normativo, y que entre nosotros está asegurada por el art. 18 de la Ley Suprema y por los pactos internacionales sobre derechos humanos incorporados al marco normativo constitucional por su art. 75 inc. 22.

Expone el citado jurista que *“cualquier resolución, en la medida en que sea motivada hace públicos los argumentos en los que descansa su parte dispositiva o fallo, de manera que restringe drásticamente, sino la posibilidad de dictar una resolución no razonable o arbitraria, sí al menos la eventualidad de que la misma devenga firme, dado que quedarán expuestos –tanto más cuanto más insostenibles sean desde el punto de vista lógico jurídico- los fundamentos de la sentencia, su construcción interna. La vulnerabilidad de una resolución será directamente proporcional a su incorrecta fundamentación”*³⁸.

La ley de enjuiciamiento por jurados española exige que el mismo contenga una sucinta explicación de las razones por las que han declarado o rechazado declarar determinados hechos como probados. Esparza Leibar afirma, sobre la base del estudio, entre otras fuentes, del “Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre la experiencia de la aplicación de la vigente ley orgánica del tribunal del jurado” elaborado en el año 1998, que en un cincuenta por ciento de los casos la motivación de las decisiones del Tribunal del Jurado es, en realidad, inexistente o cuando menos, manifiestamente insuficiente.

Concluye finalmente, luego de analizar los presupuestos de la ley orgánica que pone en manos del Magistrado Presidente la obligación de redactar la propuesta de

³⁷ Digo yerros, y por lo tanto involuntarios; cualquier otra falencia atribuida a desidia o corrupción de los Magistrados queda fuera de discusión en este punto, aunque toma relevancia en otros. El punto de partida de la evaluación es con un sistema judicial capaz, esforzado y probo, con anticuerpos generados por un Jury de enjuiciamientos de jueces que tenga las mismas características.

³⁸ Esparza Leibar, Iñaki, “El veredicto. Su formulación por parte del jurado español”, en “Juicio por Jurados en el Proceso Penal”, autores varios, Ad-Hoc, pág. 389.

veredicto pero en base a los términos fijados por los legos, y la modalidad tradicional de elaborar la motivación de una sentencia a través del silogismo judicial, que “no es estrictamente motivación –en el sentido que la Constitución Española exige respecto de las resoluciones jurisdiccionales- la actividad de los jueces legos en relación al veredicto, que se plasma en el acta de votación (...) Evidentemente, la referida actividad no está al alcance de personas legas en derecho, ya que requiere de una sólida formación jurídica. Optar entre las diferentes alternativas o consignar el resultado de la votación no debería ser sinónimo de motivación, ni siquiera sucinta (...) es complicado motivar una sentencia en la que en base a una cualificada metodología se debe seguir un complejo procedimiento psicológico y técnico – jurídico. Donde la experiencia –juicios lógicos, históricos, máximas de la experiencia, etc.- juega un decisivo papel. Cuya finalidad última no es otra que la de excluir la arbitrariedad en el ejercicio de la función jurisdiccional. Debemos concluir que todo ello no es exigible respecto de un jurado. Los jueces legos ni pueden ni deben motivar. Por lo tanto, lo que la Ley del jurado exige a los jueces legos en relación con el veredicto no es propiamente motivación en sentido técnico-jurídico”³⁹.

Queda claro entonces que en un sistema de juicio por jurados, no es posible dar cumplimiento, al menos en forma suficiente, con el requisito de fundamentación de las sentencias. La tentativa de conciliar la exigencia constitucional de motivación de las resoluciones jurisdiccionales con el establecimiento de un sistema de juicio por jurados, que impuso el abandono de su tradicional mecanismo valorativo del marco probatorio a través del sistema de la íntima convicción, ha fracasado.

Como hipótesis de mínima, si se quiere procurar una fundamentación al menos en forma rudimentaria –como pareciera exigir el Tribunal Supremo Español-, que desde ya no abastece nuestras exigencias constitucionales, debería como mínimo requerirse un nivel de conocimientos suficiente, que circunscribiría a unos pocos la posibilidad de integrar el jurado y provocaría, consecuentemente, la desnaturalización de la finalidad esencial del juicio por jurados, que es asegurar la participación de la ciudadanía en el juzgamiento, ya que la restante, esto es, procurar el enjuiciamiento criminal de una persona por sus pares ya se ha asegurado por otras vías, al derogarse ya en 1853 los fueros personales, establecerse el principio de Juez natural e impedirse la configuración de comisiones especiales –arts. 16 y 18 de la C.N.-.

Jorge Sandro efectúa una de las críticas más acérrimas contra la argumentación efectuada, sosteniendo que “...la decisión de los jurados no es de carácter técnico-jurídico, sino que significa una decisión política relativa a la trascendencia que el caso asume para la comunidad. La declaración de culpabilidad simplemente habilita la aplicación de la ley penal del Estado, por sus órganos propios y en cualquier sentido (condena u absolución), en tanto que la declaración de inocencia impide, directamente, la actuación de la ley penal sustantiva. Ya veremos que, cuando se cuestiona la idoneidad de los jurados para adoptar decisiones en materia penal, y se los vitupera por su ignorancia jurídica, se incurre en un error grave que parte de la incompreensión básica del instituto. Los ciudadanos que integran tribunales de esta naturaleza se limitan a emitir una opinión responsable sobre el mérito o demérito del hecho juzgado, que aprecian con las dotes intelectuales y valorativas del hombre común. No sustituyen al juez técnico, sino que simplemente autorizan (o no) en nombre del pueblo, el juzgamiento legal de la acción considerada...”⁴⁰.

Disiento respetuosamente con lo que sostiene quien no hace mucho fuera mi distinguido profesor. Es que dada la complejidad de determinadas figuras delictivas, que de hecho han provocado la especialización de fueros –Federal, Penal Económico, Tributario, etc.-, se hace necesario que sea un capacitado quien también juzgue sobre

³⁹ Ob. cit., pá. 397.

⁴⁰ Sandro, Jorge Alberto, “Reflexiones sobre el jurado popular”, en “Hacia una nueva justicia penal...”, pág. 141.

los hechos. Hay elementos del tipo objetivo de determinadas figuras delictivas que requieren análisis por quien se encuentra en una especial situación de capacidad, y que de hecho han generado discusiones doctrinarias y jurisprudenciales, que una persona común no se hallará en capacidad de considerar con suficiente certeza. Basta considerar la presencia de elementos normativos como “funcionario público”, el carácter “apreciable” de un enriquecimiento ilícito, y particularmente en los delitos culposos en los que se requiere establecer si se ha violado un deber objetivo de cuidado, cuando se habla de disciplinas que ameritan divisiones funcionales de tareas en un grupo de trabajo.

El citado jurista intenta responder esta inquietud, considerando que *“cualquier persona normalmente socializada está en condiciones de juzgar a otro ciudadano, según los criterios ético-sociales “standard” de la comunidad en que vive, y la situación no se modifica por el hecho de que ese juzgamiento deba tener lugar en el seno de un sistema institucional de administración de justicia. Es necesario insistir en que la decisión del jurado popular tiene el carácter de una aprobación o desaprobación social de la conducta juzgada, y para esta función están habilitados por igual (como mínimo) los ciudadanos técnicos y los legos (...) Se trata, en definitiva, de la misma premisa que funda, con sentido inverso, el sistema de reacción penal. La imputación de un delito supone, en el aspecto subjetivo, el conocimiento real de los presupuestos objetivos del tipo (dolo) y la posibilidad de comprender la antijuridicidad de la acción que realiza. No se exige, por cierto, un conocimiento técnico preciso de la ley violada, sino exclusivamente, en ambos niveles, el saber común del lego o del profano. Es debido a eso que, por ejemplo, los elementos normativos del tipo (jurídicos o culturales) pueden y deben ser aprehendidos para que haya dolo, tanto por el hombre común como por los juristas (de lo contrario, sólo éstos podrían delinquir), y también cualquier persona debe estar en condiciones de comprender la ilegitimidad de su comportamiento. Cuando la ley penal exige, cual presupuesto de la pena, la posibilidad de “comprender la criminalidad” de un acto propio (convirtiéndose en delincuente) excluyen esa comprensión (art. 34, inc. 1º, Cód. Penal), está reconociendo a los destinatarios de la norma (en general, todas las personas de la comunidad), la aptitud judicativa suficiente para fundamentar el reproche de la acción contumaz. Es totalmente absurdo, entonces, admitir que el ciudadano pueda “comprender la criminalidad” de un acto propio (convirtiéndose en delincuente) y no esté en condiciones, empero, de “comprender la criminalidad” de un acto ajeno, si se trata de juzgar a otro con las mismas pautas de valoración social que a él le incumben...”*⁴¹.

En resumidas cuentas, lo que afirma el citado jurista es que resulta un contrasentido afirmar la responsabilidad penal de un individuo para convertirlo en criminal, sobre la base de un conocimiento actual de los elementos del tipo objetivo y un conocimiento potencial de la antijuridicidad de la conducta exigible a todo individuo con posibilidad de valoración paralela a la esfera del lego, y que por el contrario un individuo en las mismas condiciones no se encuentre posibilitado para juzgar la conducta de otro. Es decir, que un ciudadano sea capaz de juzgar su propia conducta y que de allí, por desobedecer el mandato jurídico, le sea efectuado un reproche penal, pero que no sea capaz de juzgar las conductas de otros.

Pero en determinadas circunstancias, no todo individuo tiene capacidad para comprender la antijuridicidad de su conducta, es decir, que la misma no solamente se adecua a un tipo penal, sino que a su vez contraría todo el ordenamiento jurídico al no encontrarse justificada por causal ninguna; solamente se encuentran en tales condiciones individuos que se hallan en una posición determinada en virtud de sus conocimientos, constituyen el sujeto especial propio que requiere la figura. Un ejemplo de ello podría ser una defraudación tributaria o previsional. No todo ciudadano puede examinar ni siquiera si se abasteca el tipo objetivo, sino que requerirán conocimientos

⁴¹ Sandro, Jorge Alberto, Ob. cit., pág. 142/143.

especiales. Ni siquiera si se les efectúa una detallada explicación profesional a través de un peritaje, expresado en términos lo más comprensibles posible. Tan es así, que el Estado Nacional no se ha contentado con abastecer de peritos oficiales, sino que ha establecido un Fuero especializado en la materia, por cuanto ni siquiera todos los Jueces se encuentran capacitados para enjuiciar esas conductas en cuanto a los hechos mismos.

Se podría contestar que podría establecerse para casos de complejidad jurados de profesionales especializados, que para el ejemplo propuesto podría ser uno compuesto por contadores. Pero podría pecar de constituirse en un órgano pericial que se expida sobre la mera omisión de cumplimiento de las formalidades y controles, más que en el “juicio de desaprobación social” al que se refiere, que además exige, por ejemplo, la determinación de una efectiva lesión al bien jurídico tutelado, además de la constatación de las restantes exigencias dogmáticas.

Pero ni siquiera este supuesto es admisible, ya que el jurado debe expedirse no solamente sobre si se presentan los elementos objetivos del tipo, sino si el hecho delictivo ha ocurrido y si el imputado es su autor. Esto es, si existe una conducta típica, antijurídica y culpable, sin perjuicio de la final significación jurídica y pena que le otorgue el Juez profesional. Es decir, se formulan cargos o imputaciones que, aunque sea “prima facie”, deben vincularse con una figura legal, y el jurado debe expedirse sobre si se presentan todas las exigencias legales.

Vemos que incluso se presentan complicaciones ya en el primer estamento del análisis, para la consideración de la existencia o no de una conducta, de discusiones que pivotan sobre los actos reflejos y la diferencia que con éstos tiene un “acto automático”, sobre si hubo fuerza física irresistible o un sometimiento voluntario a ella que no excluiría la acción, etc.

Luego, tendrá que analizar también el jurado si la persona imputada en el caso en concreto estuvo o no justificado en su obrar, es decir, si la legítima defensa o el estado de necesidad alegados por el patrocinio letrado se presentan, si hubo un exceso en la primera, si se admite el exceso extensivo o solamente el intensivo, etc., o si por el contrario hubo una causa que impide el reproche por imposibilidad de exigirle al imputado otra conducta, etc. No hace falta remitirnos a la discusión producida en el caso “Adot”⁴² en el que se analizó la incidencia dogmática de la situación que provocó que una persona, en aras de procurar el salvataje económico de su empresa, omitiera depositar ante el Fisco los aportes previsionales retenidos a sus dependientes. Dificultades interpretativas se pueden presentar también en un homicidio.

La desaprobación social se analiza en todos los estamentos de la teoría del delito, ya que un hecho típico pero no antijurídico no es siquiera un injusto; y el que es antijurídico pero no culpable si bien es injusto, no es socialmente desaprobado no obstante que haya provocado una alteración en el orden jurídico, dadas las circunstancias del caso relacionadas con la especial situación del individuo sometido a enjuiciamiento al momento de llevarse a cabo el suceso.

Quizás el problema no se presente cuando el veredicto del jurado es afirmando la culpabilidad del sujeto sobre presupuestos de un erróneo análisis de los hechos, si el sistema prevé que el Juez profesional, cuando finalmente efectúa el análisis jurídico, pueda igualmente absolver por sostener que la conducta es atípica y el jurado ha evaluado mal un elemento normativo que en el caso no se presenta, o que no es antijurídica por cuanto el mismo ha descartado equivocadamente una causa de justificación, etc.

Pero el problema se presenta cuando el veredicto es absolutorio, que impide al juez profesional pronunciarse en contrario, y a él se llega por errores valorativos del plexo probatorio. Como veremos más adelante, aún si se declara el “mistrial” o nulidad del proceso, ello impedirá un nuevo juzgamiento. Circunstancias como ésta contrarían

⁴² Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de Buenos Aires.

el mandato conferido a los constituyentes por los pactos preexistentes, para que promuevan el “afianzamiento de la justicia”.

El examen que debe realizarse en un veredicto, luego de celebrado un juicio, no es solamente de las pruebas desprovistas de su significado jurídico. Es un examen valorativo a la luz de las normas, que se extiende hasta los primeros estadios del análisis. No existe una pretendida desconexión de los hechos con el derecho. Menos aún con el avance de la ciencia jurídica, que va en sentido contrario, al ir incorporándose condimentos normativos en cada estamento dogmático. De hecho, desde hace mucho ya no distinguimos más entre errores de hecho y de derecho, sino entre errores de tipo y prohibición, y en ambas categorías hay mezclas evaluaciones normativas y fácticas – ej., errores sobre los elementos normativos del tipo, o sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación-⁴³.

