

La Resistencia a un Proceso Penal acorde con la Constitución Argentina

Andrés J. D'Alessio

1. Introducción

Nadie ignora que, al enfrentar la colosal tarea de constituir un país sobre el mosaico semidesierto que era la Argentina a mediados del siglo XIX, se decidió practicarle algo así como una transfusión poblacional mediante la inmigración europea, dotarlo de unidad, a través de la educación común y, sobre todo, darle instituciones aptas para convertirlo en una república democrática.

Este plan, cuyos artífices pueden señalarse en Alberdi y Sarmiento, pero que fue propio de toda una generación, incluyó la adopción del modelo constitucional de los Estados Unidos, que respetaba la forma federal cuyos defensores habían resultado vencedores después de 40 años de guerra civil y era, además, el modelo más apreciable frente a una Europa en la que aun Francia, a 64 años de su gloriosa revolución, había reincidido en la monarquía.

Entre esas instituciones se contó la previsión del juicio por jurados, triplemente reiterada en el texto constitucional aunque extraña a nuestra tradición hispánica, que importaba, según dijo alguien que no recuerdo, la forma de participación ciudadana en el Poder Judicial, como lo es el voto para las ramas políticas del gobierno.¹

Empero, así como esa tensión entre lo existente y el modelo adoptado, en lo relativo al acceso del pueblo a las decisiones políticas generó largas décadas de fraude y, luego de producida la inmigración que se buscaba, derivó en el estallido de 1890, la consagración del sufragio universal en 1912, la tragedia sufrida por la Argentina a partir de 1930 y el dificultoso afianzamiento de las instituciones en los últimos 25 años; en lo referido a la decisión de los conflictos confiados al Poder Judicial, permaneció directamente ignorada la decisión de los constituyentes a lo largo de más de un siglo y medio, y subsiste aún hoy la desconfianza en la capacidad de los ciudadanos legos para decidir los juicios criminales del modo en que creían los constituyentes cuando establecieron la meta fijada en 1853.

2. Breve historia de la aspiración al juicio por jurados en el proceso penal de la Argentina.

¹ Vale la pena señalar que no fue una extravagancia de los constituyentes de 1853 pues también manifestaron similar aspiración los redactores de las constituciones de 1819 (Art. 114) y 1826 (Art. 164).

(a) *La Constitución.*

El establecimiento de los jurados fue requerido por el texto original de la Constitución en los artículos 24, 67.11 (hoy 75.12) y 102 (hoy 118).² Su reglamentación legislativa, en cambio, se fue demorando con pretextos que no ocultan la desconfianza de los gobernantes acerca del buen criterio de los gobernados.

En el ámbito político se hizo lo mismo a través de la lisa y llana negativa de permitir a éstos la elección de las autoridades o mediante políticas prebendarías que apelaron a motivaciones muy distintas de las dictadas por la razón.

En 1871 Florentino González y Victorino de la Plaza elaboraron un proyecto fiel al diseño constitucional, inspirado en las legislaciones de Nueva York y Luisiana, en el que se confiaba a un jurado popular no sólo la decisión final, sino la determinación de si existía mérito o no para el procesamiento del acusado, como lo requería la Vª Enmienda del modelo.

Según era de esperar, esa propuesta languideció en el Congreso durante más de una década. Es que la tradición colonial seguía pesando y la inmigración europea se había producido desde las zonas más pobres de países con monarquías tiránicas³ por lo que, aunque fue sumamente útil a la modernización y la transformación económica del país, fue manifiestamente ajena a la tradición de las primeras cartas fundacionales de las colonias norteamericanas y el Bill of Rights de 1689, que culminó en la Constitución de 1787.⁴

Por otra parte, la fuerza de irradiación cultural de Europa Continental siguió siendo prevaleciente hasta las últimas décadas del siglo XX, -aunque las relaciones económicas se mantuvieran predominantemente con Gran Bretaña- y ello no contribuyó a afianzar, a nivel legislativo, el modelo constitucional tomado de la Constitución Norteamericana.

(b) *El Código de Procedimientos en Materia Penal. (1888)*

La Argentina siguió con el procedimiento penal que había heredado de la colonia⁵, hasta que, en 1883 el Poder Ejecutivo encomendó a Manuel Obarrio y a Emilio Coni la redacción de un código en la materia, con la expresa indicación de que tenía que confiar la decisión de las causas a tribunales de derecho⁶.

2 Ya lo habían previsto las constituciones de 1919 y 1926.

3 Aunque importe una digresión, creo que debe señalarse a favor de los diseñadores constitucionales que, luego de recibir la educación planeada tres décadas y media antes, los hijos de esa inmigración ya tomaron parte en la Revolución del 90 y constituyeron la base del movimiento que consiguió el voto universal 22 años más tarde.

4 Puede consultárselos en Internet en la página <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/constpap.htm>

5 Para tener una idea de ese procedimiento, me parece sumamente útil el excelente el resumen del expediente que documentó el proceso a los asesinos de Facundo Quiroga hecho por un antiguo periodista de tribunales: Carrasco Quintana, Martín, “*Como se mata a un caudillo*”, El Calafate Editores, Buenos Aires, 2003

6 Como él lo señala al comienzo de su “Nota Explicativa” del 15 de julio de 1882.

Por renuncia del segundo, la tarea quedó exclusivamente a cargo de Obarrio. Es posible, como afirma la Corte Suprema en los considerandos del fallo “Casal” al que luego me referiré extensamente, que él fuera “*un penalista liberal*”, también que actuara constreñido por la pesada estructura judicial que no había tiempo de modificar y el condicionamiento impuesto a su tarea, pero el resultado de ella fue un código inquisitorial, basado en una gran desconfianza hacia el pueblo, que rigió la materia más sensible del ordenamiento jurídico argentino⁷ durante más de un siglo y también dejó una huella que parece imposible de borrar.

