

# El Jurado Cordobés después de “CASAL”

Por GUSTAVO VIVAS USSHER

DIEGO DEI VECCHI

IGNACIO SIBILLA

SUMARIO:

## 1.) Introducción y cuestión planteada

## 2.) Construcción de la voluntad jurisdiccional del Gran Escabinado

### 2.1. Aspecto Formal.

### 2.2. Contenido de las Cuestiones en que intervienen los jurados.

#### 2.2.1. “Circunstancias Jurídicamente Relevantes”

#### 2.2.2. Motivación

#### 2.2.2. Motivación

Problemática constitucional.

Motivación de la valoración sobre los hechos.

#### 2.2.3. La cuestión de la “culpabilidad o inocencia” (art. 44, in fine).

¿Dogmática penal? (ubicación de la culpabilidad según las distintas escuelas).

➤ El Causalismo Naturalista

➤ El jurado y la teoría normativa de la culpabilidad

➤ El jurado y la teoría compleja

✓ MEZGER

✓ SAUER

➤ El llamado *tertius genus*

➤ La culpabilidad reductora

Condena o absolución - Decisión incongruente con las dos primeras cuestiones planteadas- Recurso del Fiscal y del Querellante

Error legislativo – Va insito en las otras dos cuestiones

## 3- Revisabilidad casatoria de la decisión del Jurado.

### 3.1 Extensión del Recurso

### 3.2. Particularidades del Juicio por Jurados

#### 3.2.1. Validación o refutación

#### 3.2.2. Límites de la Adhesión

#### 3.2.3. El reenvío por anulación de sentencia con vicio in procedendo.

#### 3.2.4. ¿Es necesario una reforma legislativa o basta la reforma jurisprudencial?

## 4- Conclusiones

## 1.) Introducción y cuestión planteada

La Corte Suprema Argentina ha dicho el derecho (*IURIS DICTIO*N) aplicable en el país a la hora de controlar por vía de casación la sentencia condenatoria dictada por el tribunal de juicio oral en causa penal, declarando aplicable la “Teoría del Máximo Rendimiento” de control jurisdiccional[1].

*CASAL, MATIAS E., y otros s/ robo simple en grado de tentativa –causa N° 1681-CSJN-20/09/2005*, ha sido el *lead case* en el que la Corte Argentina recepta la doctrina jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) expuesta en “Herrera Ulloa v. Costa Rica” el 2/07/04 como tesis amplia del control en casación para revisar “**el razonamiento lógico expresado en la sentencia y el procedimiento de valoración probatoria**, [a fin de evaluar la presencia del elemento objetivo “arma” que califica más gravosamente la conducta, así como los argumentos a favor o en contra del estado consumativo de la conducta”][2].

Inscripta en la escuela continental de protección internacional de los Derechos Humanos Fundamentales, la Constitución nacional argentina (CN) vincula a los tribunales locales a conformarse en el Sistema Interamericano de Garantías (SIG) que incluye la garantía judicial de “doble conforme”[3] impuesta por la CADH, art. 8-2-h (y en el 14.5 del PIDCP) y la interpretación que de ella (la CADH) hace la jurisprudencia[4] de la Corte IDH.

La aplicación por los tribunales locales de la doble conformidad condenatoria entre el juicio oral y la casación, ha orientado la doctrina jurisprudencial hacia tesis amplias en la admisibilidad (formal) de los recursos extraordinarios, con los alcances indicados en “CASAL”, “MARTÍNEZ ARECO”, y la *iurisprudencia* que seguirá al caso líder.

En Córdoba esta fenomenología jurisprudencial de tesis amplia ya insinuaba su trayectoria garantista (SIG) desde 2000 mediante precedentes tales como MONTENEGRO[5] con los que el TSJ de Córdoba adelantaba la trayectoria aperturista solicitada por la Convención Americana de DDHH (art.8.2.h.) e impuesta a Costa Rica en 2004 por la Corte Interamericana en “HERRERA ULLOA VS. COSTA RICA”[6] y su impacto en la Cámara Nacional de Casación Penal[7].

La Teoría del Máximo Rendimiento afronta en Córdoba nuevos desafíos de coherencia frente al juicio por jurado, ya que con el debut en 2005 del GRAN ESCABINADO de la ley provincial 9182, se propone una legislación compatible con la doctrina CASAL sobre juicios por jurados con fundamentación en la sentencia.

La cuestión central de este trabajo es trazar el horizonte de proyección (competencia) del control en casación de la sentencia del juicio por jurados bajo el SIG en Córdoba.

En importante medida, la ley provincial 9182 satisfizo el reclamo constitucional de juicios por jurados y –creemos- resolvió el dilema al permitir, en los casos en que procede, el control amplio por vía de la casación bajo la *Teoría del Máximo Rendimiento* del control jurisdiccional, es decir, la ley resuelve el dilema de optar entre un juicio por jurado o un juicio con control recursivo de la sentencia condenatoria, evitando que una garantía conculque a otra.