Pero ya que estoy hablando sobre los errores, algo se viene a mi mente en relación a la fundamentación dada por Sandro. Cuando una persona yerra sobre el juzgamiento de su propia conducta, y efectúa una deficiente pero evitable ponderación sobre la antijuridicidad de la acción por ella desarrollada, no es eximida de reproche normativo, que, aunque atenuado, aún se le efectúa. Me pregunto yo: ¿Qué sucede cuando una persona yerra en el juzgamiento de otra, con un error evitable?. ¿Subsistirá el juicio, pero con aplicación de una sanción atenuada?. Esta consecuencia no es admisible, y entonces no es aceptable un sistema sometido a errores de esta naturaleza. No es que se desconozca que los jueces yerran. Lo que sucede es que si lo hacen, sus decisiones pueden ser corregidas por un análisis posterior, lo que no es posible en un sistema de juicio por jurados.

c) Jurados populares y la garantía de la doble instancia judicial.

Una de las principales funciones –no la única- de la exigencia de fundamentación de la sentencia que contienen los arts. 17 y 18 de la Ley suprema, es permitir el contralor de la legitimidad del acto jurisdiccional válido por las vías recursivas otorgadas en cada caso.

Esta facultad ha sido transformada en un derecho de expresa jerarquía constitucional en la reforma del año 1994, en virtud de la incorporación efectuada por el art. 75 inc. 22 de dicha norma, de la Convención Americana sobre Derecho Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Estas regulaciones internacionales establecen la regla del doble conforme, esto es, la posibilidad de recurrir

⁴³ De hecho, esto es reconocido por uno de los defensores del Juicio por jurados, Julio J.B. Maier. Dice que “se ha pretendido describir formalmente este sistema, desde el punto de vista jurídico, explicando que los jurados se pronuncian sobre los hechos históricos, sobre la existencia o inexistencia en el mundo real del comportamiento que se imputa al acusado, para lo cual son sometidos, por los jueces profesionales, a un interrogatorio que debe dar respuesta a una o varias preguntas, según las distintas formas de proceder de las variadas leyes procesales que trabajan con el jurado, mientras que los jueces profesionales deciden sobre la aplicación del Derecho penal. La explicación es, a mi juicio, irreal, por una parte, y, por la otra, mezquina. Una separación estricta entre hechos y Derecho en la decisión judicial es imposible. Se parte siempre de preconceptos normativos que indican, al menos, cuáles son los elementos de la realidad que interesan al Derecho (selectividad histórica) Para calificar una acción como homicidio no interesa, por ejemplo, el color de la piel del agente o de la víctima, el mayor o menor tamaño del arma empleada, incluso la falta de utilización de un arma. Por lo demás, existen, en los tipos penales, mandatos o prohibiciones, elementos valorativos que no están vinculados a circunstancias fácticas, sino que constituyen elementos normativos e la acción (la cualidad jurídica de una cosa de ser total o parcialmente ajena, en el hurto; la honestidad de la víctima, en el estupro; la calidad de administrador o custodio de un patrimonio ajeno, según la ley o un acto jurídico, del autor de administración fraudulenta). La decisión judicial presenta, por ello, una verdadera interacción múltiple entre hechos y reglas, que, por sucesivas aproximaciones, logra el fallo; depende, así, tanto del conocimiento de los hechos como de las reglas. Técnicos y legos, jueces profesionales y jurados, en más o en menos, utilizaron este método para decidir”. Ob. cit, pág. 789 y sgtes.

una sentencia condenatoria en materia criminal ante un Tribunal Superior, la primera en su art. 8 inc. 2 ap. h) y la segunda en su art. 14 inc. 5°.

Cierto es que el establecimiento de la oralidad para el enjuiciamiento criminal y correccional con un recurso de Casación sobre el derecho ha significado una notoria reducción del margen de impugnación que se poseía con el procedimiento escrito. Pero no menos cierto es que los hechos y la prueba aún pueden ser impugnados si de la sentencia se exterioriza alguna notoria afectación a las formas con agravio a la defensa en juicio, o arbitrariedad en el razonamiento del juzgador.

Algunas Cámaras de Casación pueden ser reticentes en admitir los recursos que versen sobre ellos, pero siempre queda la posibilidad de impugnar ante la Corte Suprema. Ello es posible, en la medida en la que se abastezca debidamente la exigencia de fundamentación, ya que de lo contrario es imposible interponer un recurso, menos aún en forma motivada como exigen los noveles ordenamientos procesales, ya que no habría qué cuestionar.

Esta imposibilidad de cuestionar el fallo de jueces populares deja al imputado en una desprotección incluso superior que la que podría tener en un juicio de instancia única por jueces profesionales, ya que al menos en éste último supuesto se asegura, si bien no infalibilidad, al menos capacidad profesional para emitir el fallo, imparcialidad y probidad.

¿Cómo es posible establecer un sistema en el que juzguen ciudadanos sin especialización, en los que en más de una oportunidad habrán de condenar por las condiciones personales del autor o por la presión de la trascendencia del caso y la opinión pública que por las constancias del caso, y que además no se dote de una efectiva facultad recursiva?.

Es recurrente la escena en la que un Fiscal o Defensor adiestrado exhibe al jurado una prueba ilícita o formula una pregunta en términos inadmisibles o formula conclusiones en el mismo acto del interrogatorio a un testigo, y el Juez que preside el debate le da indicaciones a los jueces legos para ignorar esa pieza.

Ante estos supuestos, un Magistrado profesional con experiencia, conocimiento de las normas en virtud de un reiterado ejercicio de la función y de los precedentes de los Tribunales Superiores que obligan a ignorar elementos de ésta índole (vgr., entre nosotros, fallos de la Corte Suprema “Rayford”, “Fiorentino”, “Montenegro”, etc.), no los considera porque tiene conciencia que no puede pronunciarse a favor de un sistema autoritario, incluso a pesar de que en sus fueros íntimos, debido a la magnitud de injusto del episodio que enjuicia, la decisión le provoque repulsa. Ahora bien, un ciudadano común y corriente, convocado para pronunciarse en una sola oportunidad, aislada, ¿tendrá la misma vocación, o más bien se pronunciará por el encarcelamiento del “delincuente” en aras de la defensa social?.

Si bien no es bueno realizar generalizaciones, pareciera que la última de las tendencias es la más frecuente, y para ello no hace falta más que acudir a la experiencia comparada. De todas formas, aún si no fuera así, ante la posibilidad de que ello ocurra, debería exigirse la motivación de la sentencia para permitir las impugnaciones del caso, que en el sistema de juicio por jurados no es posible.

Se ha sostenido que *“en algunos países vimos cómo a los ciudadanos del jurado se les ha reprochado el ser falibles en ciertas decisiones, pero nunca ser responsables de una decisión ligada a intereses distintos a la noble necesidad de ejercer la justicia. Tal riesgo a una decisión errada, es real tanto en los ciudadanos como en los jueces, sin embargo, en el segundo caso merece doble reproche, ya que se espera que el magistrado refleje toda la capacidad y la instrucción de su formación”*⁴⁴. Más allá que no necesariamente la revocatoria de una decisión judicial siempre refleje un yerro, ya que puede deberse a una distinta interpretación de una norma, lo cierto es que no tendría problemas en la falibilidad de un tribunal integrado por ciudadanos, pero

⁴⁴ Daniel Lago y otros en “Sistemas procesales penales comparados”, pág. 536.

en la medida en la que la decisión sea revisable, esto es, que contenga las fundamentaciones en que se sustentó a efectos de permitir su análisis por un Tribunal de Alzada. Como vimos, el sistema de íntima convicción es incompatible con ello, y los que imponen la exteriorización de los motivos, si la labor debe ser emprendida por un órgano al que no se exige ningún tipo de capacitación, también lo es, o cuanto menos admite la posibilidad, y por lo tanto de allí la imposibilidad normativa de su implementación.

Quienes sostienen la postura controvertida en el párrafo anterior, exponen también que la esencia del verdadero juicio por los pares reside en el hecho que *“la decisión sobre el destino de un ciudadano pase por la propia conciencia de sus conciudadanos; una decisión desprovista de tecnicismos o apreciaciones teóricas, con la convicción que ha de formarse en la soledad del diálogo con sus mentes, o bien, luego de haber discutido el tema con los otros jurados”*⁴⁵. Pero he de advertir en primer lugar que los juicios criminales no son necesariamente de ciudadanos, pueden serlo de extranjeros ilegales, y que los ciudadanos que integran el jurado estén más motivados en su decisión por su intención de propender a su deportación que del análisis probatorio mismo.

Pero incluso más importante aún, debe tenerse en cuenta que una decisión “desprovista de tecnicismos” no es siempre saludable, ya que para un ciudadano pueden configurar “tecnicismos”, por ejemplo, las reglas para la exclusión de las pruebas ilegalmente obtenidas establecidas por nuestra Corte Suprema cuando consagró la doctrina del “fruto del árbol venenoso”. No es infrecuente observar en la crónica periodística que un “delincuente” lo liberó un juez “garantista” por un “tecnicismo”, expresiones que promueven el odio de la ciudadanía hacia los jueces profesionales, cuando en realidad lo que sucedió fue que se nulificó un procedimiento policial generado por un allanamiento ilegal de morada –v.gr., sin orden jurisdiccional-, lo que provocó la nulidad consecuente de la detención de una persona.

Entonces, si bien cierto es que los operadores judiciales deberían eliminar discusiones meramente dogmáticas al momento de resolver, y escribir en un idioma comprensible para un lego, no menos cierto es que no todo lo que al parecer común de todo ciudadano constituye un “tecnicismo” realmente lo es, y por lo tanto no debería ser eliminado como pauta de interpretación de los hechos.

Más allá que en algunos supuestos se admite a los Magistrados profesionales que presiden el debate efectuar advertencias a los jurados sobre la imposibilidad de valorar determinado instrumento probatorio, o que un determinado hecho comprobado debe ser apreciado de tal o cual manera, con carácter previo a su deliberación, lo cierto es que ello no elimina necesariamente la circunstancia que se trate del razonamiento del jurado, que puede incluso considerarla, y ello, en un sistema de íntima convicción o de motivación pero deficiente, no puede ser controlado y subsanado posteriormente por quien impugna el veredicto por arbitrario.

Sandro sostiene 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. Con sinceridad, 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.”*⁴⁶. Una vez más, disiento con el destacado jurista. Esta es solamente una de las formas explicar un razonamiento jurisdiccional justificante de una íntima convicción. Pero ello no necesariamente sucede así.

Si bien es cierto que luego de un juicio oral puede ocurrir que un magistrado arribe rápidamente a una decisión en sus fueros íntimos, basándose en un breve análisis

⁴⁵ Ob. cit., pág. 537.

⁴⁶ Sandro, Ob. cit., pág. 146.

de la prueba que retiene en su mente, y que recién luego, en la soledad de su despacho, exteriorice y fundamente, ello no quiere decir que la argumentación posterior sea solamente un esfuerzo para justificar una íntima convicción.

La decisión se toma luego de un análisis previo de elementos y argumentos que le fueron expuestos, y si bien “ab initio”, antes del dictado formal del veredicto, puede admitirse que existe un convencimiento cuyas razones no están exteriorizadas, ello no queda así, sino que el Juez debe dar por escrito las motivaciones que sustentan su resolución. No es en realidad una modalidad de elaboración de un razonamiento, sino la dilación existente entre la existencia de un pensamiento o idea y su consignación por escrito, dada la ausencia de mecanismos técnicos, al menos por ahora, que permitan conocer al instante lo que uno pensó.

Si los argumentos no son suficientes ya que, en el caso en concreto, el magistrado ha forzado la interpretación de las constancias recabadas para dar justificación a una decisión fundada no en pruebas sino solamente en su “olfato”, quizás sobre la base de la personalidad del imputado, como es su deber exteriorizar sus argumentos, estos serán aparentes y por consiguiente le darán al imputado la posibilidad de rebatirlos mediante una impugnación por arbitrariedad.

d) Jurados populares y sistema representativo

La finalidad que se plantea mediante el establecimiento de sistema de juicio por jurados es la democratización de los Tribunales. Pero el punto es que dentro de los sistemas democráticos posibles, nuestros constituyentes han elegido el representativo art. 1 de la C.N.-. Recordemos también que nuestra Ley Suprema prohíbe que el pueblo delibere o gobierne, si no es por medio de sus representantes y autoridades creadas por la Constitución –art. 22 de la C.N.-. Si juzgar es co-gobernar, luego no puede hacerse sino a través de representantes.

Las normas que limitan la intervención ciudadana directa en los actos de gobierno no se contradicen con la gama de derechos fundamentales del hombre consagrados en los diversos pactos internacionales incorporados al texto constitucional. Por el contrario, el art. 29 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el art. 21 inc. 1° de la Declaración Universal otorgan la facultad de tomar parte en el gobierno “directamente o por medio de representantes”.

Vélez Mariconde explica que *“la participación directa del pueblo en las funciones legislativa, ejecutiva o jurisdiccional, vulnera el sistema representativo, ejecutivo o jurisdiccional, vulnera el sistema representativo que está en la base de nuestra organización, puesto que el pueblo gobierna, ciertamente, pero por medio de sus representantes... por lo tanto, tiene el derecho de elegir sus representantes, pero nunca el de legislar, ejecutar o aplicar las leyes, de modo que no es posible afirmar que “tiene el derecho de administrar su propia justicia”*⁴⁷.

Este argumento muchas veces es contestado, explica Cafferata Nores, *“diciendo que los jurados no son el pueblo juzgado directamente, sino que son representantes del pueblo, aún cuando en su elección no se haya seguido los cánones habituales”*⁴⁸.

Ahora bien, el punto es determinar si el sistema de enjuiciamiento a cargo de Magistrados profesionales no satisface las exigencias de representatividad democrática.

Legisladores partidarios del modelo de análisis, sostenían que *“el más sólido fundamento del sistema de juicios penales por jurados, reside en procurar incorporar*

⁴⁷ Vélez Mariconde, ob. cit. pág. 221.