El liberalismo de la élite argentina de la época, no obstante el progreso que en muchas materias consiguió para nuestro país, no puede ser confundido con un espíritu democrático, su molde ideológico no era el de Jefferson, sino el del despotismo ilustrado. Baste para demostrarlo la transcripción de algunos párrafos de la nota que cité, redactada por Obarrio a manera de exposición de motivos:

“La institución del jurado, para que pueda llenar sus propósitos, supone no sólo un alto grado de educación en el pueblo, sino, sobre todo, hábitos formados en el ejercicio del gobierno propio y que hagan de cada ciudadano un elemento que en su esfera de acción contribuya al movimiento armónico y fecundo del mecanismo social. Es necesario para que la institución del jurado sea fructífera, que los individuos se penetren de su misión social y que el sentimiento del interés general predomine respecto de los pequeños intereses o afecciones que en muchos casos pueden hacer olvidar el cumplimiento del deber.”

Se explica por qué el jurado en Inglaterra sea una gran institución. El carácter de este pueblo, sus costumbres, su educación, sus tradiciones, sus tendencias, lo colocan en condiciones especiales para hacer del jurado una verdadera garantía del recto discernimiento de la justicia. Pero en un país como el nuestro, que recién entra, puede decirse, en la práctica de las instituciones libres; que no tiene todavía el hábito, aunque sea doloroso confesarlo, del propio gobierno; en que los ciudadanos, lejos de abrigar inclinaciones por el desempeño de esta clase de cargos, los miran no sólo con indiferencia, sino con aversión, por los deberes que imponen y las responsabilidades que entrañan; en un país, en que el jurado, aun para los simples delitos de imprenta, no ha pasado de un ensayo sin resultados satisfactorios, no sería posible dar a esta institución una vida estable, conveniente y eficaz.”

Sería interesante comparar la presencia de tales virtudes en un gaucho argentino o uno de los inmigrantes que habían comenzado a poblar nuestro suelo o los hijos de éstos, con las que tuviera en esa época un minero de Cardiff, un pastor de los *Highlands* o alguno de los personajes citadinos descritos por Dickens. Aunque carezco de elementos para hacerlo, pienso que quedaría demostrado el carácter de mero pretexto de esas afirmaciones.

Lo mismo ocurre con la nota de la Comisión Revisora, formada por Onésimo Leguizamón, Filemón Posse y Juan E. Barra, que se expidió el 28 de julio de 1884. En ella se dice:

“...quedaba a considerar el punto referente a la oportunidad de “promover” por el Congreso con ocasión de esta ley, el establecimiento del juicio por jurados.”

⁷ Sebastián Soler solía decir que las más grandes tragedias producidas por el derecho a castigar durante la historia habían provenido mucho más de las normas procesales que de las sustanciales del derecho penal.

La comisión ha pensado que no; que sería una transición demasiado brusca y no exenta de peligros pretender pasar del estado rudimentario en que se desenvuelve nuestra vida democrática, así como del caos reinante en la actualidad, en punto a procedimientos criminales, al de alta perfección social, cultura general y hábitos de gobierno propio que presupone y requiere el jurado para ser una institución viable y fructífera.

Las grandes reformas, sobre todo en países nuevos como el nuestro, no pueden implantarse de improviso: ellas deben brotar espontáneamente, si es permitida la expresión, como el resultado de un proceso de evolución gradual y progresiva, en pos del perfeccionamiento.

Hoy que en materia de procedimientos criminales no tenemos más legislación ni doctrina en vigencia que el informe hacinamiento de las antiguas disposiciones del atrasado derecho colonial, entremezcladas con leyes sueltas contemporáneas, debemos contentarnos por el momento, con dar forma a los informes sancionados en los preceptos de un Código, ordenando los principios más avanzados de la moderna legislación penal.

Así se prepara el camino para que, en tiempo no lejano, si las circunstancias lo requieren, fluya sin dificultades, no ex abrupto, como tendría que serlo en la actualidad, la institución del jurado.”

A su vez, en el informe de la Comisión de Códigos de la Cámara de Diputados, formada por Wenceslao Escalante, Ernesto Colombres, Benjamín Basualdo, Estanislao S. Zevallos y Guillermo Torres, se reconocieron las dudas que suscitaba apartarse del criterio plasmado en la Constitución, pero no obstante ello se decidió hacerlo con estos fundamentos:

“... el primer cuidado de la comisión que suscribe, desde las sesiones preliminares que celebró en los comienzos del actual período legislativo, fue la dilucidación del sistema que había de adoptar para sus trabajos; si el juicio por jurados que, como lo expresa correctamente el doctor Obarrio, deja la apreciación de los hechos criminosos a las pruebas de convicción moral, a la conciencia de ciudadanos que sin tener carácter público permanente, forman en cada caso el tribunal que juzga respecto de esos hechos; o el juicio librado a los tribunales de derecho, que reposa sobre las pruebas legales, que aprecia cada circunstancia del proceso, de acuerdo con la ley escrita, y que declara la culpabilidad o inculpabilidad de los encausados, según el mérito jurídico de los antecedentes obrados en el juicio.

Abordada así la cuestión con entera franqueza, la comisión tuvo la satisfacción de encontrar la más perfecta armonía de opiniones entre sus miembros que unánimemente se pronunciaron por el segundo de los sistemas enunciados; y como se hubiera suscitado la duda de si entraba en las atribuciones del Congreso dictar la ley de enjuiciamiento criminal bajo la expresada base, atendiendo a los preceptos constitucionales que consagran el jurado, la comisión ha tenido que ocuparse preferentemente de esclarecer la importancia y alcance de esta objeción de carácter previo y aparentemente grave.

Que el jurado, considerado del punto de vista institucional, no puede ser objetado entre nosotros, es tan evidente para la comisión como que el Congreso, mientras no conceptúe oportuno su establecimiento, puede apartarse de él y legislar soberanamente bajo el concepto opuesto de los tribunales ordinarios.

Respecto de los asuntos criminales pertenecientes al fuero federal, rige lo dispuesto en el art. 102 de la Constitución Nacional, que dice: Todos los juicios criminales ordinarios que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados, se terminarán por jurados “luego que se establezca en la República esta institución” y como según el art. 24 de la misma Constitución, es al Congreso a quien corresponde “promover” el establecimiento del juicio por jurados, se deduce lógicamente, como lo observa un reputado jurista argentino, que las palabras finales de aquel artículo importan dejar, con sabia previsión, al criterio de los legisladores, la determinación de la época en que deban ser establecidos los jurys de enjuiciamiento.”

El Senado se limitó a aprobar la propuesta y de ese modo el proyecto fue sancionado por la ley 2.372, promulgada el 17 de octubre de 1888.