## **2.) Construcción de la voluntad jurisdiccional del Gran Escabinado**

La voluntad jurisdiccional se construye en el sistema del jurado clásico (angloamericano) por el consenso de los jueces jurados sobre la culpabilidad o no culpabilidad (guilty or not guilty) del acusado, sin contacto deliberativo con los jueces oficiales, a diferencia del sistema escabinado en que se integran en un único cuerpo colegiado jueces jurados y oficiales para dar el veredicto (verdad sobre los hechos).

El modelo cordobés ha diseñado un sistema con escabinos en minoría (CPP, 369) de cinco miembros y otro con escabinos en mayoría o Gran Escabinado de once miembros previsto por la ley 9182, cuya distribución de funciones se percibe desde un enfoque formal y o material o de contenido.

### **2.1. Aspecto Formal.**

La estructuración formal del proceso consensual del tribunal (Gran Escabinado) mantiene la iusvisión tripartita de las cuestiones a resolver: 1º) Hecho; 2º) Derecho; y 3º) Pena. Tal como sucede el tribunal técnico y en el escabinado chico del CPP, 369, sobre el que ya hemos discurrido en otra parte[8].

A los jueces oficiales (técnicos) se les reservan las últimas cuestiones, esto es: *Derecho* aplicable y, en su caso, *Pena* a imponer; para lo cual conforman un colegio o cámara. En tanto que para la primera cuestión relativa a los *Hechos* acusados se conforma otro colegio (dentro del mismo tribunal) de diez miembros (8 jurados y 2 técnicos) quienes dan el veredicto sobre la existencia de los hechos (y la participación responsable de los) acusados.

En el modelo del Gran Escabinado cordobés las cuestiones (tradicionalmente llamadas) de hecho enfocan: **A)** la materialidad externa de los hechos, **B)** las circunstancias jurídicamente relevantes de las conductas reprochadas, y **C)** la forma y grado de participación en tales hechos.

Las cuestiones resueltas por ambos colegios del mismo tribunal deben estar fundadas lógicamente y jurídicamente en la sentencia redactada por un vocal que contribuyó a formar la mayoría, y en su defecto por el presidente del tribunal[9].

En poco feliz técnica legislativa, la ley 9182 asigna (art. 44) también al colegio de diez miembros la responsabilidad cívica y judicial de votar sobre la culpabilidad o inocencia del acusado (a más de la existencia del hecho, circunstancias jurídicamente relevantes y forma de participación del art. 41 incs. 2 y 3).

Toda esta estructuración normativa dará en la funcionalidad del control casatorio una serie de desafíos conceptuales a partir de CASAL, que cuestiona y desdibuja la divisoria entre cuestiones de hecho y cuestiones de puro derecho, tal como se plantea en el apartado siguiente en que tratamos, no ya la estructuración formal graficada en la tabla siguiente, sino el contenido mismo de las cuestiones.

Cuestiones Tribunal	Hay hecho y circunstancias jurídicamente relevantes?	Forma y grado de participación del acusado?	Culpabilidad o inocencia?	Derecho Y Pena.
1. JURADO	Si	Si		
2. JURADO	Si	No	No culpable	
3. JURADO	Si	No	No culpable	
4. JURADO	No	Si		
5. JURADO	Si	Si		
6. JURADO	No	No	No culpable	
7. JURADO	Si	Si		
8. JURADO	No	No	No culpable	
9. VOCAL	No	No	No culpable	Atípico[(((]": 2 años
10. VOCAL[*]	Si	Si		Malversación: 5 años
11. Presidente		Si[((([*]		Malversación: 8 años

**PENA ESTATAL:** 5 años de prisión, accesorias y costas.

## **2.2. Contenido de las Cuestiones en que intervienen los jurados.**

### **2.2.1. "Circunstancias Jurídicamente Relevantes"**

La construcción de la voluntad jurisdiccional, en el sistema de juzgamiento vigente en la Provincia de Córdoba, es particularmente novedosa en lo que hace a los delitos que, según la ley 9182, serán decididos por Jurados, en nuestra ejemplificación anterior, un caso de anticorrupción administrativa[10]. Entre las particularidades que el GRAN ESCABINADO posee, resaltamos, a los fines que en este apartado nos proponemos, en primer lugar, emite sentencias necesariamente motivadas (dada la necesidad de cumplir con la garantía interamericana de doble conforme) y que, en segundo término, la porción no letrada que lo compone –jurados- y los dos jueces integrantes del Tribunal, con excepción del Presidente, votarán sobre las cuestiones relativas a: **(a) existencia del hecho delictuoso, con discriminación de las circunstancias jurídicamente relevantes (artículo 41 inciso 2° por remisión del artículo 44); (b) participación del**

**imputado (artículo 41 inciso 3° por remisión del artículo 44) y (c) culpabilidad o inocencia del imputado (artículo 44).**

De este modo, en primer término, se expide el jurado sobre *la existencia del hecho delictuoso, con discriminación de las circunstancias jurídicamente relevantes* (artículo 41 inciso 2°) lo cual le exige evaluar la prueba recepcionada, para determinar si está probada la existencia del hecho “a través de ella y a la luz de los principios de la sana crítica racional (arts. 193 y 406, CPP)”<sup>[11]</sup> resaltando las circunstancias jurídicas relevantes.