⁴⁸ Cafferata Nores, José I., “Integración de los Tribunales de Justicia con Particulares”, en “Hacia una Nueva Justicia Penal”, conclusiones del simposio internacional sobre la transformación de la administración de justicia penal, organizado por el Consejo para la consolidación de la Democracia de la Presidencia de la Nación, Impreso por la Dirección Nacional del Registro Oficial, 1989, T. I., pág. 91

mecanismos de participación popular en la administración de justicia, ya que en nuestra legislación ese Poder de Estado carece de participación... En nuestro régimen constitucional, en la justicia no hay participación popular ni siquiera en la designación de los jueces... Podría decirse que hay una remota e indirecta intervención popular con motivo de la Elección del Presidente de la Nación, el que a su vez en largos períodos ha sido ungido también por un mecanismo electoral indirecto. El acuerdo del Senado aleja la participación popular en la justicia, porque según el sistema del art. 46 y concordantes de la Constitución Nacional, los Senadores representan a las Provincias de la República. En la designación de los jueces federales de las distintas secciones, aparecería esa actuación del Senado con alguna justificación o correlato, que es imposible de discernir en la designación de los magistrados de la justicia ordinaria de la Capital Federal...”⁴⁹.

Pero desde que esta postura fuera expuesta al presente, la Constitución Nacional ha incorporado dos organismos que aseguran la representación popular directa en la selección de los jueces y en su remoción. Estos son el Consejo de la Magistratura y el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados. En ellos participan directamente en la selección de los jueces representantes elegidos democráticamente –legisladores- a la vez que representantes del Poder Ejecutivo –cuya titularidad también es definida por la población- (arts. 114 y 115 de la C.N.).

Además, participan en el procedimiento otros integrantes que aseguran la capacidad profesional integral del candidato en todas sus facetas: jueces, que determinan desde su perspectiva la pasada actuación de los postulantes en el caso que hayan sido ya magistrados y aspiren a un ascenso, o con una visión prospectiva para el supuesto de quienes aspiran a una magistratura de primera instancia; juristas, que analizan los grados de conocimiento integral del derecho y la forma en la que resuelven los casos que se presentan para su evaluación; y abogados, que efectúan un aporte trascendental, ya que examinan al candidato como primarios destinatarios del sistema de enjuiciamiento que aquél tiene la posibilidad de integrar.

Entonces, más allá de las mejoras que pudieran proponerse para la implementación de dichos organismos⁵⁰, lo cierto es que sin abandonar la búsqueda de estándares de excelencia en los Jueces, aseguran la participación democrática a través de un sistema representativo.

Es lo que Gersi Bidart parecía exigir como alternativa al jurado para la efectiva representación ciudadana en el sistema de enjuiciamiento, cuando decía que ello se lograba *“en algunos países –v.gr. EE.UU.- y para ciertos grados inferiores de la judicatura, por vía de elección popular, sistema que no suele recomendarse, para la eventual politización de la Justicia que ello puede acarrear. En la mayoría de los países democráticos, son otros los organismos, electos por el pueblo, sea el Poder Ejecutivo o el Poder Legislativo, o ambos, quienes tienen a su cargo la designación. En otros lo es la S. Corte quien, una vez designados, nombra a los demás Magistrados.*

⁴⁹ Julio César Corzo – Carlos Alberto Romero, Diputados de la Nación, en *“Hacia una nueva Justicia Penal...”*, pág. 88.

⁵⁰ En particular referidas a la mayoritaria integración política por sobre la profesional. Sin perjuicio de ello, tampoco debe ser exclusiva la integración jurisdiccional, ya que, como señala Enrique Arnaldo Alcubilla, Vocal del Consejo General del Poder Judicial de España, a fin de evitar los corporativismos y privilegios perniciosos, *“la composición es una de las cuestiones clave en la configuración constitucional del Consejo General del Poder Judicial, pues, como dice Prieto-Castro, no es deseable que la función judicial quede aislada de las demás como compartimento estanco, pues el requisito de independencia objetiva no exige ni presupone como condición que la magistratura se cree sola a sí misma en un régimen de impenetrabilidad de las otras esferas del poder soberano del Estado que sería altamente perjudicial para el mismo estamento de los jueces. Por ello es necesario que el gobierno del Poder Judicial esté compuesto por otras representaciones además de la propia magistratura...”*. En *“Jornadas Internacionales sobre el Consejo de la Magistratura, Buenos Aires, octubre de 1998, organizadas por el Ministerio de Justicia de la Nación, conclusiones editadas por La Ley, pág. 22.*

O bien, como tiende a generalizarse, el Consejo Superior de la Judicatura, con delegados de los tres Poderes clásicos y, eventualmente, las Profesiones Jurídicas y las Facultades de Derecho... es siempre preferible que los problemas a resolver se decidan por quienes tienen una adecuada preparación al respecto y son los juristas, sin perjuicio de todo el asesoramiento necesario, quienes están en mejores condiciones para tratar los problemas que forman el objeto de los procesos. La democratización de la Justicia, oficial, dado que ante ella se procura la garantía de los derechos, se logra asegurando a los justiciables jueces seleccionados adecuadamente y permanentemente “reciclados en el ejercicio de su función...”⁵¹.

Entonces, la democracia en el Poder Judicial, por vía de la representación, y su capacidad profesional, se asegura mediante el establecimiento de organismos destinados a la designación, capacitación y remoción de los Magistrados, integrados por personas elegidas por la ciudadanía y a la vez por profesionales de las distintas áreas vinculadas con aquél. Además, a ello debe sumarse que la publicidad del juicio faculta un contralor efectivo, y no puede olvidarse que las agrupaciones intermedias integradas por ciudadanos –como las Organizaciones No Gubernamentales-, participan en la labor mediante investigaciones de control de gestión que en nuestro país son cada vez más frecuentes y públicas, y en la emisión de su opinión frente a postulaciones de los Magistrados que no son seleccionados a través del sistema mencionado –integrantes de las Cortes y Procurador General-.

Debe tenerse en cuenta además que el art. 21 inc. 2° de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre establece condiciones de igualdad para el acceso a las funciones públicas, cuando el art. 16 de la Constitución Nacional establece que todos los habitantes de la Argentina son admisibles en los empleos –incluso en los públicos- sin otra condición que la idoneidad. Luego, todo ciudadano que se demuestre idóneo tiene posibilidades de acceder a la Magistratura, concursando a tales efectos según las reglamentaciones del caso, de modo tal que tampoco existen, desde esta perspectiva, impedimentos para el ejercicio de la función jurisdiccional por los ciudadanos.

Ahora, ¿es razonable establecer un sistema de representación democrática directa en el acto mismo del juzgamiento, como se pretende a través del sistema de juicio por jurados? A mi modo de ver las cosas, la respuesta es negativa.

Nuestra historia constitucional nos muestra a las claras la necesidad de escindir la actividad judicial de la política propiamente dicha, llevada a cabo por los otros dos poderes. De allí que se halla dotado al Poder Judicial no solamente de independencia funcional respecto de los otros poderes y de los magistrados de los distintos estamentos entre sí, sino que además se haya otorgado a los jueces garantías para un ejercicio motivado estrictamente en un fiel apego a la ley según su sana interpretación, como ser la inamovilidad de sus cargos –que impide la intromisión en la justicia del gobernante de turno- y la intangibilidad de sus salarios.

Los jueces son los últimos soportes del Estado de Derecho, son la “última ratio”⁵². Su intervención deviene necesaria cuando la actividad de los otros dos poderes ha fallado. A pesar de que la expresión que voy a utilizar se ha empleado en nuestro pasado, por cierto en forma poco feliz, para nombrar a algún integrante de un ejecutivo provincial con poderes absolutos, son ellos los “restauradores de las leyes”. Esta vez, en el sentido hegeliano de la expresión.

De allí que para la integración de un órgano jurisdiccional se requieren procesos de selección de mayor exigencia de capacidad profesional que para los restantes poderes: el título universitario de abogado –art. 111 de la C.N.-. Ello, además de los

⁵¹ Adolfo Gelsi Bidart, “Juristas Legos en la aplicación de la justicia”, en *“Hacia una nueva Justicia Penal...”*, pág. 114 y siguientes.

⁵² Podría decirse también que los jueces penales son la “última ratio” de la “última ratio”.

restantes requisitos de especialización y capacitación que exigen, ahora, los Consejos de la Magistratura, nacional y provinciales.

De allí también que su actuación corrupta y venal sea reprimida más severamente que para el caso de un integrante de cualquier otro de los Poderes del Estado –arts. 256 a 258 del Código Penal–.

Entonces, ¿si se ha hecho tanto esfuerzo por independizar a la administración de justicia de cualquier otra influencia externa que no sea un fiel apego a la ley con ajuste a las circunstancias del caso, por qué motivo se habrá de direccionar hacia un modelo que si bien puede entenderse como representativo, no lo es de la democracia como tal sino, quizás, de un sentimiento popular?. Porque cierto es que un sistema de jurados puede asegurar la representación de un sector de ciudadanos, pero no de todos, y por lo tanto no materializa la democracia como tal. La pregunta es entonces: un jurado popular, ¿constituye representación en el sentido democrático del término?. La respuesta es negativa.

La representación democrática tiende a asegurar el bien común político de una generalidad, más no de un sector. Touchard enseña que *“un Estado democrático es aquél donde la ley es la misma para todos (isonomía) y donde es igual también la participación en los negocios públicos (isegoría) y en el poder (isocracia). En la época, esta adhesión a la igualdad descansa sobre temores muy apremiantes. Protege a las clases populares de una reacción oligárquica, que las expulsaría de las asambleas, y a las grandes familias de una tiranía apoyada en el pueblo, que las anularía políticamente”*⁵³. Si bien se refiere a la sociedad ateniense, la cuestión es aplicable al presente.

En definitiva, lo que se quiere concluir, es que si quienes van a integrar un jurado deben revestir determinadas condiciones de formación básica que aseguren que la exteriorización de los motivos en que se sustenta la decisión jurisdiccional sean comprensibles, y por lo tanto, impugnables, para asegurar la vigencia de las garantías procesales de sentencia fundada y doble conforme, luego solamente un sector de la población va a tener potencialidad de integrar un jurado.

Esta consecuencia no asegura la representación de la ciudadanía en su conjunto, en particular cuando los mayores índices de delictuosidad que llegan a los Tribunales y que por ende son enjuiciados, se refieren a ilícitos contra la propiedad o contra las personas cometidos por individuos marginales, que no son representados por los jurados, a quienes se les exigirá, por ejemplo, determinado nivel de formación y ausencia de antecedentes. Es más probable que el jurado actúe motivado en defensa de sus conciudadanos víctimas que en respeto de la legalidad formal y material.

Esta conclusión no es arbitraria, basta considerar el marco social actual de nuestro país. Se verifican manifestaciones populares frente a estrados judiciales o de las fuerzas de seguridad, que a viva voz claman “¡Justicia, Justicia!”, cuando en la mayoría de las oportunidades lo que se desea es venganza.

No interesa para la generalidad el hallazgo del autor material, sino que caiga la cabeza del funcionario encargado de la seguridad de la zona en que ocurrió el episodio. Cuanto más importante sea la posición de quien aparece como responsabilizado, mejor. De hecho, no es extraño que luego de un ilícito de trascendencia sea destituido el Comisario zonal o, incluso, el Ministro o Secretario de Seguridad.

Y cuando el reclamo es de sanción para quien ejecutó la maniobra, cuanto más severa la respuesta, mejor, exigiéndose inclusive procedimientos inocuizantes, vedados constitucionalmente.

No solo ello, sino que se desea que la modalidad de ejecución de la pena, cuando es privativa de libertad, sea lo más rigurosa posible: cuando el condenado es un funcionario público por un delito de corrupción administrativa, que está alojado en un establecimiento carcelario privilegiado, el reclamo no es propugnando que todos los

⁵³ Jean Touchard, “Historia de las ideas políticas”, Tecnos, pág. 29.

detenidos o condenados deberían tener las mismas “comodidades”, sino que aquél debería padecer los mismos sufrimientos –hacinamiento, etc.- que un “delincuente común”. Es decir, no se reclama una verdadera igualdad de trato con respeto a la dignidad humana, sino una igualdad de maltrato.

En muchas ocasiones se incurre en el error de propugnar la responsabilización de una persona, aunque se carezcan de elementos suficientes para ello, por presiones de la opinión pública o de los medios de comunicación –que muchas veces la tergiversa-, y se ven compelidos a dar con un “culpable” para otorgar alguna respuesta a la comunidad, que otorgue una sensación aparente de reestablecimiento de la seguridad.

Sobre las desproporciones de las sanciones, hemos tenido recientemente un episodio que nos ha conmovido a todos, que fue el de la lapidación y quema de un alcalde del pueblo del altiplano boliviano Allo Allo por parte de los integrantes de la comunidad indígena Aymara, que era imputado de delitos de corrupción administrativa. Me atrevería a decir que la noticia fue receptada favorablemente entre nosotros, al menos entre aquellos ajenos a la ciencia jurídica con los que he tenido oportunidad de discutir el evento, que concluían categóricamente “acá habría que hacer lo mismo” (sic), influenciados por el hartazgo ante la impunidad demostrada por muchos funcionarios argentinos imputados de ilícitos similares.

Las respuestas sancionadoras absolutamente desproporcionadas con la infracción no son resorte exclusivo de comunidades indígenas, basta efectuar relevamientos en la ciudadanía o consultar la opinión de más de un legislador, o incluso, compulsar las leyes por ellos sancionadas. Es honesto reconocer que la respuesta que en nuestro país de suele brindar últimamente ante el fenómeno delictivo en muchos puntos se asemeja más a las brindadas por un grupo de tales características, que a una sociedad civilizada.

No me encuentro solo en estas reflexiones. Vélez Mariconde sostiene que *“no hay duda que una influencia extraña y perniciosa resulta mucho más factible frente a un jurado popular que a un magistrado técnico cuya independencia es propia del Poder que representa... El jurado se hallará siempre vinculado a sus conciudadanos en virtud de su actuación política, gremial, social, comercial, o industrial, y como carece del freno que lógicamente da la capacidad técnica, puede sufrir más que un juez la influencia perniciosa de amigos, compañeros, partidarios, socios o patrones que intenten torcer el camino recto de la justicia, o puede sufrir simplemente el efecto de un sentimiento de compañerismo o de piedad. Es sabido que la indignación colectiva que provoca el hecho delictuoso y que aconsejaría que el jurado popular no emita su veredicto inmediatamente después del atentado, deja lugar más tarde a un sentimiento de piedad hacia el delincuente, el cual se acentúa todavía más durante el debate y es hábilmente explotado por el defensor. El argumento de que la oratoria, cuando es dirigida más al corazón que a la mente, más al sentimiento humanitario que al de justicia, conmueve al juzgador y determina una benignidad que significa impunidad e injusticia, es muy exacto ante un jurado popular”*. Yo agrego que cuando el argumento de la oratoria es más dirigido al temor de los juzgadores que al sentimiento de justicia –utilizado por muchos como argumento político-criminal en los últimos tiempos-, puede lograrse una decisión igualmente perniciosa, que es la condenación ante insuficiente evidencia, en miras a una finalidad de defensa social más que a la justicia”⁵⁴.