No vacilo en decir que ese código –que fue copiado rápidamente por varias provincias- fue responsable de la mayoría de los males padecidos por la justicia en lo penal de nuestro país desde entonces y los que seguirá padeciendo, probablemente, por bastante más.

Se dividió el proceso en dos etapas: el sumario -inquisitivo y conducido por un juez de instrucción que podía rechazar cualquier alegación de la defensa citando al Art. 180 que decía que durante su transcurso “no había debates ni defensas”- y el plenario, la etapa contradictoria en la cual, simétricamente, se limitaba significativamente las posibilidades probatorias de la parte acusadora.

A pesar de las garantías que en él se concedían al procesado, la importancia del juez de instrucción y los poderes casi omnímodos que se le otorgaron durante el sumario, el rasgo inquisitorial prevaleció claramente.

La idea de Obarrio, de rodear de garantías el juicio en sí, de exigir que la condena sólo pudiera dictarse sobre la base de prueba tasada en el código y no en la sana crítica o las libres convicciones, si bien evitó condenas, no previno –y tal vez haya provocado- que la pena se aplicara, en la práctica, cuando el imputado era todavía inocente a los ojos del sistema constitucional.

La prisión preventiva considerada como una etapa imprescindible del proceso, que sólo no se hacía efectiva luego de un pedido de excarcelación, la facilidad con que podía dictarse aquella o denegarse ésta, porque para lo primero se necesitaba el solo apoyo de algo tan indiscernible como la existencia de *semiplena* prueba y para lo segundo la existencia de motivos para sospechar que el imputado se fugaría o podría entorpecer la investigación fueron el instrumento perfecto para lograr ese resultado perverso.

El proceso comenzaba normalmente por la detención del sospechoso y su libertad sólo podía recuperarse mediante un pedido de libertad provisional. A su vez, la inteligencia otorgada al código de que sólo se podía atender éste luego de dictada la primera, ponía al defensor en la cerrada disyuntiva de mantener a su asistido en prisión o exponerlo al dictado de un auto que únicamente requería un fundamento tan borroso y, en consecuencia, era sumamente difícil de impugnar en la cámara de apelaciones.

La matriz inquisitorial se nota también en la institución de la “declaración indagatoria” como primer acto del proceso, tanto que el imputado sólo se consideraba parte en él cuando se lo hubiese citado a prestarla. Si bien Obarrio la rodeó de amplios resguardos para asegurar la espontaneidad con que fuera prestada, su previsión como un acto imprescindible marca que la idea básica del proceso penal seguía siendo el logro de la confesión.

En manos del juez de instrucción, facultado para mantener al sospechoso en detención e incomunicado, ese interrogatorio se tornaba un arma terrible.

Como consecuencia de todo ello, el sumario se convirtió en la etapa más importante del procedimiento penal.

El pueblo en general se acostumbró a confundir, como lo hacía el sistema, la prisión preventiva del imputado con la condena del culpable declarado tal luego de un juicio en forma. El reclamo según el cual “los delincuentes entran por una puerta y salen por la otra” se tornó habitual; es de preguntarse qué hubiera pasado en nuestra opinión pública si un acusado de uxoricidio hubiese permanecido en libertad durante todo el proceso, como fue el caso del famoso jugador de fútbol americano O. J. Simpson.

A fines de la década de 1980, cuando se encaró su reforma, menos del 5% de las causas iniciadas llegaban al estado de plenario y de los internos en la cárceles de la Nación menos del 20% eran condenados

(c) La primera reacción: Córdoba 1939.

Nuestra provincia más mediterránea ha sido siempre sede de contrastes. Así como Sarmiento la acusó, en el Facundo, de ser la más atada al pasado colonial, también se produjeron en ella acontecimientos con notables consecuencias de progreso como la Reforma Universitaria de 1918, el “Cordobazo” de 1969 y el definitivo apartamiento de ese modelo de proceso penal.

Cuando el gobierno de la Nación era el producto indisimulado del fraude, allí existía uno progresista, producto de la elección popular. Fueron esas autoridades las que encargaron a dos muy prestigiosos profesores de Derecho Procesal Penal y Derecho Penal, Alfredo Vélez Mariconde y Sebastián Soler, la redacción de un nuevo código.

Aunque puedan señalarse en él resabios inquisitivos, como la existencia de un sumario a cargo del juez de instrucción para los delitos graves –se autorizaba su instrucción por los fiscales para los leves- la circunstancia de que dicha etapa del proceso quedara documentada en un expediente que tenía mucho peso en la decisión final, etc.- su sanción constituyó un soplo de aire fresco en la oscura realidad del procedimiento penal de entonces.

Se aumentaron las garantías para el imputado y la decisión final debía ser tomada luego de un debate oral.

Empero, ella no estaba a cargo de un jurado lego sino de tres jueces profesionales: el tribunal de juicio.

La sentencia que ese tribunal dictara era definitiva y sólo podía impugnársela por un recurso “de casación”, proveniente de la tradición continental europea, sobre cuestiones de derecho.

Tampoco se permitía que los fiscales pudieran decidir de qué modo llevar adelante la pretensión punitiva, es decir se consideraba que ellos estaban obligados a impulsar las acciones en todo los casos y por todos los delitos sospechados con lo que –habida cuenta de que no existe, ni acá ni en ningún otro lado, un sistema penal capaz de hacerlo satisfactoriamente- los delitos que se

seleccionaran para llegar a sentencia eran los más sencillos: el hurto de una billetera en un colectivo, donde el autor había sido individualizado frente a un grupo de pasajeros probablemente generara un rápida condena, mientras que una estafa bancaria, con cientos de damnificados, era casi seguro que prescribiría antes de que el proceso alcanzara un mayor desarrollo.

En realidad, la selección en la Córdoba de aquel sistema se hacía mediante la deliberada prescripción de los delitos leves de delincuentes primarios, procesos que se mantenían inactivos hasta que esa causa de extinción de la acción penal operaba.⁸

Nuevamente, el ejemplo lo siguieron en muchos casos, aunque con una variante un poco más autoritaria que se inició con el código que para la Provincia de La Pampa proyectó Ricardo Levene (h).

(d) La evolución en el procedimiento nacional.

Tanto en la Capital Federal como en los juzgados federales de provincia, en cambio, continuó el modelo de Obarrio, con algunos cambios que, en su mayoría, lejos de acercarlo al modelo democrático constituían esfuerzos para profundizar las características inquisitivas de éste.