El juez técnico según el citado autor se encuentra alejado de esos contactos sociales y goza de una independencia e inamovilidad que lo colocan en óptima condición para rechazar todo intento de extraña y mala influencia, ni puede ser impresionado por motivos sentimentales o seducido por la belleza de un discurso.

Por supuesto que estoy hablando del Juez profesional como concepto, seleccionado por medios que aseguren su idoneidad y probidad, y no de la persona que reviste el cargo y que está sometida por su condición humana al yerro. Por las dudas

⁵⁴ Vélez Mariconde, Alfredo, ob. cit., pág. 223.

agrego que aquí, como dije más arriba, que si el error ocurre, el mecanismo de la fundamentación de la sentencia asegura su corrección por una instancia superior. Y si las motivaciones del yerro del Magistrado tiene vinculación más que con la aplicación razonada de la ley, con un acto de corrupción funcional o con un liso y llano mal desempeño de sus funciones, están habilitadas las vías pertinentes para procurar la separación del juez del caso y del cargo.

Sandro sostiene que *“cualquier hombre (jurista o profano) valora con y a partir del sentimiento, en tanto que el intelecto racional opera, en ese plano sólo como un regulador de la intuición emocional”*⁵⁵. Incluso desde esta perspectiva, será mejor la situación del Juez profesional, al que debe exigírsele mayores facultades para regular la intuición emocional.

En otro orden de cosas, Maier sostiene que la fundamentación del jurado deviene *“de la necesidad política de someter a los funcionarios públicos –como lo dijimos anteriormente- a la autorización de un grupo de ciudadanos para la utilización del mayor mecanismo coactivo que concede el orden jurídico al Estado... la legitimación que le confiere al fallo la participación popular en la administración de justicia y la garantía individual que representa la intervención de un jurado de vecindad como autorizante o desautorizante del uso, por parte de los funcionarios detentadores del poder estatal, de la coacción penal... El jurado, políticamente no es otra cosa que la exigencia, para los funcionarios permanentes que tienen en sus manos la aplicación del poder penal del Estado, de lograr, para tornar posible la coerción estatal (la pena), máxima herramienta coactiva del Estado de Derecho, la aquiescencia de un número de ciudadanos mínimo, que simboliza, de la mejor manera posible –en nuestra sociedad de masas-, política y no estadísticamente, la opinión popular”*⁵⁶.

Pero lo que no se advierte, es que mediante la previsión constitucional de mecanismos que aseguran la legitimación de origen del poder que implica la jurisdicción penal, se brinda una autorización general para la utilización del mayor mecanismo coactivo que concede el orden jurídico al Estado, a individuos respecto de los cuales se ha determinado que poseen las especiales cualidades que requiere su ejercicio.

Una postura contraria, implicaría considerar que toda decisión que revista determinado grado de importancia debería ser sometida a consulta popular. De hecho, hay decisiones que para un estado implican quizás una mayor gravedad institucional que el ejercicio de la jurisdicción penal en relación a un ciudadano, como lo son la declaración de estado de sitio, la disposición de la intervención federal de una provincia, o la declaración de guerra a un estado extranjero, que no son sometidas a un procedimiento de “re-evaluación”, y se considera que la autorización que los ciudadanos hicieron a sus representantes mediante el voto es suficiente.

Por otra parte, no debe olvidarse que muchas de las decisiones más desacertadas que los gobernantes han tomado en nuestra historia y en la historia en general, han tenido apoyo popular directo y previo, puesto que de lo contrario no habrían tenido cabida, y sin embargo poco hicieron a la consagración de estado de derecho. Entonces, esa opinión directa dada por un ciudadano común en el momento mismo del enjuiciamiento, si se me permite la expresión, “en caliente”, no siempre será sabia y justa. La del Juez capacitado debe serlo.

Por aquello de que las soluciones que deben darse a un conflicto, en un Estado de derecho y no de naturaleza, deben ocurrir por las vías institucionales, es conveniente que la autorización dada por un ciudadano para el ejercicio de la jurisdicción penal sea indirecta y a través de mecanismos que aseguran, a la vez de su participación, la capacidad del juzgador.

⁵⁵ Ob. cit., pág. 145.

⁵⁶ Ob. cit., pág. 787.

Entonces, se concluye que la representación de la ciudadanía está asegurada por los medios de selección, contralor, formación y apartamiento del cargo de los Magistrados, además del adicional control al que los particulares pueden acceder mediante la publicidad de los juicios o a través de las organizaciones intermedias que analizan la gestión judicial, y que el sistema de juicio por jurados no asegura la representatividad en sentido democrático.

Carlos Mahiques suele citar una frase de Antoine Garapon, que dice que *“los jueces son los guardianes de las promesas”*. En un juez profesional, las promesas se dirigen esencialmente al respeto del orden constitucional. En un ciudadano las promesas se dirigen a sus conciudadanos, pero no necesariamente a todos, sino generalmente a los que se vinculan con el sector al que aquél pertenece.

e) Conclusión

En conclusión, cierto es que existe una previsión normativa constitucional reiterada que impone el establecimiento de los lineamientos generales para la adopción por las distintas jurisdicciones del sistema de juicio por jurados para delitos criminales, que debería delimitar su extensión, y que no habría razones de peso para dilatar su efectivización por argumentos de “ausencia de condiciones”.

Pero lo que sucede es que la materialización de dicho precepto colisiona necesariamente con dos exigencias también constitucionales: la de motivación de las sentencias contenida en los arts. 17 y 18, y la de la doble instancia judicial establecida en diversos pactos incorporados al texto legal supremo en virtud de lo dispuesto por el art. 75 inc. 22.

Así, contamos una vez más con una incongruencia intrasistémica, esta vez constitucional. La colisión de normas se presenta entre unas que tienden a materializar derechos básicos del hombre –defensa en juicio- y otras que se refieren al sistema de enjuiciamiento seleccionado.

¿Es razonable, entonces, hacer lo que sea necesario para el establecimiento de un sistema de enjuiciamiento, cuando queda probado que el mismo vulnera derechos esenciales que procuran su adecuación a cánones de justicia?. La respuesta es, a mi criterio negativa. Cuando se presentan colisiones entre los derechos individuales y cláusulas orgánicas constitucionales, deben prevalecer las primeras. No lo digo yo. Lo dice la misma Constitución, en su art. 28.

Hemos visto que la jurisprudencia de los sistemas en los cuales existe consagrado el sistema cuestionado ha efectuado denodados esfuerzos para conciliar la exigencia de motivación y la imposibilidad de contar con el mismo grado de razonamiento en un ciudadano que en un Juez profesional, para arribar a una decisión que posibilite su control de racionalidad, conformándose, tan solo, con que conste *“la expresión de los elementos de convicción y una sucinta explicación de las razones por las que han declarado o rechazado declarar como probados unos determinados hechos”*.

Cafferata Nores explica que la respuesta que se suele dar a quienes cuestionan al jurado por argumentos de inidoneidad, es que *“cuando el jurado examina el hecho que se pone bajo su juzgamiento bajo el lente del derecho, lo hace en forma natural, tal como lo permite el término medio de la cultura general de un pueblo”*⁵⁷. Pero sucede que el término medio de la cultura general de un pueblo no está necesariamente asegurado en un jurado, y en innumerable cantidad de oportunidades el juzgamiento natural de aquél no se condice ni con la ley ni con un sentido estricto de justicia, sino que más bien se vincula con la venganza o con una necesidad de defensa social, o incluso de generar una aparente sensación de seguridad por haberse dado con alguien a quien se asigna la culpabilidad, no importa si lo es o no.

⁵⁷ Cafferata Nores, José I., ob. cit., pág. 92.

Me pareció muy gráfico el razonamiento de dos legisladores que en los años ochenta propugnaban la instauración del sistema en cuestión. En sus fundamentaciones de la decisión, sostenían que *“seguramente uno de los puntos de análisis más relevantes alrededor de la idea de implantar los juicios por jurados en la justicia nacional en lo criminal en lo relacionado con la posibilidad de adaptación de la institución a nuestro medio, y la existencia de un nivel general cultural apropiado para su funcionamiento. Quizás se dirá inconsistentemente que no estaríamos en condiciones y grado cultural como para establecer el sistema de los jurados en nuestra sociedad. Pero es dable preguntarse si estaban en mejor nivel los ingleses de la Edad Media y de la Moderna que ya practicaban la institución; o si tenían un grado superior los habitantes de las colonias inglesas de América del Norte, de la India o del Ceylán que la recibieron como costumbre, o si los norteamericanos de la época de la independencia y de la conquista del oeste, los de los días de la ley seca y los de nuestro tiempo tienen un rango cultural y social más elevado. Yo creo que ni en la década de 1870 en que vio la luz el proyecto de Florentino González y Victorino de la Plaza, ni después ni hoy día, la situación cultural de la sociedad argentina es de una relación de inferioridad con los casos citados. Simplemente no existe y no se ha practicado hasta el presente la institución de los jurados entre nosotros, pero no hay inferioridad”*⁵⁸.

Por supuesto que puede considerarse que el nivel cultural de nuestra sociedad, en parámetros generales, es superior al de la Inglaterra de la Edad Media. No quiero parecer irrespetuoso, pero también lo es superior al existente entre los hunos, o entre los vikingos. Retrotraerse a períodos dejados en el tiempo, sin considerar el avance de la civilización y en particular de la ciencia jurídica, para justificar un instituto, no es un argumento valedero, en particular cuando en las épocas citadas eran prácticas usuales la tortura como instrumento probatorio y la muerte como pena, incluso para infracciones a la ley divina. Basta recordar a Ana Bolena, o a las personas condenadas por el crimen de brujería en Massachussets en el siglo XVIII. Cuando el legislador propone un sistema de enjuiciamiento bien puede considerar la experiencia del pasado, pero es imperativo que valore el contexto social del momento y del lugar. De lo contrario, pecará por importar modelos destinados al fracaso. No sería la primera vez.

A la misma conclusión debe arribarse si se considera la norma constitucional que impone el enjuiciamiento por jurados como un derecho de los ciudadanos más que una cláusula programática. Maier es de la idea *“el ser juzgado por los propios conciudadanos es hoy antes un derecho fundamental de cada habitante que una forma específica de distribución del poder político o de organización judicial. Ciertamente es que, desde el último punto de vista, al que hace referencia, preponderantemente, el art. 118 C.N., el juicio de jurados comporta una decisión política acerca de la participación de los ciudadanos en las decisiones estatales, pero es indudable, también, que la CN, 24, esto es, en el capítulo de ella referido a los derechos y las garantías de los habitantes, nos concedió uno fundamental: el juicio de aprobación o desaprobación de nuestros conciudadanos presidiría el fallo penal, esto es, abriría o cerraría las puertas para la aplicación del Derecho penal, para el ejercicio, conforme a Derecho, del poder penal estatal”*⁵⁹.

En primer lugar, no todo lo que surge de la parte dogmática de la Constitución Nacional constituyen derechos individuales. De hecho, el art. 1º establece la forma de Gobierno y de Estado que adopta el nuestro País. Por otra parte, considero que el derecho de toda persona a ser enjuiciado por conciudadanos está asegurado desde que un Juez, antes que Juez, es ciudadano. Es uno seleccionado por sus similares, en un procedimiento que asegura su representatividad –a través de los Consejos de la

⁵⁸ Julio César Corzo – Carlos Alberto Romero, Diputados de la Nación, en *“Hacia una nueva Justicia Penal...”*, pág. 98

⁵⁹ Julio B.J.Maier, Ob. cit, pág. 777.

Magistratura-, y no es más una delegación del poder divino que suponía un proceso de tipo monárquico.

Sin perjuicio de ello, aún en el supuesto en que el enjuiciamiento por jurados sea considerado como un derecho, no deja de referirse a la forma en la que un imputado en una causa penal es juzgado, y si esa modalidad no puede asegurar que la resolución del caso sea la que corresponde en función de los hechos comprobados por imposibilitar la fundamentación de la decisión y consecuentemente la revisión que elimine toda duda sobre su corrección, que también son garantías constitucionales, luego debe ser sustituida, y debe privilegiarse aquella norma constitucional que hace más a la justicia del fallo.

El autor citado en último término, considera que la postura que rechaza el sistema de enjuiciamiento en análisis tiene raíces autoritarias. Jorge Sandro es también de esta idea. Se considera al positivismo criminológico como la fuente moderna de pensamiento que sustenta la exigencia de una magistratura científica, por ser *“coherente con su teoría penal, que transformaba al Derecho penal en una suerte de conocimiento científico-natural sobre el delincuente”* ⁶⁰.

Difiero enérgicamente con esta posición. Nada más alejado del autoritarismo que los argumentos que se proponen, que se fundan estrictamente en el respeto de los derechos individuales. De hecho, el juicio por jurados ha sido consagrado principalmente en naciones que, como los Estados Unidos de Norteamérica, ha desarrollado políticas de estado sumamente autoritarias, y no solamente extramuros ⁶¹.

Si finalmente el legislador insiste en instaurarlo, sería conveniente, como bien señala Cafferata Nores, que su implementación sea a través de un Tribunal escabinado ⁶², y además de manera progresiva y paulatina, para la proporción de consenso y para permitir la corrección de los problemas que se presenten. Aunque me permito una cuota de escepticismo, ya que los argentinos no solemos obrar de esta forma. Creo que las últimas reformas me avalan.

2. Acerca de su conveniencia.

a) La experiencia comparada. El “plea bargaining” y el debido proceso.

Recientemente tuve oportunidad de leer un informe elaborado por un investigador de “Unidos por la Justicia”, Agustín Jorge, inédito a la fecha de conclusión de este trabajo, sobre la experiencia comparada del juicio por jurados. Entre los múltiples modelos analizados, resulta muy descriptivo el de los Estados Unidos de Norteamérica, que ha sido implementado durante el siglo pasado con gran frecuencia debido a la incidencia delictiva y a su densidad poblacional, y además con un presupuesto acorde.

En el aludido trabajo, efectuado sobre fuentes del Departamento de Justicia norteamericano, consta que el promedio de juicios resueltos por jurados no llega al tres

⁶⁰ Maier, ob. cit., pág. 783.

⁶¹ Dicho país, que ha convalidado en numerosas oportunidades, entre otras cosas, la pena capital, sigue sumando afrentas contra los derechos individuales: presenciamos recientemente con gran preocupación que su más alto tribunal ha admitido la aplicación de severidades a detenidos, cuando la cuestión debatida se refiere a la “Seguridad Nacional”, parámetro indeterminado que ha justificado innumerable cantidad de intromisiones arbitrarias del estado en la esfera de derechos de los habitantes, siguiendo la línea que guió a su Congreso al sancionar la llamada “Patriot Act”.

⁶² Aunque para algunos implica solamente un cumplimiento formal y aparente del mandato constitucional: *“el sistema escabinado pretende cumplir con la participación ciudadana en la justicia sólo desde el punto de vista formal, sin embargo en la realidad ésta suele verse seriamente afectada, ya que los ciudadanos no forman su propia convicción y se limitan a adherir a los votos de los jueces profesionales, quienes en definitiva decidirán por ellos”*. Lago y otros en “Sistemas procesales penales comparados”, Dir. Edmundo S. Hendler, Ad Hoc, pág. 538.

por ciento de los realizados, siendo que sesenta y cuatro por ciento se resuelve por “plea bargaining”, modalidad de negociación o, en sentido gramatical, de “regateo”, en la que, a cambio de la asunción de la culpabilidad por el imputado, el Fiscal ofrece acusar por una pena moderada; y la suma restante la constituyen las desestimaciones.

Ahora bien, ello demuestra que la tan denodada intervención de la ciudadanía se ve seriamente limitada a escasos supuestos, ya que los restantes son sometidos a una modalidad de juicio abreviado, que ya ha sido implementada entre nosotros y cuestionada por ser considerada, entre otras cosas, como un procedimiento con expresiones coercitivas ⁶³.

Se ha considerado que el sistema pudo ser formalizado con éxito, pero debe tenerse en cuenta que además de la limitación de los casos que son sometidos a enjuiciamiento por jurados a una mínima expresión, el Estado conserva la disponibilidad de los casos investigados que ameritan ser enjuiciados, examen que se efectúa en función del contenido de injusto del ilícito que se trate en ponderación con los costos de realización del proceso, y consecuentemente se acota aún más el margen de ilícitos juzgados por ciudadanos.

Es de público conocimiento que no todos los delitos cometidos son denunciados. Si a ello se suma que no todos los ilícitos anoticiados son investigados y sometidos a enjuiciamiento, y de éstos últimos sólo un tres por ciento son expuestos ante un jurado, la participación ciudadana en el juzgamiento es solo aparente. Entonces, el sistema, además de resultar sumamente costoso –U\$S 5.000 por día de juicio– presenta serias limitaciones de implementación que lo hacen inconveniente. Sin perjuicio de ello, considero que el éxito de un sistema de enjuiciamiento no puede ser medido estrictamente en términos cuantitativos y de gestión, prescindiéndose del contenido de “justicia” de la decisión a la que se arriba.

La pregunta entonces es ¿por qué se insiste con la implementación de un sistema del que se resalta románticamente su cualidad de asegurar participación ciudadana en el juzgamiento de los delitos, cuando la experiencia marca que en realidad dicha intervención es extremadamente limitada, y que además es muy costoso y no asegura que la decisión adoptada sea justa ⁶⁴?

La respuesta por supuesto que siempre es “porque está previsto en la Constitución”. Pero ha quedado demostrado también que nuestro supremo orden normativo exige la motivación de las sentencias y la doble instancia judicial, imposibles en un sistema de juicio por jurados, ya sea si se prevé la valoración probatoria a través de la íntima convicción o si se intenta materializar el modelo de la sana crítica, lo que hace que la puesta en operatividad de un mandato implique la renuncia a otros dos, considerados como de mayor jerarquía, y que por lo tanto la incongruencia intrasistémica deba ser resuelta en privilegio de estos últimos.

Pero cabe preguntarse además si el juicio por jurados puede ser implementado en la forma en la que nuestra Constitución lo exige, porque el único límite que impone la Ley suprema es que se extiende a los delitos “criminales”, pero una vez definida dicha categoría deberían someterse ante un jurado “todos” los juicios. Entonces, un análisis gramatical de la norma impediría la aplicación de procedimientos abreviados, que han resultado imprescindibles en la experiencia comparada para posibilitar el modelo.

⁶³ Alberto Bovino, “Procedimiento abreviado y juicio por jurados”, en “Juicio por jurados en el Proceso Penal”, autores varios, Ad-Hoc, pág. 58 y siguientes.

⁶⁴ Basta recordar algún juicio realizado en los Estados Unidos de Norteamérica, en el que el responsable de un hecho ilícito salió indemne del proceso, pero no por haberse demostrado su inocencia ni por reales fallas en el procedimiento, sino por la trascendencia pública del imputado y por la maleabilidad del jurado ante un discurso seductor de un abogado defensor –cuando no ante un soborno–. No me refiero solamente a algún conocido deportista, sino, más grave aún, a algún integrante de la mafia neoyorquina.

b) Las deficiencias de formación educacional y la necesaria participación ciudadana.

“¿Yo?, ¡Argentino!”. Esta expresión es utilizada en nuestro vulgo, desgraciadamente, no como una reafirmación de nuestro patriotismo, sino para denotar que quien la menciona no habrá de entrometerse en un asunto que lo convoca. Es algo así como la consagración criolla de la cultura del “no te metas”.

No hace falta realizar un estudio sociológico para concluir que el ciudadano argentino no es propenso a aceptar las obligaciones cívicas, y menos aún lo será cuando dichas obligaciones tienen que ver con la posibilidad de emitir un veredicto condenatorio que implique la privación de libertad de un “criminal”, en las que además de la desidia habitual que no es solucionable con la mera categorización de “carga pública” de la obligación de constituir un jurado, se suma el factor del temor.

Basta convocar la experiencia forense de todos quienes desempeñen algún rol en órganos de enjuiciamiento penal, que ilustren sobre la cantidad de oportunidades en las que tienen que disponer medidas compulsivas para lograr el comparendo de testigos que no presentan impedimentos para asistir, incluso en aquellos casos en los que los convocados son las mismas víctimas del hecho investigado. Incluso es posible consultar a las fuerzas policiales, sobre cuán esforzada es su labor en muchas oportunidades cuando deben requerir los denominados “testigos de actuación” en un procedimiento, en particular en aquellas zonas consideradas como de “peligrosidad”.

Entonces, resultará extremadamente dificultoso implementar un sistema que depende absolutamente de la participación ciudadana en un país en el que se ha comprobado un desinterés absoluto de los ciudadanos en la administración de justicia.

Es difícil ya lograr que todos los testigos citados concurren a un juicio oral, y será más difícil aún lograr que doce jurados asistan a una audiencia de juicio, que cuantas más jornadas se prolongue incrementarán el grado de dificultad. Pero debe tenerse en cuenta también que no basta la mera asistencia de una persona a las audiencias, sino que esta debe asumir la responsabilidad que implica emitir un juicio objetivo sobre la culpabilidad de una persona por un hecho delictivo.

Es aquí entonces que resulta conveniente recurrir a la experiencia comparada de un país que haya implementado el sistema pero cuyos ciudadanos presenten similitudes en lo que hace a la idiosincrasia. En la mentada investigación llevada a cabo por Agustín Jorge, se consigna que en España, el 47 % de los encuestados no quieren integrar un Jurado, y que el 60 % de los que ya fueron jurados no quieren serlo nuevamente.

Estas estadísticas marcan una tendencia que habla por sí sola, y que seguro habrá de repetirse si el modelo se implementa entre nosotros, dadas las afinidades que existen entre criollos y españoles en cuanto a su idiosincrasia.

c) Los inconvenientes de implementación

Se ignora realmente por qué motivo es que se ha instalado nuevamente la idea del juicio por jurados como solución para las dilaciones de los procedimientos judiciales. Debe tenerse en cuenta que el sistema requiere la realización del procedimiento preliminar de selección de los integrantes del jurado –“voire dire”-, y de recusaciones.

En primer lugar habrá de determinarse si para la integración de un jurado se exigen o no requisitos determinados de formación, pero además de ello debe individualizarse la fuente de selección de los jurados, que entre nosotros, si no quiere incurrirse en discriminaciones –que no sean más que la idoneidad propugnada-, no puede ser un padrón electoral, ya que hay un gran número de ciudadanos indocumentados y de extranjeros ilegales que quedarían fuera del sistema.

Si se tiene en cuenta que muchas de las personas que son enjuiciadas pertenecen a estos grupos de “excluidos”, estos listados de “incluidos” no pueden ser utilizados si lo que se quiere es asegurar un juzgamiento por los “pares”.

Debe tenerse en cuenta que el afianzamiento de la justicia ha sido una finalidad esencial de los constituyentes pero no solamente respecto los ciudadanos registrados, sino de toda persona que quiera habitar en suelo argentino.

El otro punto fundamental, es que el mandato para enjuiciar a través de jurados es para “todos los juicios criminales ordinarios”. Ello va a implicar notorias dilaciones en la fijación de las audiencias de debate, no solamente por las dificultades para convocar a todos los jurados, sino también por cuanto la expresión “todos” que contiene el art. 24 de la C.N. impedirá la realización de procedimientos abreviados. Debe tenerse en cuenta que la duración media de un juicio penal en la Argentina es hoy de aproximadamente un año y medio ⁶⁵.

Además, debe determinarse qué tipo de ilícitos constituyen la categoría de “criminal”, con una ley general para toda la nación. Pareciera que, a diferencia de los delitos “correccionales”, los primeros son los que revisten más gravedad. Ahora bien, si la pauta es la gravedad, ¿qué es lo que lo determina? Porque como ya se señaló, no puede serlo solamente la escala penal prevista por el legislador, por cuanto nuestro ordenamiento demuestra severas desproporciones en lo que respecta a las respuestas sancionatorias previstas en relación al bien jurídico vulnerado.

Por otra parte, existen numerosos hechos delictivos que tienen una escala penal prevista que puede ser considerada como “leve”, pero que tienen una gran trascendencia social que quedarían fuera del sistema de enjuiciamiento por jurados, como lo son muchas figuras legales de corrupción de funcionarios públicos.

Aún así, no se comprende por qué motivo habrá de confiarse el juzgamiento a un Juez profesional de los delitos correccionales cuando en tal categoría ingresan determinados supuestos de complejo análisis y, como se dijo, de notoria trascendencia social, mientras que determinados ilícitos criminales no son de complejo análisis y son de escasa trascendencia –portación de arma de guerra- y aún así habrían de ser juzgados por jurados populares.

Otro punto carente de sentido, es que se asigna a los jurados intervención solamente en los delitos “ordinarios”. Luego, los “especiales” o de competencia federal, esto es aquellos que afectan a la Nación, a su patrimonio o que se traducen en un deficiente o venal desempeño de sus agentes, quedarían bajo la órbita de los jueces profesionales. Entonces, ¿hasta que punto es cierto que a los ciudadanos les corresponderá intervenir en los supuestos de mayor impacto en la sociedad?.

La otra dificultad que presenta el sistema de enjuiciamiento por jurados es la mayor propensión a nulidades de veredictos que cuando estos son dictados por tribunales profesionales. Cuando ello ocurre, y se declara el “mistrial” por un yerro no atribuible a la defensa, será imposible la realización de un nuevo juicio y corresponderá dictar un resolutorio desvinculante para el imputado.

Ello ha sido resuelto por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, que citando precedentes de su par norteamericana en procedimientos por jurados -“Oregon v. Kennedy”, 456 U.S. 667, 1982-, dijo que *“el principio de progresividad como el de preclusión reconocen su fundamento en motivos de seguridad jurídica y en la necesidad de lograr una administración de justicia rápida dentro de lo razonable, evitándose de ese modo que los procesos se prolonguen indefinidamente; pero, además, y esto es esencial atento los valores que entran en juego en el juicio penal, obedecen al imperativo de satisfacer una exigencia consustancial con el respeto debido a la dignidad del hombre, cual es el reconocimiento del derecho que tiene toda persona de liberarse del estado de sospecha que importa la acusación de haber cometido un delito,*

⁶⁵ Sobre el punto, ver la investigación “La Duración del proceso en la República Argentina”, dirigida por Adrián Marchisio, editada por la Konrad Adenauer Stiftung.

*mediante una sentencia que establezca de una vez para siempre, su situación ante la ley penal. Que una interpretación amplia de la garantía contra el múltiple juzgamiento conduce no sólo a la inadmisibilidad de imponer una nueva pena por el mismo delito, sino que lleva a la prohibición de un segundo proceso por el mismo delito, sea que el acusado haya sufrido pena o no la haya sufrido, y sea que en el primer proceso haya sido absuelto o condenado. Y ello es así porque a partir del fundamento material de la citada garantía no es posible permitir que el estado, con todos sus recursos y poder, lleve a cabo esfuerzos repetidos para condenar a un individuo por un supuesto delito, sometiéndolo así a molestias, gastos y sufrimientos, y obligándolo a vivir en un continuo estado de ansiedad e inseguridad, y a aumentar, también, la posibilidad de que, aún siendo inocente, sea hallado culpable”*⁶⁶.

Particulares disposiciones tiene sobre la nulidad del veredicto la ley de enjuiciamiento española, que dispone que el veredicto plasmado en un acta puede ser devuelta por el magistrado presidente por errores, contradicciones u omisiones en la deliberación, y por imperio de su art. 65, “*si después de una tercera devolución del acta no se han subsanado los defectos, o no se han obtenido las mayorías necesarias, se disolverá el jurado y se convocará a un nuevo juicio oral con un nuevo jurado. Si en este nuevo juicio no se obtiene un veredicto por cualquiera de las causales mencionadas al comienzo del presente párrafo, se disolverá el jurado y se dictará sentencia absolutoria*”⁶⁷.

El punto es que si el jurado es, como ha dicho el Tribunal Supremo Español, un órgano jurisdiccional más integrado dentro de la organización judicial del país, sus yerros deben ser considerados yerros del Estado. Consecuentemente, de conformidad a la doctrina judicial de nuestro más alto Tribunal, no sería posible reeditar un juicio nulo con un nuevo jurado.

Es que no puede dejarse en expectativa indefinida al imputado, a quien se lo somete a en forma reiterada a la llamada “pena del banquillo”. El trauma que supone soportar un juicio es exigible para el imputado en una sola oportunidad. Si el yerro es del Estado no parece razonable que lo cargue el acusado. Lo contrario atentaría contra la celeridad del juicio penal exigible constitucionalmente⁶⁸, ya que debería realizarse todo el procedimiento nuevamente, incluso el preliminar destinado a la conformación del jurado, sin dejar de señalarse la multiplicación de los gastos.