La más grave fue la creación de delitos de particular repercusión en la opinión pública, como el cohecho, para respecto de los cuales se vedaba la excarcelación, lo que significaba que el sospechoso permaneciera privado de libertad por el sólo hecho de que se considerara que existía la famosa “semiplena prueba” de que él era responsable de su comisión. No se trataba de una presunción que se estableciera sobre la base de la pena amenazada -idea detrás de la cual se encontraba el único motivo legítimo para denegar la excarcelación: el temor a que el imputado fugase- sino que, frente a la alta probabilidad de que no se llegara al dictado de una sentencia, o ni siquiera a la etapa de plenario, se anticipaba la pena mediante la prisión preventiva de quien, no obstante, se decía presumir inocente.

También la carencia de discrecionalidad en la tarea persecutoria, es decir la obligación de promover causa por todo hecho y llevarla hasta el fin, así como el aumento de delitos –tanto debido al crecimiento vegetativo de la población cuanto a un aumento de la criminalidad en proporción al número de habitantes- fue recargando de tarea a los juzgados de instrucción.

En 1958, el gobierno de Arturo Frondizi encomendó a Vélez Mariconde la redacción de un código nacional, pero las resistencias que despertó y el derrocamiento del presidente frustraron la iniciativa.

Hubo algunos intentos de introducir oralidad en ciertos procedimientos especiales, durante la década de 1970 en procesos contra imputados de terrorismo y, en la de 1980, en los que se siguieron contra los responsables por la represión ilegal de los grupos que cometían ese tipo de hechos, que se hicieron según el procedimiento militar que preveía la realización en una misma audiencia de la prueba la acusación, la defensa y el dictado de la sentencia.

Sobre fines de ese período, el Poder Ejecutivo encargó a Julio Maier, formado en lo que para entonces se había denominado “la Escuela de Córdoba” seguidora de la tradición de Vélez Mariconde y su código, el diseño de un procedimiento moderno para la jurisdicción nacional. La

⁸ Era tan institucionalizado el sistema que, siendo secretario de la Corte Suprema, vi un expediente en el cual, ante un pedido de informes sobre el estado del expediente, se había respondido que “se encontraba en casillero para prescribir”.

propuesta que él hizo, aunque no era la que los constituyentes soñaron, contemplaba por primera vez el juicio por jurados, sólo que, siguiendo el modelo europeo, se trataba de un jurado mixto integrado por jueces profesionales, abogados y simples ciudadanos, llamados “escabinos” en la cultura europea continental.

Aún eso fue demasiado, con el cambio de gobierno se abandonó la iniciativa y se pidió a Ricardo Levene que proyectó algo muy similar al código de La Pampa y fue finalmente puesto en vigencia con algunas modificaciones hechas por el entonces ministro de Justicia Carlos Arslanian.

(e) *El código que aún nos rige.*

En septiembre de 1991 quedó promulgado el nuevo código que entró en vigencia un año después, luego de que se hubieran hecho las modificaciones necesarias en la organización judicial.

Como ya dije, no contenía mayores novedades sobre el régimen vigente ya en muchas provincias, se preveía que el juicio estuviera a cargo de un tribunal colegiado de tres jueces y un recurso de casación sobre el molde ya conocido. Se permitía también que el juez delegara, si lo consideraba útil, la instrucción en algún fiscal.

Esas características, especialmente el sumario escrito en donde se hacía prácticamente toda la prueba y el tribunal de juicio tenía a la vista, implicaron que el cambio fuera poco perceptible, si bien la costumbre de la oralidad resultó saludable.

Las modificaciones posteriores, que suman decenas, lograron un mejor resultado que el diseño original, pues aligeraron el procedimiento, redujeron el tiempo que insumía y disminuyeron tanto la cantidad de casos sin sentencia como la proporción de presos sin condena.

Me refiero a las reformas introducidas por la ley 24.316, que reformó el Código Pena y de tal modo permitió la posibilidad de suspender el proceso al estilo de la *probation* estadounidense como ya preveía el Art. 293 del Código Procesal; la 24.825 que introdujo algo similar al *plea bargain*, al permitir el “juicio abreviado” o sea que en ciertos casos el procesado y el fiscal acordaran una pena menor a la previsible contra una admisión de culpabilidad; la que lleva el número 24.826, que encomendó directamente a los fiscales la instrucción del sumario y simplificó el procedimiento para aquellos casos en que el imputado hubiera sido descubierto en flagrancia; y la numerada 25.409, que introdujo reformas semejantes para los casos con autor desconocido.

Si bien se han registrado críticas respecto a la más trascendente de dichas reformas, el juicio abreviado,⁹ no cabe duda de que ha aliviado notablemente la sobrecarga existente en los tribunales orales de juicio y confirmado lo que en una oportunidad me dijo el Presidente de la Corte Suprema de Israel: “*sin plea bargain la administración de justicia penal sería imposible*”. Los opositores a esta institución se apoyan en la posibilidad de que éste constituyera una presión para el inocente que podría optar por declararse culpable temeroso del incierto resultado del juicio. Creo que es un recelo infundado en la medida en que el procesado tenga una defensa apta, y aunque pusiera esto en tela de juicio para los que tuvieran menor capacidad económica, en este momento pienso que el Ministerio

9 Ver, la nota en Clarín del 30-5-2005, <http://www.clarin.com/diario/2005/05/30/policiales/g-04015.htm>

Público de la Defensa lo garantiza en la actualidad. Por otra parte, a esos críticos parece no importarles que el sistema utópico de justicia perfecta que preconizan conduzca, en la realidad, a que ese sufra una privación de libertad equivalente a la pena durante un lapso prolongado para que su juicio termine en un sobreseimiento por prescripción.

Empero, tales avances no han logrado revertir la imagen que mantiene la mayoría de la opinión pública de la justicia penal como un mecanismo lento, inseguro e indiscernible.

(f) Nuevamente Córdoba.

Ya he dicho que la propuesta de Maier de 1988 fracasó. Sin embargo, muchas de las ideas allí previstas fueron incorporadas al procedimiento penal cordobés a través de un nuevo código aprobado en diciembre de 1991.

Ya la reforma constitucional de la provincia de 1987, había incluido en su artículo 162 una norma, mucho más tibia que las de la Constitución Nacional, donde se preveía la actuación de jurados.¹⁰

Como se observa de su lectura, no sólo faculta al legislador a crear jurados, sino que cabe interpretarla como obligando a la existencia de jueces letrados, puesto que, en el caso en que se los creara, aquéllos deberían integrarse a un tribunal colegiado.

A pesar de esa norma conservadora, o también podría argumentarse que gracias a ella que fija una meta alcanzable y así favorece el uso de jurados legos en la administración de justicia, se ha arribado en Córdoba a lo que sin duda constituye el sistema penal más progresista del país a través de toda su historia mediante un nuevo código procesal penal que importó un avance significativo hacia el modelo constitucional.

En él no sólo se excluía a los jueces de la tarea instructora¹¹, que quedaba en manos de los fiscales y se mantenía el juicio oral que ya era tradición en la provincia, sino que se introdujeron por primera vez ciudadanos legos en la tarea de fallar los juicios penales.

Si bien ello se autorizaba para los delitos graves -15 años de prisión o más- y si mediara pedido de parte, no dejó de significar una experiencia inédita en el panorama del procedimiento penal en nuestro país.

La vigencia del sistema se demoró varias veces, pero una vez puesto en marcha ha de haber resultado un instrumento útil para recuperar el prestigio de la administración de justicia, porque algunos años después, en noviembre de 2004, se dispuso la integración obligatoria de los tribunales de juicio con una mayoría de ciudadanos legos.

El catálogo de delitos para los que se previó la reforma fue mucho más amplio que lo previsto cinco años atrás,¹² y ahora el tribunal se integraba con ocho legos y dos jueces letrados, presidido por un tercer juez que normalmente no tendría voto.

10 “La ley puede determinar los casos en que los tribunales colegiados son también integrados por jurados.”

11 Salvo en los casos en que el imputado gozase de privilegios constitucionales.

El problema al que se tuvo que abocar el legislador cordobés fue, nada menos, que hacer compatible el sistema de jurados con las nuevas exigencias constitucionales derivadas de los arts. 8º, apartado 2º, inciso h) de la Convención Americana de Derechos Humanos, 14º, inciso 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y la obligatoriedad de esos tratados incorporados a la Constitución Nacional mediante el artículo 75, inciso 22, a la luz de la interpretación que de esas disposiciones han hecho diversos tribunales internacionales.

En esa inteligencia la doble instancia exige la revisión tanto de todas las cuestiones de hecho como todas las de derecho, lo que requiere una sentencia de primera instancia claramente fundada y esto no es lo usual en el juicio por jurados donde las primeras se resuelven simplemente por la afirmativa o negativa.

Para esto en el Código Procesal Penal de Córdoba se recurrió a la integración mixta del tribunal. Si bien la opinión de los integrantes legos sería normalmente predominante por ser éstos mayoría, la sentencia resultante de su decisión debía redactarse por alguno de los jueces letrados o, si ninguno de los dos que tenía voto compartía el juicio mayoritario, por el presidente.

Según el análisis de Edmundo Hendler y María Inés Bergoglio, en sus exposiciones en el simposio denominado “*Abandoning the Inquisitor: Latin America’s Criminal Procedure Revolution*”, realizado el 25 de enero de 2008 en Southwestern Law School de Los Angeles y que se encuentran en curso de publicación en el *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*, la experiencia resultó fructífera y hasta la resistencia de los sectores más tradicionalistas fue cediendo ante la eficacia de la intervención de los legos en el juicio.

3. La actuación de la Corte Suprema en la mejora del Código Procesal.

Desde antiguo, la Corte Suprema tuvo influencia significativa sobre el funcionamiento del sistema procesal penal.

En 1891, mucho antes de que la Corte de Warren desarrollara el concepto, en “Charles Hnos.”¹³, protegiendo la inviolabilidad del domicilio y los papeles privados sentó lo que luego sería conocido como la *exclusionary rule*.

En 1905, en “Abregú y otros”, estableció que la libertad durante el proceso era una garantía derivada del Art. 18 de la Constitución.

En 1956, en el tan conocido caso “Mario Sixto Gómez”¹⁴, se establecieron las bases del principio de congruencia, al prohibir que los tribunales de alzada agravaran la situación del único apelante.

12 Los comprendidos en el fuero penal económico y anticorrupción administrativa previsto en el Artículo 7º de la Ley Nº 9181 y también de los delitos de homicidio agravado (Artículo 80), delitos contra la integridad sexual de la que resultare la muerte de la persona ofendida (Artículo 124), secuestro extorsivo seguido de muerte (Artículo 142, bis, in fine), homicidio con motivo u ocasión de tortura (Artículo 144, Tercero, Inciso 2º) y homicidio con motivo u ocasión de robo (Artículo 165), todos ellos del Código Penal de la Nación.

13 Fallos: 46:36.

Tuvo también puntos sumamente oscuros, como cuando negó el carácter de auto que causara un gravamen irreparable al que disponía la prisión preventiva o denegaba la excarcelación.¹⁵, que se revirtió luego, a partir de mediados de la década de 1970 con “Todres” (1971), si bien para revocar una excarcelación otorgada, se reconoció que la libertad durante el proceso era una garantía constitucional¹⁶ y en “Karpiej” (1975), Machicote (1978) e “INDER” 1979¹⁷ le reconoció nuevamente su condición de garantía constitucional sólo tutelable de modo inmediato.

Hubo varias ocasiones posteriores en las que se avanzó por este camino, como cuando se reiteró la obligatoriedad de la revisión judicial de las condenas administrativas en “La Scala” (1977)¹⁸ o la espontaneidad de la confesión como “Montenegro” (1981)¹⁹ en el que se retomó la regla de exclusión.

Empero, esa tendencia se robusteció a partir del retorno de la democracia y, especialmente, luego de la incorporación de los tratados de derechos humanos a la Constitución mediante el Art. 75, Inc. 22 de la Constitución reformada en 1994.

En “Tarifeño”²⁰ de 1989 se sentaron las bases para una definitiva afirmación del sistema acusatorio al establecer que la acusación fiscal era requisito indispensable para el ejercicio de la jurisdicción punitiva y, aunque hubo luego un retroceso en “Marcilese”²¹ de 2002, se sentó el principio de modo irrevocable en “Mostaccio”²² de 2004.