Además, pareciera que el juicio por jurados contraría la tendencia moderna de la especialización y capacitación de los magistrados. De hecho, la capacidad de los jueces ha sido una de las finalidades que tienden a asegurar los Consejos de la Magistratura y mecanismos afines para su selección. Su especialización por otra parte, es también una de las motivaciones que ha tenido el legislador, en particular en aquellas disciplinas que complejas que requieren especiales conocimientos –Penal Económico, Penal Tributaria-

Maier contraviene esta idea, refiriendo que, “*se extrae un argumento de la idoneidad, como condición para ejercer un cargo público (CN, 16), sin importar hasta qué punto se tergiversa la garantía constitucional de igualdad, que a ella se refiere la regla nombrada. Leyendo esos argumentos, se tiene la impresión de que la justicia penal es un problema sectario: sólo los abogados y, de ellos, solo los funcionarios del Estado, por alguna razón mágica, pueden ser galardonados como los “justos” en nuestra sociedad, los únicos capaces de administrar justicia. ¿Qué otra sentencia se puede apartar más de nuestra realidad? Por lo demás, según se conoce, la función más clásica de los tribunales, que sólo a ellos les corresponde, la que “los hace*

⁶⁶ “Mattei”, Fallos 272:188; y “Polak” Fallos 321:2830.

⁶⁷ Avila y otros en “Sistemas procesales comparados”, Dirigido por Edmundo S. Hendler, Ad Hoc, pág. 129.

⁶⁸ Art. 14 inc. 3 apartado c) del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, con jerarquía constitucional –art. 75 inc. 22 de la C.N.

*genuinamente independientes y las que los habilita para llegar a soluciones justas en los casos particulares” es “su responsabilidad de determinar la real ocurrencia de hechos particulares”, esto es, su facultad y, a la vez, su deber de fijar los hechos del caso que dieron lugar al conflicto, pues rige el principio veritas non auctoritas facit iudicium”*⁶⁹.

Pero la exigencia de capacidad no tiene connotaciones autoritarias, sino garantistas y de gestión, a efectos de procurar una mejor y más pronta administración de justicia, teniendo en miras en primer lugar al imputado, respetándose todo el marco de garantías del proceso; pero también al Estado, por cuanto una optimización en la implementación de los procesos hace a sus finalidades esenciales e implica una mejor administración de los escasos recursos estatales.

Nadie duda que el Ministro de Economía debe ser un profesional de las ciencias económicas, más capacitado para asignar el destino de los recursos que se poseen. ¿Por qué motivo se duda en asignar el enjuiciamiento penal a profesionales capacitados para una mejor gestión, más aún, cuando dicha disciplina constituye el último sostén del Estado, es la “ultima ratio” de la “ultima ratio”?

Aparte, las cuestiones sometidas a enjuiciamiento penal no tiene que ver muchas veces con términos de estricta justicia distributiva, porque puede considerarse que muchos delitos son cometidos con un cierto componente de “justicia”. Un ciudadano podría considerar que quien hurta lo estrictamente necesario para proveer a su núcleo familiar de alimentos cuando la víctima es un acaudalado que hizo su fortuna con medios éticamente cuestionables, de alguna forma tornó más justa una situación. Sin embargo, no sería posible eximir de responsabilidad penal al autor del injusto.

Este tipo de cuestiones son las que un juez profesional está más capacitado para resolver.

iii. Sobre la unificación de los Códigos de Procedimiento de las distintas Provincias

- 1.** Su consideración frente a las facultades no delegadas al Congreso Federal por las provincias (arts. 75 inc. 12 y 121 de la C.N.).

El art. 121 de la Constitución Nacional dispone que las provincias conservan todo el poder no delegado en dicho cuerpo legislativo al Gobierno Federal. Esta es la base de la organización del sistema de estado seleccionado por el constituyente, en el que los estados provinciales –al menos en su mayoría- son preexistentes a la Nación, a la que constituyen y le asignan determinadas faenas que se considera afectan a todas las provincias por igual, conservando las restantes dentro de su esfera de competencias.

En materia legislativa, se asignó al Congreso Federal el dictado de determinados cuerpos normativos de fondo –Códigos Penal, Civil, Comercial, etc-, pero no los de procedimiento, que de conformidad a lo establecido por la norma mencionada en el párrafo que precede constituye una facultad local excluyente –salvo en lo que respecta a la Justicia Nacional-.

Esta ha sido siempre la concepción mayoritaria de la cuestión, esto es, que las provincias son soberanas al momento de establecer las disposiciones sobre los distintos procedimientos.

Ahora bien, han habido voces que, fundándose en el mandato constitucional dirigido al legislador nacional para que establezca el juicio por jurados, sostienen que la cuestión no es tan pacífica. Maier sostiene que “*el texto expreso del art. 75, inc. 12, CN, que dispone que la ley que establece el juicio por jurados es una de las “leyes generales para toda la Nación” (las otras: bancarrota, naturalización y ciudadanía, falsificación de moneda y documentos públicos del Estado), se afirma que se trata de*

⁶⁹ Maier, ob. cit., pág. 784.

*un poder (legislativo) expresamente delegado por las provincias en el Gobierno Federal (competencia legislativa nacional para todo el país), que, por ello, no está incluido dentro de las facultades conservadas por las provincias (CN, 121). Si esa determinación es correcta, según creo, gran parte de la problemática que plantea el proceso penal es de competencia legislativa del Congreso de la Nación, pues la organización del jurado de enjuiciamiento no se comprende sin alusión a un tipo determinado de sistema procesal. Adviértase que el mismo texto constitucional expresa: "...las leyes generales para toda la Nación... que requiera el establecimiento del juicio por jurados". La cláusula expresa algo más que una ley de organización, determinante de la integración del jurado; se extiende a la integración básica de los tribunales y a aspectos políticos cruciales de la forma del juicio, por más que los tribunales y su administración siempre serían provinciales, salvo el caso específico de la competencia federal (CN, 116 y 117). Quizás por esta vía sea posible la ansiada unificación legislativa de los sistemas procesales penales vigentes, al amparo de una ley (nacional) marco que regule el juicio por jurados. (...) la regla supone una alteración profunda de la competencia legislativa en materia procesal penal que ha descrito la doctrina dominante. Conforme a ella, las provincias delegaron en la Nación no sólo el poder de organizar el jurado, sino también el de reglamentar el juicio penal. De allí se deriva que la competencia legislativa provincial, en materia procesal penal, es más que escasa... ”*⁷⁰.

Ahora bien, de conformidad a la postura hasta aquí sustentada en relación al juicio por jurados, que propugna el rechazo de toda disposición que la contenga por poseer incongruencias con otras normas constitucionales, el argumento expuesto no es oponible. Entonces, según ella, la adopción de un sistema procesal en todo el territorio de la Nación, excepción hecha la de las bancarrotas que fue delegada expresamente, sería posible solo en la medida en la que a su vez cada estado provincial dictara una ley a través de sus legislaturas locales en las que adhieran al cuerpo normativo uniforme.

Ello no solamente es dificultoso desde el aspecto estrictamente normativo, sino que a su vez es de dudosa materialización, ya que la equiparación de los procedimientos implicaría en primer término el establecimiento de iguales métodos para la selección de los Magistrados ya que la determinación de la idoneidad a los efectos de asegurar el principio de igualdad para el acceso a empleos públicos –art. 16 de la C.N.- así lo exige.

Pero además, existe una dificultad de índole económica, que consiste en que la unificación de los procedimientos implicaría también la consagración normativa de la equiparación de los cargos públicos que participan en ellos, y consecuentemente de los salarios, por aquello de que a igual tarea corresponde igual remuneración -art. 14 bis. del citado cuerpo legal-.

La disparidad de salarios existentes entre los funcionarios y magistrados de los distintos Poderes Judiciales provinciales exigiría su equiparación, y por consiguiente la elevación de los haberes previstos para cada cargo al máximo consagrado en algunos de los territorios provinciales o en la Nación, según sea el caso. Recordemos que la nivelación no puede ser para abajo, ya que la Constitución asegura también la intangibilidad de los salarios de los jueces y la estabilidad de los empleados públicos.

Es razonable dudar que las legislaturas de las provincias que poseen los jueces y funcionarios judiciales con peores sueldos sean propensas a adherir a un sistema que les implicará un incremento notorio en el gasto público.

2. Selección del modelo: inquisitivo, acusatorio, mixto.

En el caso en que, a pesar de los inconvenientes expuestos, se dirá ocasión para la unificación de los procedimientos penales, lo fundamental se seleccionará el modelo. Vázquez Rossi sostiene que las normas constitucionales que hacen referencia al juicio

⁷⁰ Maier, Julio B. J., ob. cit., pág. 792 y siguientes.

penal -derecho defensa, normas sobre el juicio por jurados, etc.-, indican que nuestro texto legal supremo se inclina por el sistema acusatorio⁷¹. –

La tendencia legislativa está direccionada a la adopción de sistemas acusatorios, tanto en el orden provincial –por ej., Buenos Aires-, como en el orden nacional – reformas introducidas al C.P.P.N. por las leyes 25.760 y las que otorgaron al Ministerio Público la investigación de los hechos flagrantes no detenibles (art. 353 bis) y de aquellos cuyos autores son ignorados (N.N.), siguiendo así la corriente del derecho comparado.

Teniendo en cuenta mi repulsa a las normas sobre el juicio por jurados ya expresada, no es posible que me valga de ellas para postularme por uno u otro sistema. Ahora bien, desde la reforma efectuada a la Constitución en el año 1994, considero que la cuestión no presenta dudas ya, y que el modelo debe ser el acusatorio, por supuesto con las adaptaciones que nuestra idiosincrasia requiera.

Ello es así, ya que el art. 120 de la Ley Suprema dispone que *“el ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad”*.

La promoción de la actuación de la Justicia es entonces función esencial del Ministerio Público. Luego, sin intervención del órgano estatal destinado a la investigación y acusación en los casos en que se amerite, no puede haber actuación de los órganos jurisdiccionales.

Por otra parte, a dicho sistema hacen referencia la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos con jerarquía constitucional en virtud de su incorporación al texto legal supremo por el art. 75 inc. 22, ya que exigen en distintas normas acusación, y publicidad y celeridad del proceso.

3. Rol del Ministerio Público

De lo dicho, claro queda que la principal consecuencia de la inclinación constitucional por un sistema acusatorio, consiste en otorgar al Ministerio Público Fiscal la titularidad del ejercicio de la acción penal pública.

Nuestra Corte Suprema durante los últimos diez años fue escalando peldaños en el camino hacia la prescindencia del Fiscal en el proceso penal, ya que si bien en un principio exigía la acusación como *“conditio sine qua non”* para el dictado de una sentencia condenatoria⁷², luego se conformó con que la hubiera del querellante o particular damnificado⁷³, y finalmente pareció no quererla más⁷⁴.

Ello era así en la medida en que hubiera requerimiento de elevación a juicio, con cuya lectura se da inicio a los debates orales y públicos en el procedimiento nacional, y que se tomaba como acusación suficiente.

La crítica que se hizo es que en los supuestos en los que la causa hubiera llegado a juicio por aplicación del procedimiento previsto por el art. 348 del C.P.P.N., no había requerimiento del Ministerio Público sin más, sino *“ordenado”* por un órgano jurisdiccional –la Cámara de Apelaciones de intervención.-, luego la presunta acusación no lo era tal.

Si a ello sumamos que dicho procedimiento ha sido admitido para su aplicación supletoria a los supuestos en los que el Fiscal, a contestar la vista establecida por el art. 180 de dicho cuerpo legal, requiere la desestimación por inexistencia de delito o por

⁷¹ Vazquez Rossi, ob. cit., pág. 235.

⁷² “Tarifeño, Francisco s/encubrimiento en concurso ideal con abuso de autoridad”, rta. el 28 de diciembre de 1989, en L.L. 1995-B, 32; “Cattonar, Julio P.”, rta. el 13 de junio de 1995, en L.L. 1996-A, pag. 67.

⁷³ “Santillán, Francisco A.”, rta. el 13 de agosto de 1998, en L.L. 1998-E, pág. 331.

⁷⁴ “Marcilese, Pedro J.”, rta. el 15-8-2002, en L.L. 2002-F, pág. 45.

imposibilidad de proceder, luego podría ocurrir que durante todo un procedimiento la intervención de un representante de la Vindicta Pública fuera sólo aparente y como tal, prescindible.

Si bien en una oportunidad sostuve con un estimado colega la procedencia del sistema previsto por el art. 348 del C.P.P.N. incluso para el supuesto mencionado en el párrafo precedente, ello hasta tanto se establezca expresamente un mecanismo de revisión del criterio desestimatorio del Fiscal de primera instancia dentro de la esfera del Ministerio Público –el llamado acuerdo de Fiscales-⁷⁵, y teniendo en cuenta que ambos supuestos ocurren durante la instrucción, que por su naturaleza es preliminar y los resolutorios que en ella se dictan son provisionales y fundados en valoraciones de probabilidad -no de certeza-, y considerándose que no pueden sustituir la acusación que debe existir durante el juicio como presupuesto necesario para el dictado de una sentencia condenatoria.

Afortunadamente, el Alto Tribunal, en su nueva integración, retrocedió los peldaños que había subido, exigiendo acusación como requisito previo a la condena⁷⁶.

Otro punto es la determinación del criterio de actuación de los Fiscales, esto es, si habrá de continuarse con la legalidad formal o si se instaura expresamente el principio de oportunidad.

En nuestro Código Penal, se establece que deben iniciarse de oficio todas las acciones penales, con excepción de las que dependieren de instancia privada y de las acciones privadas –art. 71-. En el orden Nacional, la Ley de Ministerio Público establece además que cuando se tratare de una acción pública, aquél actuará de oficio y deberá promoverla inmediatamente después de la noticia de la comisión de un hecho punible y no se podrá suspender, interrumpir o hacer cesar, salvo en los casos y bajo las formas expresamente previstas en la ley –art. 29 L.M.P.-

Incluso, el art. 274 del Código Penal reprime al funcionario público que, faltando a la obligación de su cargo, dejare de promover la persecución y represión de los delincuentes.

Entonces, los criterios en virtud de los cuales un Fiscal podrá optar por no proceder a investigar, requerir la elevación a juicio o acusar, será en la medida en la que se considere que el hecho no es delito –consecuentemente, no solamente por atipicidad, sino por existir causas de justificación o inculpabilidad-, para lo cual deberá efectuar evaluaciones probatorias sobre los hechos acorde al estado procesal en que se encuentre –en la etapa de instrucción, recordando que el juicio es de probabilidad y no de certeza-; o bien que no obstante la existencia de delito, no puede proceder por las distintas causales que pudieran presentarse –suspensivas (por ej., antejuicio: jury de enjuiciamiento, juicio político, desafuero, etc.); o perentorias (ej: inmunidades parlamentarias, excusas absolutorias, etc.)-.