En “Fariña Duarte”²³ de 2004 se remarcó el valor del principio de congruencia entre indagatoria, procesamiento, acusación y sentencia.

También en 2004, se consideró violatoria de la Constitución, en cuanto establece la autonomía del Ministerio Público Fiscal y el requisito de imparcialidad de los jueces, la intervención de la Cámara de Apelaciones para dirimir la discrepancia entre el fiscal y el juez de primera instancia acerca de si correspondía o no acusar, en el caso “Quiroga”²⁴

14 Fallos: 234:270

15 Ver, como ejemplo, “Baracco”, Fallos: 212:104 (1948); “Mileo”, Fallos: 214:61; “Jorba Farías”, Fallos: 213:544 entre muchos otros

16 Fallos: 280:297.

17 Fallos:290:393; 300:642 y 301:671, respectivamente.

18 Fallos: 297:134.

19 Fallos: 303:1938.

20 Fallos: 325:2018

21 Fallos: 325:2005.

22 Fallos: 327:120

23 Fallos: 327:2790.

24 Fallos: 327:5863. En cierto modo, la Corte había señalado la independencia de las funciones de fiscales y jueces, aunque no en decisiones de superintendencia, en “Petracchi” de 1977 (Fallos: 297:530), nuevamente en “Petracchi” del año siguiente (Fallos: 300:949) y “Cavallero” de 1989 (Fallos: 312:2127)

La necesidad de absoluta imparcialidad del juez y su corolario: la exclusión del juicio de quien haya intervenido en la instrucción fue el tema de “Llerena” (2005).²⁵ y de “Dieser y Fraticelli de 2006.”²⁶

En 2006, fue muy importante el fallo “Benítez”²⁷ para reafirmar una idea básica del sistema oral, como es el "derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos" (art. 8.2.f, Convención Americana sobre Derechos Humanos, y cc. art. 14.3.e, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), violado por la incorporación por lectura de los dichos de un testigo.

Una serie de decisiones de la Corte en este período, principalmente “Giroldi” en 1995²⁸, “Arce” en 1997²⁹, “Rizzo”, también de 1997³⁰, “Casal” de 2005, a la que me referiré de seguido, y “Di Nunzio” del mismo año, fueron perfilando el recurso de casación en una inteligencia que distaba de la que literalmente se podía extraer de los artículos del Código Procesal.

4. El fallo “Casal” de la Corte Suprema y su incidencia en el futuro de la cuestión.

(a) Síntesis de la decisión.

El 20 de septiembre de 2005, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó, *in re* “Recurso de hecho deducido por la defensa de Matías Eugenio Casal en la causa Casal, Matías Eugenio y otros/ robo simple en grado de tentativa”,³¹ una sentencia destinada a influir de modo decisivo sobre el tema de este artículo.

Se trataba de resolver si el recurso de casación regulado en el Código Procesal Penal de la Nación –semejante al de casi todos los códigos provinciales en la materia después de su introducción en Córdoba en 1939- satisfacía las exigencias establecidas en los mencionados tratados de derechos humanos.

Pero junto con la resolución de ese punto litigioso, la Corte se pronunció sobre una cuestión subyacente: la que ya quedó insinuada al referirme al problema que enfrentaron los legisladores cordobeses para hacer compatible el sistema de jurados con la doble instancia.

25 Fallos: 328:149

26 Fallos: 329:3034.

27 Fallos: 329:5556.

28 Fallos: 318:514.

29 Fallos: 320:2145

30 Fallos: 320:2118.

31 Publicado en Fallos: 328:3399.

En este fallo se hace una sumamente interesante historia de la codificación procesal penal en el país, y se establece una doctrina acorde a decisiones de tribunales internacionales que se habían pronunciado sobre el tema.

Me refiero a los precedentes "Herrera Ulloa vs. Costa Rica" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos³² y del Comité de Derechos Humanos de la O.N.U. en los casos "Sineiro Fernández c. España"³³ y "Gómez Vásquez c. España"³⁴.

El recurso de casación introducido en el ordenamiento jurídico argentino por Soler y Velez Mariconde en 1939, reconoce su origen en el derecho continental europeo, originariamente en el francés y fue creado como un sistema de control de las decisiones de los tribunales, para cuidar que éstas se ajustaran a lo establecido por el legislador -en un principio el monarca y luego las asambleas legislativas- no para defender los derechos de las partes.

En tal circunstancia se basa el voto de la mayoría del Tribunal para descalificar, desde el inicio, a ese recurso limitado.

Recuerda que la idea que presidió su creación fue precisamente la contrario del modelo norteamericano, en el que los jueces se constituyen en revisores de la constitucionalidad de las leyes, mientras que en éste se crea por el legislativo un órgano -el tribunal de casación- con el cometido de vigilar la legalidad de las sentencias.

Sobre tales bases resuelve la incompatibilidad de una interpretación estrecha del Art. 456 del Código Procesal, con la Constitución luego de la reforma de 1994 y lo establecido en los tratados internacionales que a ella se incorporan a tenor de su Art. 75, inc. 22.

Se sostiene en el voto que estoy sintetizando que se debe adoptar el criterio que la doctrina alemana denomina *Leistungsfähigkeit*, expresión que se traduce como el agotamiento de la capacidad de revisión, y a cuyo tenor todas las cuestiones pertinentes de la sentencia deben estar en condiciones de ser analizadas y eventualmente modificadas por el tribunal superior.

Ahora bien, esa línea de razonamiento desemboca, sin escapatoria, en la aserción de que no sólo debe la sentencia ser suficientemente fundada, es decir que debe quedar explícito cual fue el razonamiento que llevó al tribunal apelado a decidir como lo hizo, sino que además deben estar documentados en el expediente que se eleve a la cámara de apelación todos los elementos de juicio necesarios para arribar a una resolución de alzada que importe realmente una revisión completa.

Ello lo lleva a que -no obstante reconocer que lo que resulta de la inmediatez del tribunal con lo ocurrido en la audiencia será irrevisable y que tal inmediatez es también requisito constitucional a tenor de los arts. 8.5 de la Convención Americana y 14.1 del Pacto exigen la publicidad del juicio, con lo cual requieren la oralidad, inseparable condición de la anterior- se llegue a afirmar que "Por regla, buena parte de la prueba se halla en la propia causa registrada por escrito, sea documental o

32 www.aapsi.com.ar/docs/jurisprudencia/Fallo_ULLOAvsCOSTA_RICA.rtf -

33 <http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/spanish/1007-2001.html>

34

http://www.sc.ehu.es/dpwlona/rvdpa/documentacion/3_2000_Tomo%20XII_septiembre/Comite%20de%20derechos%20humanos.htm

pericial. La principal cuestión, generalmente, queda limitada a los testigos. De cualquier manera es controlable por actas lo que éstos deponen”.

(b) Las consecuencias de ese precedente.

Fácil es advertir que ello precluye de modo absoluto la posibilidad de realizar el sueño de los constituyentes de 1853. Queda descartada no sólo la idea de un juicio fundado en la conclusión de un jurado lego acerca de la culpabilidad o inocencia del reo, sino que se exige la tarea prácticamente imposible de documentar completa y precisamente lo ocurrido en la audiencia oral donde se produce la prueba y se realiza el debate.

Creo que como consecuencia de este fallo y de los demás que he citado al final del capítulo anterior, nos orientamos de modo inevitable a un proceso penal que se asemeje al adoptado en el Código de Córdoba de 1994, pero con generalización de sus rasgos más progresistas.

Se tratará, según mi parecer, de un procedimiento que:

1. Tenga una instrucción a cargo de los requirentes, que la deberán usar –como en los modelos acusatorios puros- para decidir si deben promover un juicio y, en su caso, prepararse para su desarrollo.(Corolario de “Quiroga”)
2. Un tribunal de garantías controlará que en esa actividad no violen las garantías constitucionales que asisten al imputado. (Consecuencia del derecho al control judicial de todo lo que afecte a un imputado)
3. Éste deberá ser distinto del que pronuncie el fallo de absolución o condena e integrarse con una mayoría de legos, siguiendo lineamientos semejantes a los del actual sistema cordobés. (“Llerena”, “Dieser y Fraticelli”)
4. No podrán considerarse otras evidencias que las que se produzcan en la audiencia oral, salvo circunstancias muy excepcionales, como la muerte de un testigo, en cuyo caso la declaración que hubiera prestado pasará a valer como prueba documental, es decir sin el valor que le otorga la inmediación. (“Benítez”).
5. La sentencia será fundada, para lo cual los jueces de derecho auxiliarán a los jurados legos, con un desarrollo argumental que permita saber por qué arribaron a la conclusión que se refleja en el fallo, tanto sobre la determinación de lo ocurrido cuanto del derecho a ello se aplica. (“Casal”)
6. Habrá una segunda instancia amplia, en la que se revise todo lo que haya servido para arribar a la decisión apelada, sobre la base de las actas y documentos agregados al expediente. (“Girolidi”, “Casal” y los demás relativos a la amplitud exigible al recurso de casación).

5. Apreciación crítica de esa perspectiva.

Creo que lo que se habrá producido si ello se logra será un acercamiento de nuestro sistema procesal penal a las exigencias de la Constitución, pero que lo habrá obtenido no sólo por un avance de sus instituciones, sino también por un retroceso de la meta a una concepción claramente distinta de la original de los constituyentes. Algo así como que, demostrada la imposibilidad de que la montaña venga a Mahoma, será necesario que él vaya a la montaña.

Por más que en “Casal” la Corte abjure del modelo francés y del sistema inquisitivo de justicia penal, me parece que cae nuevamente en una propuesta que es más hija de la tradición continental europea -originada en las cortes de Felipe II o Luis XIV, donde la administración de justicia era una delegación del monarca y por ende requería la mejor documentación posible de lo actuado por los delegados para que sus superiores lo revisaran y controlaran sus conclusiones- que, para usar las palabras de Earl Warren en “Miranda v. Arizona”, en la idea que se desarrolló a partir de la expulsión de los Estuardos del trono británico.

El modelo de las constituciones de 1819, 1826 y, con mayor énfasis, de 1853, en cambio, se inspiraba en esta última.

Empero, no es simplemente un romántico apego a ese modelo que me lleva a lamentar esta evolución.

Creo que las consecuencias del fallo “Casal” y de sus precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas conducirán a nuevas ficciones, para no hablar de falsificaciones, en el proceso penal.

Cualquiera con experiencia en la actuación forense sabe que la coincidencia de lo que digan los testigos con el texto del acta depende por completo de la memoria y aptitud literaria de quien lo redacta.

En cuanto a los informes periciales escritos, generalmente llenos de afirmaciones técnicas difíciles de comprender para los abogados y el juez y aun de complejas fórmulas matemáticas, sólo suelen provocar un respeto reverencial y, como consecuencia, que éstos se limiten a tomar por buenas, acríticamente, las conclusiones del experto, lo cual es muy distinto de la convicción que resulta de la posibilidad de confrontar oralmente a los peritos y de exigirles que expliquen con claridad suficiente por qué han arribado a ellas.

En consecuencia, la tan ansiada revisión completa no podrá sino derivar en un fallo nuevo, basado no ya sobre lo realmente ocurrido en la audiencia y percibido por los integrantes del tribunal, sino sobre la versión que de ello haya quedado registrada en el expediente, que podrá ser muy distinto al que el mismo tribunal de alzada hubiera resuelto si hubiera podido apreciar directamente la prueba producida.

Mi rechazo a las consecuencias negativas de lo decidido por la Corte en este caso, además, no se limita a la circunstancia de que conduzca a esa ficción, sino de que brinda oportunidad para una ficción mayor que pervierte decisivamente el buen funcionamiento del poder judicial.

Me refiero a otro resultado nocivo de lo que Daniel Pastor denomina elocuentemente como “*grafomanía*”³⁵ en una corta pero substancial nota al caso “Gómez Vázquez”.

35 <http://www.eldial.com/suplementos/penal/jur/jp0013.asp#punto1>

La documentación de todos los elementos de juicio reunidos en el proceso es requisito indispensable no sólo de la revisión completa del fallo de primera instancia, sino del peor defecto que aqueja a la administración de justicia: la delegación de la actividad jurisdiccional.