Podrá también considerar que no obstante la aparente tipicidad del hecho sometido a su análisis, el hecho no reviste ofensividad y consecuentemente considerarlo atípico, etc.

No considero acertado, como algunos sostienen, que la inclusión de la suspensión del juicio a prueba con la exigencia del consentimiento Fiscal haya introducido el principio de oportunidad, ya que para su aplicación se parte de la existencia de un hecho “prima facie” considerado como delictivo, y la decisión que se adopta no solamente tiende a una mejor administración de recursos, sino a introducir mecanismos de resolución alternativos.

Mientras las cosas queden así, nunca podrá emplear criterios de selectividad, que podrían autorizar que en situaciones de saturación de trabajo y de escasez de

⁷⁵ “Sobre el control del Fiscal de Instrucción en el ejercicio de la acción penal. El art. 348 del Código Procesal Penal de la Nación y su aplicación analógica”, elaborado conjuntamente con el Dr. Jorge A. de Santo y publicado en el Suplemento Actualidad de La Ley, del 27 –7-2000.

⁷⁶ “Mostaccio, Julio Gabriel s/ homicidio culposo”, resuelta el 17 de febrero de 2004.

recursos, se prescinda de la persecución penal de aquellos supuestos que se consideran, si bien ofensivos al bien jurídico tutelado, insignificantes para la actuación del aparato sancionatorio del estado.

Ello es lo que se propugna con el principio de oportunidad, una mera evaluación de costo-beneficio del Estado, ya que el de legalidad formal debe interpretarse como la obligación de investigar los hechos delictivos denunciados, no de seguir adelante con la pesquisa de toda denuncia aún cuando ella denote que el episodio anoticiado no es delito por cualquiera de las causas antedichas, incluso por falta de ofensividad. En estos últimos supuestos mencionados, aún en vigencia del principio de oficialidad o legalidad formal, puede el Ministerio Público igualmente pronunciarse por un criterio desvinculante.

Luego, la decisión sobre la implementación del principio de oportunidad no tiene que ver necesariamente con la adopción de un sistema acusatorio, sino con la decisión del Estado de renunciar parcialmente a la finalidad de “afianzar la justicia” cuando es incapaz de proveer los procedimientos y los medios requeridos para ello.

Sin embargo, lo dicho no debe interpretarse como que aún los ilícitos de escasa cuantía deban recibir severas penas. Ya me he postulado como un acérrimo partidario del principio de proporcionalidad, y consecuentemente, de sanciones alternativas a la pena privativa de libertad, cuando los casos así lo ameriten. Incluso, considero que debería incrementarse también el marco de ilícitos dependientes de instancia privada, y reformularse la extensión de esta categoría –esto es, si el “retiro de los cargos” por el particular damnificado en determinados supuestos de “poca monta” podría determinar la extinción de la acción (ej., del delito de daño, cuando aquél fue reparado; el de usurpación, cuando el inmueble fue restituido).

Lo que no es de mi agrado, es una decisión que renuncia a hacer justicia en un caso delictivo y ofensivo por la impotencia o ineptitud del Estado, aún cuanto la víctima expresa que tiene interés en la resolución del caso.

La única excepción que encuentro acertada es aquella en la que la ausencia del ejercicio de la acción penal contra una persona se funda en que de ella se obtendrán datos relevantes para una investigación seguida contra otra u otras respecto de las cuales el Estado tiene mayor interés en enjuiciar –el caso del mal llamado “arrepentido”-, que de hecho ya tiene consagración en nuestra legislación para algunos supuestos.

En particular, en lo referente a distintas manifestaciones de delincuencia organizada, en muchas ocasiones resulta imprescindible contar con las explicaciones que pueda brindar alguien que las haya integrado o haya coadyuvado con su desarrollo para lograr discernir las maniobras o los roles que cada uno desempeña en las mismas.

En estos supuestos, el estado privilegia la desarticulación de la asociación ilícita y el enjuiciamiento de sus jefes, actividad que no podría lograr sin la “colaboración” de uno de sus integrantes, respecto del cual renuncia al ejercicio de su potestad punitiva –o en algunos casos la atenúa-.

Aquí hay un análisis de una relación costo-beneficio, pero no en términos económicos o de gestión. Ante la ineficacia de los medios probatorios convencionales frente a realidades que ponen en riesgo cierto a la población, se efectúa un análisis de oportunidad, concluyéndose es preferible renunciar al apriesonamiento de un delincuente y lograr la eliminación de la organización, que no lograr nada.

No es otra cosa que un estado de necesidad, en el que el Estado debe optar entre su obligación de sancionar a una persona que cometió un delito y su deber de eliminar las expresiones de delincuencia organizada. A diferencia de los criterios de oportunidad que se emplean para justificar la ausencia de persecución penal por razones estrictamente económicas o de gestión, en estos supuestos las dificultades no son soslayables mediante la optimización de los sistemas de enjuiciamiento o la creación de nuevos Tribunales para desgotar los colapsados por la excesiva carga de trabajo.

Lo que sucede aquí es que las mismas expresiones delictivas son de tal complejidad y de particulares criterios de desarrollo que tornan ineficaces, por sí solos, los medios probatorios ordinarios, y hacen necesario recurrir a figuras como la indicada: muchas veces, una suma de resúmenes de cuentas bancarias no resultan suficientes para asignar responsabilidades, en particular cuando se suele operar a través de personas interpuestas, haciéndose necesario el análisis de esos datos por parte de algún ex – integrante del grupo⁷⁷.

Pero en estos supuestos no hay una renuncia del Estado a hacer justicia por no poder solucionar su ineficacia de gestión y por ignorar cómo administrar mejor sus recursos. Por el contrario, la finalidad es, precisamente, hacer justicia en una mayor cantidad de casos o en supuestos de mayor gravedad y trascendencia social.

Mientras en el primer caso el criterio es meramente pragmático, es decir, que el Estado adopta una decisión solo aparente en vez de procurar la solución de fondo, en el segundo asume la única postura posible frente a una realidad que le fue impuesta.

Otras dos razones me llevan a rechazar el principio de oportunidad en su ordinaria concepción. La primera, es que la selección de los casos que serán sometidos a enjuiciamiento dependerán del Estado mismo y por lo tanto quedaremos expuestos a un ejercicio arbitrario de la facultad desestimatoria.

¿Cuál será el criterio para determinar qué casos se juzgarán y cuáles no, ante la incapacidad para juzgar a todos?. La intrascendencia social de los hechos cuyo juzgamiento se prescindirá no puede ser analizada entre nosotros exclusivamente por la consideración de las escalas punitivas previstas en abstracto –algo ya expuse sobre la desproporción de las penas-. Tampoco por el contenido patrimonial de un injusto, ya que muchos ilícitos tienen severas repercusiones en la ciudadanía a pesar de que aquél sea escaso –caso del juez que se corrompe por una magra suma de dinero-.

Queda entonces en manos exclusivas y excluyentes del Ministerio Público Fiscal, único titular del ejercicio de la acción penal pública. Si a ello sumamos que los mecanismos de revisión del criterio desestimatorio de un Fiscal han sido cuestionados por considerarlos infractores del art. 120 de la C.N., la cuestión toma dimensiones inadmisibles. Además, favorece la aplicación de criterios motivados en actos de corrupción, que en un esquema como el expuesto serían más fáciles, frecuentes e indetectables.

La otra razón, es que la consagración del principio de oportunidad importa la admisión normativa de la ineficacia del Estado para someter a enjuiciamiento a todos los hechos delictivos que se le anoticien, y con ello se formula una comunicación social de ineptitud que no propende, precisamente, a disminuir la tasa de delincuencia, y por lo tanto no favorecerá el logro del esquema de seguridad tan deseado. La finalidad de contramotivación que se asigna a la amenaza de sanción penal quedará diluida, al sumarse a las dificultades hoy existentes una nueva traba que alejará aún más las posibilidades de su materialización. Un Estado poco efectivo en la prevención, persecución y, ahora además, en el enjuiciamiento de los hechos delictivos, es un semáforo en verde para la criminalidad.

d. Conclusiones

Cuando me dispuse a realizar el análisis de las cuestiones tratadas en este trabajo, lo hice desde una perspectiva crítica, fundado en un convencimiento absoluto que la morigeración de los efectos de la inseguridad ciudadana no puede lograrse a través de modificaciones en la legislación penal o en el sistema de enjuiciamiento, al menos no exclusivamente. De allí que considerara desde un inicio que un plan oficial de seguridad que solamente contemplara tales aspectos era un yerro.

⁷⁷ De allí que los grupos delictivos tengan por pauta esencial para sus integrantes el compromiso al silencio –como la omertà mafiosa-, y no perdonen la delación.

Una vez que finalizé mi ensayo, advertí que no quedaba satisfecho con tanta crítica desprovista de, aunque más no sea, alguna sugerencia. Si bien desde mi perspectiva es poco lo que un penalista puede ofrecer en materia de seguridad, ya que su visión se focaliza en la situación ex post facto delictual y no en la prevención de ilícitos⁷⁸, algo puedo intentar.

Por supuesto que la tarea de un Estado en materia de seguridad ciudadana no es fácil, y para que sea exitosa debe procurarse la perduración en el tiempo de sus efectos y con independencia del gobernante de turno, motivo por el cual debe ser considerada a largo plazo aún si los efectos no se detectan en el corto. Aquí no se admiten pragmatismos.

Debe procurarse la optimización de los aspectos de contención en los sectores marginales con políticas esencialmente socio-culturales; y de prevención del crimen, no circunscripta al incremento del patrullaje de los puestos de control de las fuerzas de seguridad para la evitación de la delincuencia primaria violenta, sino que también debe incluir el perfeccionamiento de los sistemas administrativos de control para el impedimento de las restantes manifestaciones de delincuencia que a su vez genera o coadyuva la primera –aduanero, tributario, bancario, societario, de fraudes, quebrantos, de legitimación de activos provenientes de ilícitos, sanitario, de seguridad empresarial, de política ambiental, etc.-.

Pero además, teniendo en cuenta que los sistemas reglamentarios aludidos están confiados a funcionarios públicos, debe controlarse también su desempeño con aplicación estricta de las legislaciones de ética pública –ley 25.188- y las complementarias de cada actividad, a efectos de evitar que lo que en principio se presenta como una mera falta siga desarrollándose hasta constituir expresiones delictivas por omisiones intencionales en las funciones –incumplimiento en los deberes de funcionario público- o degeneren en actos de corrupción administrativa.

Un estricto contralor de los empleados del Estado no solamente impedirá que lo que es una infracción aislada devenga en práctica usual, sino que implicará también un mensaje de efectividad del sistema de detección de irregularidades que hace a la contramotivación del funcionario contra la comisión de hechos de mayor entidad –delictiva-, y mejor aún, hace escuela, ayuda la formación de los nuevos agentes, impide que asuman como regulares prácticas que no lo son pero que su frecuente ocurrencia le otorga tal apariencia.

Desde el derecho penal, creo que poco puede hacerse. Lo esencial es a mi criterio la rectificación del curso que ha tomado la actividad legislativa. Debe seguir parámetros político-criminales coherentes, sistemáticos y cautelosos. No puede continuar siendo una mera respuesta espasmódica e irreflexiva al reclamo popular, ya que lo único que provoca es inseguridad jurídica que agrava la inseguridad ciudadana.

Quizás sea prudente también que se perfeccionen algunos institutos destinados a la colaboración con la investigación de manifestaciones delictivas vinculadas con estructuras organizadas, a efectos de desarticularlas y con ello evitar futuros episodios similares. Me refiero en particular al instituto del arrepentido, o mejor dicho del delator.

Las normas que las contemplan son diversas. El art. 217 prevé una cláusula de exención de punibilidad para quien delata una conspiración para cometer traición; el art. 29 de la ley de represión del narcotráfico –23.737- otorga al juzgador la posibilidad de reducirle al “arrepentido” la pena o eximirlo; y las restantes –art. 2° de la ley 25.241

⁷⁸ El único aspecto preventivo al que suele referirse el penalista es el general negativo en la previsión de la sanción en abstracto en las respectivas legislaciones, aunque ello siempre encuentra su límite no solamente en el principio de proporcionalidad que reconduce a la consideración del bien jurídico afectado y del disvalor de acción, sino también en la dignidad del hombre, y ha demostrado además su insuficiencia como única contramotivación; y el especial positivo en la resocialización del delincuente, que no siempre se logra. No se puede pretender paliar la inseguridad entregándose el problema exclusivamente al penalista. Puede ayudar pero no basta, ya que su colaboración es siempre acotada y además llega tarde, una vez ocurrido el problema. La idea es evitarlo.

para hechos de terrorismo y art. 41 ter del C.P. para supuestos de privación ilegítima de libertad coactiva o secuestro extorsivo según ley 25.472- prevén solamente cláusulas de reducción de la pena.

Sólo el primer supuesto es acertado. Cuando un delincuente se apresta a delatar una organización, lo hace en aras de salir indemne o beneficiado con una sanción atenuada. Luego, para que el instituto sea efectivo, debe asegurársele la indemnidad o la atenuación.

En el contexto actual de cosas, ello no es posible a excepción del caso de la delación de la conspiración para cometer traición. En este supuesto, teniendo en cuenta que la cláusula establece específicamente la exención de punibilidad cuando concurre una persona involucrada en el ilícito antes de haberse iniciado el procedimiento, esto es, cuando denuncia el hecho, no queda dudas cuál será su suerte, ya que lo único que requiere es la revelación del hecho ante la autoridad, no depende del resultado de la investigación ni de la entidad de su aporte, y la solución será siempre la exención de pena ⁷⁹. El mismo Juzgado instructor puede disponer incluso su sobreseimiento en la etapa investigativa.

Ahora bien, en los otros supuestos la entidad del dato otorgado debe implicar un “significativo progreso de la investigación”, o “una colaboración eficaz”, o debe tratarse de “datos de manifiesta utilidad”, etc. Ello reconduce a un análisis que debe realizar el Magistrado sobre la idoneidad del dato brindado, y por lo tanto no otorga seguridad al delator sobre su destino, circunstancia que puede provocar el fracaso del instituto.