En nuestra realidad forense, la mayor parte de los jueces aportan poco más que la firma a sus fallos, el análisis del expediente queda a cargo de empleados y funcionarios –que cuando tienen esa función específica se llaman precisamente “relatores”, es decir los que le cuentan al magistrado cuáles son las cuestiones planteadas y cuáles los elementos de juicio para decidir las- y, en la amplia mayoría de los casos, también asumen la función de decidir sobre esa base qué ha de resolverse y de redactar el fallo. De tal modo, la tarea del juez queda desvirtuada pues se reduce, en el mejor de los casos, a seleccionar cuidadosamente a sus auxiliares y a saber valorar, con la mera lectura del “proyecto”, el resultado de la tarea que ha delegado en ellos.

Paradójicamente, temo que la participación de legos en la decisión de los juicios de derecho criminal se lleve a la práctica no porque sean ciudadanos pares del imputado quienes públicamente los decidan, sino que la tarea quede, subrepticamente, en manos de empleados, curiales que no son más que pichones de jueces.

Tengo la absoluta certeza de que no han sido éstos los propósitos que movieron a la Corte cuando dictó este fallo decisivo.

Si bien no se encuentra documentado quién fue el redactor de la opinión que suscribió la mayoría del Tribunal –Petracchi, Maqueda, Lorenzetti y Zaffaroni- creo que ella responde a la pluma del último de esos jueces.

Eugenio Raúl Zaffaroni representa, en muchos aspectos, la posición más progresista de la doctrina jurídico penal de la Argentina, sin embargo, creo que -tal vez como consecuencia de la adhesión a los tratados de derechos humanos que de ello se sigue o por ciertas características de su experiencia, que ha sido predominantemente judicial, y su formación teórica, que responde claramente a los sistemas de la Europa Continental- en los matices que he señalado, su propuesta puede conducir a los resultados paradójicos que temo.

Esa impresión se confirma con un reportaje publicado el 6 de mayo del corriente año en La Gaceta de Tucumán³⁶ donde expone las mismas ideas que sustentan el fallo.

Allí dice: “Si vamos a introducir el sistema acusatorio, lo hagamos bien, cumplamos la Constitución y pongamos el jurado popular”, y seguidamente se explaya sobre las ventajas del sistema escabinado sobre la base de que el jurado debe estar integrado por algunos abogados puesto que:

- a. si bien “[e]l señor o la señora que me venden los caramelos en el quiosco pueden tener la misma lógica que yo en la reconstrucción de un hecho histórico”, ellos no pueden saber, “por ejemplo, si hubo legítima defensa, un error invencible o si se trataba de una persona imputable o inimputable”. [h]ay que saber todos esos conceptos previamente. El juez no podrá instruir a los vecinos en diez minutos sobre estos conceptos”

36 En Internet www.lagaceta.com.ar/nota/270243/Tribunales

- b. “[S]i el jurado no funda en razones de derecho su sentencia -lo que no puede hacer como acabamos de ver-, ¿cómo puede cumplir el requisito constitucional de la revisión, exigible por incorporación de los tratados internacionales?”

La primera de esas objeciones me parece salvable con relativa sencillez, porque no es necesario que el jurado conozca los detalles jurídicos de la legítima defensa, el error invencible o la imputabilidad. Bastará que el juez los instruya debidamente acerca de las circunstancias fácticas sobre las cuales esas cuestiones deben decidirse en un sentido o en otro, como hacen los jueces ingleses y norteamericanos. Eso puede lograrse, tal vez en más de diez minutos pero, con suficiente capacidad de síntesis, en un tiempo razonable.

Obsérvese que en el sistema federal norteamericano la incorrección de las instrucciones al jurado por parte del juez puede ser motivo de apelación.

También resultan muy ilustrativos de cómo puede ello lograrse los ejemplos de instrucciones que se utilizan como material didáctico en la cátedra de Edmundo Hendler en la Facultad de Derecho de la UBA.³⁷

Asimismo, en el sistema federal de los Estados Unidos la defensa puede formular un pedido de sobreseimiento basado en la falta de aptitud de la prueba de cargo -si bien el juicio acerca de la credibilidad de los testigos es de exclusiva competencia del jurado- cuando ella resulta manifiestamente ineficaz para sustentar una condena, como, por ejemplo, cuando no se la ha producido sobre algún elemento de la figura por la que se acusara. El juez de primera instancia puede decidir acerca del pedido antes del veredicto—en cuyo caso éste no se produce- o luego de él. A su vez, tal decisión puede ser revisada por el tribunal de apelaciones.

La segunda objeción de Zaffaroni, en cambio, es más difícil de superar. Señalo, sin embargo, quien comparta la posición de este prestigioso teórico y magistrado tendrá que optar entre una concepción tan amplia como la de él sobre el alcance de la doble instancia o prevenir la desmedida influencia que pueden tener los jueces profesionales sobre los legos y la evidente artificialidad de que éstos suscriban extensos fallos, repletos de citas de precedentes y doctrina de derecho local y comparado, escritos en el estereotipado lenguaje forense.³⁸

Personalmente, me inclino por una interpretación de la garantía de la doble instancia que, al mismo tiempo, sea menos estrecha que la que conduce inevitablemente a estos resultados y más fundada en los valores en juego,³⁹ que, en definitiva, consisten en proteger al imputado⁴⁰ de una condena arbitraria.

37 Consultable in Internet en http://www.catedrahendler.org/doctrina_in.php?id=63

38 En su intervención en el simposio de Los Angeles que arriba mencioné, Edmundo Hendler, no obstante pronunciarse en forma elogiosa sobre la experiencia cordobesa, mencionaba la oscuridad, derivada de su lenguaje burocrático usual en los tribunales letrados, del primer fallo dictado por jurado mixto en la provincia, consultable en Internet en http://www.catedrahendler.org/doctrina_in.php?id=104; algunos que requirieron más de doscientas páginas para explicar sus razones y las dificultades que para una revisión completa de la decisión resultan, a veces, de la imperfecta reproducción de los alegatos de las partes.

39 V. mi nota “Contenido de las garantías y supremacía constitucional (a propósito del fallo Medellín v. Texas)”, en La Ley, diario del 2 de julio de 2008.

40 Obsérvese que en el proceso federal de los Estados Unidos sólo él puede apelar con los alcances señalados, mientras que el fiscal no puede hacerlo de una resolución que declare la inocencia del reo, aunque la prueba haya sido más que suficiente para resolver lo contrario.