En especial, cuando el dato se brinda ante un Fiscal o Magistrado instructor, que puede realizar promesas de beneficios futuros, pero que no son ellos los autorizados para otorgarlos, sino que será luego el Tribunal de Juicio que intervenga el encargado de evaluar la idoneidad de la información para hacer al delator acreedor de la mejora en su situación. Y peor aún, cuando esa evaluación determinará, como ocurre en el supuesto de la ley de estupefacientes, si a lo que accede es a una atenuación de pena o directamente a una exención.

Lo que se ha olvidado es que el instituto tiene raíz anglosajona, ha sido consagrado en sistemas procesales acusatorios en los que el Fiscal tiene la disponibilidad de la acción penal pública, y por lo tanto es él quien tiene el poder decisorio. No es conveniente que las cláusulas se limiten a prescindir de la punibilidad, sino que deberían autorizar al Fiscal a omitir el ejercicio de la acción penal, por supuesto sujetas a la verosimilitud de la información. Ello dotaría de certeza en la aplicación y por consiguiente motivaría más efectivamente la delación.

Es cierto que se han efectuado cuestionamientos sobre la procedibilidad del instituto, sobre su ética. Pero si se opta por su procedencia excepcional teniendo en cuenta la entidad de los ilícitos a los que está destinada su aplicación, entonces que se lo haga operativo.

Por supuesto que para optimizar su implementación debe asegurarse un sistema de protección posterior, tanto para el delator como para el testigo de identidad reservada cuyos datos deben ser revelados en el juicio, cuando es necesario otorgar al imputado el control sobre la fiabilidad de su versión.

Desde el derecho procesal penal, por supuesto que todo cuanto se haga para optimizar la implementación de los sistemas de investigación y enjuiciamiento, sin necesidad siquiera de modificar los códigos respectivos, traducirá una efectividad del estado que es mejor contramotivación para el delincuente que la amenaza de pena en abstracto.

Sobre este punto, debe procurarse a los funcionarios del Ministerio Público y órganos jurisdiccionales de los insumos y recursos humanos que requieran, previéndose

⁷⁹ Ello sin perjuicio de señalar que sería prudente incrementar el ámbito de aplicación para la revelación de datos una vez iniciada la investigación, teniendo en cuenta en particular los intereses involucrados.

la posibilidad de reasignación cuando las necesidades así lo exijan; debe dotarse de continua capacitación, sin la cual todo sistema está destinado al fracaso; y deben revisarse y optimizarse los procesos laborales, prescindiéndose de toda práctica innecesariamente formalizada que no tenga por objeto la tutela de la defensa en juicio y que lo único que haga sea dilatar las resoluciones y despachos de expedientes.

Pero lo más importante aún y quizás lo que más efecto tenga en la seguridad ciudadana, sea el manejo de las fuentes de información, en la forma en la que se consignan, administran y comparten los datos que son involucrados en investigaciones judiciales.

Los expedientes iniciados por ilícitos cuyos autores son ignorados están destinados, en su gran mayoría, a terminar en un archivo hasta que, por ejemplo, el bien sustraído sea habido y pueda vincularse a quien lo poseía por su encubrimiento por receptación.

Si todas las oficinas que receptan estos expedientes, conocidos en la jerga judicial como “N.N.”, pudieran confeccionar una base de datos sobre modalidades delictivas, cantidad de intervinientes y sus descripciones, lugares y horas de comisión, etc., se obtendrían dos resultados. El primero, en la faceta investigativa, ya que cuando son hallados uno o varios individuos en la flagrante comisión de un ilícito o el resultado de la investigación de una denuncia arroja resultado positivo y logra individualizarse el autor, permitiría indagar sobre hechos similares y vincularlos a ellos.

El segundo, en la faceta preventiva, ya que la información podría aprovecharse para una más adecuada asignación de los recursos: si se determina que en un sitio se cometen numerosos hechos ilícitos y no hay agentes de policía apostados, y en otro no se perpetran y en él se encuentra destinada una cantidad sobreabundante de recursos de las fuerzas de seguridad, surgiría la necesidad de modificar las locaciones de los funcionarios; si se determina que se aprovecha la oscuridad de un sitio para el desarrollo de determinadas actividades ilícitas, se impondría al Municipio su iluminación; si se concluye que se aprovechan reiteradamente las ausencias de control administrativo de una determinada dependencia o locación para la comisión de hechos delictivos, ello motivaría una revisión de los sistemas de gestión, etc.

Tanto éstas fuentes de datos de expedientes con autores no ignorados como aquellos en los que los sujetos activos han sido individualizados, deberían conformar bases que puedan ser consultadas en forma interjurisdiccional, para que las investigaciones exitosas no se circunscriban a aquellas que se desarrollen en la misma circunscripción territorial como ocurre en algunos casos –por ejemplo, en la jurisdiccional en lo criminal de instrucción de la ciudad de Buenos Aires-. En particular, si realmente existe intención de perseguir la delincuencia organizada, que suele operar en más de un sitio.

Además, resulta asombroso que no se hallan implementado aún métodos efectivos para coordinar los registros de antecedentes de las distintas fuerzas policiales, u optimizar el Registro de Reincidencia y permitir su consulta a órganos judiciales y del Ministerio Público a través de redes de informática.

En efecto, hoy en día conviven dos bases de datos de antecedentes: por una parte el Registro Nacional de Reincidencia, y por la otra las respectivas fuerzas policiales de cada provincia.

Al primero se comunican las situaciones de los imputados en todos los expedientes penales del país, pero recién cuando se arriba a un determinado estado procesal, cuando se dicta un auto de mérito –procesamiento, prisión preventiva, elevación a juicio, etc.-, no antes. Luego, impide conocer un proceso en trámite que no haya arribado a una determinada etapa a pesar de que el imputado ya haya sido individualizado.

Además, la consulta de su base de datos se hace mediante un requerimiento de informes sobre procesos y condenas pendientes que demora en su obtención, en particular cuanto más lejana sea la dependencia judicial requirente de su emplazamiento

en la capital de la República, por cuanto los requerimientos no pueden ser efectuados si no es mediante la remisión de las fichas dactilares correspondientes por correo a dicha dependencia, que en muchos casos suelen ser confeccionadas defectuosamente por los funcionarios policiales encargados y por consiguiente impiden brindar la información.

Estos problemas de implementación provocan dilaciones que harán que se resuelva en definitiva la excarcelación de un individuo aún sin contar con sus antecedentes, esto es, como si no los tuviera –ej., art. 176 del C.P.P.B.A.-. Debe recordarse que los motivos para denegar una excarcelación no se circunscriben a la entidad del hecho imputado, sino también y por sobre todas las cosas cuando se presenta la situación del llamado “peligro procesal”, esto es, cuando se estima que debido a la cantidad de antecedentes que el acusado registra que hacen que de recaer sentencia la misma no pueda ser dejada en suspenso, se presume que si recupera su libertad intentará eludir el accionar de la justicia.

Entonces, puede ocurrir que un individuo que registra diversos pedidos de captura por ilícitos graves sea detenido en distinta jurisdicción por un hurto en grado de tentativa, y al ser aprehendido sea luego liberado debido a que el ilícito es excarcelable y no se cuenta con sus antecedentes. Pareciera que en casos como éste, que son muy frecuentes, el Estado brinda una comunicación de ineficacia, le expresa al delincuente que es fácil eludir al aparato represivo estatal en la medida en la que varíe su radio de operaciones. El aspecto contramotivador de la efectividad del sistema queda diluido.

No son suficientes para evitar estas omisiones las bases de datos policiales, ya que no están conectadas interjurisdiccionalmente, esto es, que la Policía de la Provincia de Buenos Aires comunica los hechos cometidos y que le hayan sido informados de su territorio, mientras que la Policía de la Provincia de Santiago del Estero hace lo propio en su circunscripción.

Luego, sin una persona registra un pedido de captura emitido recientemente por un Juzgado de Termas de Río Hondo por diversos homicidios, y es detenido luego en Lomas de Zamora por la flagrante comisión de un delito correccional, el Fiscal bonaerense podrá disponer su libertad por ser excarcelable el ilícito previa constatación que no pesen medidas restrictivas de su libertad, pero esta verificación la efectúan los funcionarios policiales mediante una comunicación telefónica al registro de capturas de la Jefatura local que, por no tener conexión con sus pares provinciales, no detectará la orden de detención antes aludida. Ello, sin perjuicio de señalar que la información brindada será nominativa y no dactilar, y por consiguiente, si el imputado brinda otro nombre –como suele ocurrir- el problema se incrementa aún más ⁸⁰.

Debido a las dilaciones en que se incurren para obtener informes del Registro Nacional de Reincidencia por las cuestiones antedichas, muchas veces no es posible esperar la obtención de aquellos, debido a los términos establecidos para resolver un pedido de excarcelación, y aunque se lograra su celeridad, debido a que dicha dependencia informa recién cuando se arriba a un determinado estado procesal, pareciera que en más de una oportunidad fracasaría.

Recién ahora se comienza a verificar que el citado organismo no solamente informa determinados estados procesales, sino también hace saber al Estrado requirente todo otro pedido de informes que haya recibido, y por consiguiente se amplía el espectro de información brindada, y además el emplazamiento de Unidades receptoras de pedidos de informes en diversas localidades pueden coadyuvar con la aceleración de la tarea.

Pareciera entonces una tarea ineludible la optimización del Registro Nacional de Reincidencia, mediante un sistema de informática que permita su consulta a distancia. Las opciones de consulta pueden ser mediante el emplazamiento de oficinas

⁸⁰ Peor aún, la información de los registros provinciales no necesariamente llega a la Dirección de Migraciones, luego una persona con una orden restrictiva de su libertad de jurisdicción ordinaria puede fácilmente egresar del país.

seccionales, pero ello incluso no es necesario: basta la conformación de una base de datos en la que las fichas dactilares sean insertadas mediante un proceso de digitalización, y el establecimiento de un sistema de consulta a través de redes de informática.

Entonces, es suficiente con que las dependencias policiales tengan a su disposición un scanner o una cámara digital apropiada con los que puedan pasar a la base de datos las impresiones digitales, y un canal de acceso a internet para procurar la información. Si quedan asentadas todas las consultas que se hagan al sistema respecto de cada persona, la información que se brinde será ampliada, no quedará circunscripta a determinados estados procesales sino a toda investigación en curso sin importar su grado de avance, en la medida en la que haya un autor identificado o se hayan procurado las huellas dactilares de una persona en una escena criminal.

Cierto es que el establecimiento de un sistema de ésta índole llevará un incremento de costos, pero también ahorrará la duplicación de empleo de recursos en investigaciones paralelas que no se conectan por omisiones técnicas, como así también el costo del correo destinado a la entrega del pedido de informes en el Registro y del envío del informe confeccionado en el Juzgado, etc. También es cierto que su emplazamiento demorará tiempo, pero se dijo al inicio que toda política seria de seguridad rendirá frutos a mediano y largo plazo. En esto no hay soluciones mágicas. Y no menos cierto es que toda base de datos informatizada debe ser dotada de mecanismos de seguridad para evitar su jaqueo y consultas por personas no autorizadas. Pero esto se soluciona con la realización de un “back-up” frecuente y el establecimiento de claves de acceso otorgadas a un número restringido de funcionarios, y con la registración de cada consulta que haga y con indicación del expediente, para evitar que se formulen por agentes autorizados pero en situaciones inapropiadas.

En el nuevo milenio casi todas las actividades se rigen por estas pautas. Es casi pueril no ajustarse a ellas y continuar con métodos arcaicos. Fue un argentino quien creó el sistema de registro de huellas dactilares. Pareciera que es hora de adecuar su descubrimiento científico a las nuevas tecnologías.

e. Bibliografía consultada

- 1) Mahiques, Carlos A., “Cuestiones de Política Criminal y Derecho Penal”, Fabián Di Plácido editor.
- 2) Mahiques, Carlos A., “Derechos fundamentales y constitucionalismo penal”, en Prudentia Iuris N° 57.
- 3) Silva Sánchez, Jesús María, “Perspectivas sobre la política criminal moderna”, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma.
- 4) Silva Sánchez, Jesús María, “La expansión del Derecho Penal, Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales”, Civitas.
- 5) Yacobucci, Guillermo Jorge, “La deslegitimación de la potestad penal”, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma.
- 6) Palazzo, Francesco, “La evolución del sistema penal italiano entre pasado y modernidad”, en la revista “El Derecho Penal” de marzo del 2003.
- 7) Baratta, Alessandro, “Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal”, de Alessandro Baratta, Siglo XXI.
- 8) Jescheck, Hans Heinrich, “Tratado de Derecho Penal, Parte General”, Comares
- 9) Maurach, Reinhart, “Derecho Penal, Parte General”, Astrea
- 10) Roxin, Claus, “Derecho Penal, Parte General”, Civitas.
- 11) Zaffaroni, Eugenio Raúl y otros, “Derecho Penal, Parte General”, Ediar.
- 12) García Cavero, Percy, “La nueva política criminal intimidatoria e inocuidadora: el caso de la seguridad ciudadana en Perú”, en Prudentia Iuris N° 57.
- 13) Vázquez Rossi, Jorge E., “Derecho Procesal Penal”, Rubinzal Culzoni.
- 14) Vélez Mariconde, Alfredo, “Derecho Procesal Penal”, Lerner Editor

- 15) Maier, Julio B.J, "Derecho Procesal Penal", Ediciones del Puerto
- 16) Hendler, Edmundo S. -Director-, "Sistemas procesales penales comparados", Ad-Hoc.
- 17) Maier, Julio B. J.; Hendler, Edmundo S., y otros, "Juicio por jurados en el Proceso Penal", Ad-Hoc.
- 18) "Hacia una Nueva Justicia Penal", Autores varios, Conclusiones del simposio internacional sobre la transformación de la administración de justicia penal, organizado por el Consejo para la consolidación de la Democracia de la Presidencia de la Nación, impreso por la Dirección Nacional del Registro Oficial.
- 19) Marchisio, Adrián -Director- "La Duración del proceso en la República Argentina", editado por la Konrad Adenauer Stiftung.
- 20) "Jornadas Internacionales sobre el Consejo de la Magistratura, Buenos Aires, octubre de 1998, organizadas por el Ministerio de Justicia de la Nación, conclusiones editadas por La Ley
- 21) Cassagne, Juan Carlos, "Derecho Administrativo", Abeledo Perrot
- 22) Dromi, Roberto, "Derecho Administrativo", 3ª edición, Ciudad Argentina
- 23) Marienhoff, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", Abeledo Perrot
- 24) Touchard, Jean, "Historia de las ideas políticas", Tecnos.
- 25) Ruiz Moreno, Isidoro, "La Lucha por la constitución", Edit. Astrea