En este sentido, para reconocer circunstancias de cierta importancia jurídica en torno al hecho, es necesario valorarlo jurídicamente discriminando sus características determinantes o notas definitorias tanto del derecho penal sustantivo como del procedimiento llevado a cabo<sup>[12]</sup>. Por cierto que esta tarea corresponde a las partes en juicio en todo sistema que se precie de acusatorio y garantista, a la inversa, si es la Cámara de jueces técnicos la que enfoca lo “jurídicamente relevante” se prejuzga inquisitivamente en obvia dirección antigarantista.

Ahora bien, es indispensable una fijación inicial de las circunstancias que el jurado deberá observar durante el proceso y sobre las que se deberá pronunciar posteriormente. Esa primera aproximación se dará básicamente en los siguientes momentos:

- 1- *Art. 355 (CPP)- **Contenido de la acusación.** El requerimiento fiscal deberá contener -bajo pena de nulidad- los datos personales del imputado o, si se ignorasen, los que sirvan para identificarlo; una relación clara, precisa, circunstanciada y específica del hecho; los fundamentos de la acusación; y la calificación legal.*
- 2- *Art. 382- **Apertura.** El día y hora fijados, el Tribunal se constituirá en la sala de audiencias. Después de verificar la presencia del fiscal, de las partes y sus defensores, y de los testigos, peritos e intérpretes que deban intervenir, el presidente declarará abierto el debate. Advertirá al imputado que esté atento a lo que va a oír y ordenará la lectura de la acusación.*
- 3- *Art. 33 (Ley 9182) - **Presentación del Caso.** Una vez abierto el debate y leída la acusación (Artículo 382, in fine del Código de Procedimiento Penal) las partes y los defensores podrán presentar el caso brevemente al jurado, explicando lo que pretenden probar.*

La presentación del caso mediante la lectura de la acusación es el primer contacto del jurado con los datos de la imputación<sup>[13]</sup>. A ello se suma, por la ley 9182, la posibilidad de las partes de resaltar aquello que ellas intentarán acreditar, dato que, fija

la plataforma fáctica cuya existencia -o no- será el tema que el jurado deberá dilucidar[14].

4- *Art. 36 (Ley 9182) - Conclusiones.* Terminada la recepción de las pruebas, el Presidente concederá sucesivamente la palabra al actor civil, al Ministerio Público, al querellante particular y a los defensores del imputado y del demandado civil, para que -en ese orden- emitan sus conclusiones. La penúltima palabra se otorgará a la víctima u ofendido -si estuviera presente- y la última palabra corresponderá -siempre- al imputado.

5- *Art. 402- Discusión final.* Terminada la recepción de las pruebas, el presidente concederá sucesivamente la palabra al actor civil, al Ministerio Público, al querellante particular, y a los defensores del imputado y del demandado civil, para que en este orden emitan sus conclusiones. No podrán leerse memoriales, excepto el presentado por el actor civil que estuviere ausente.

Por último, concluida la discusión, contará el jurado con todos los elementos que, el actor civil, el Ministerio Público, el querellante particular y los defensores del imputado y demandado civil consideran de relevancia y que deberán ser objeto de pronunciamiento por ellos luego de ser tratados al momento de deliberar.

Parece entenderse, entonces, que el jurado “deberá” expedirse acerca de “todas” las circunstancias alegadas, con virtualidad dirimente consideradas en relación al hecho tenido como probado[15]; caso contrario, se dejaría abierta una brecha a la crítica por arbitrariedad[16]. La esencialidad de esta crítica -para lograr un éxito casatorio- está dada por el perjuicio procesal o sustantivo (agravio) que la sentencia recurrida le causa el impugnante. De lo contrario, esto es, el no tratamiento de una cuestión no esencial no es controlable por vía de casación, en el enfoque tradicional ni después de casual.

De este modo, queda fijado el elenco de circunstancias jurídicamente relevantes o notas definitorias del caso sobre las que el jurado está vinculado legalmente a expedirse. El jurado se encontrará ante una formulación descriptiva de la relación antitética expresada en la contradicción existente entre las hipótesis acusatorias y defensivas.

Poco importa al momento inicial y a los efectos últimos de la calificación[17], la tipificación propuesta por el fiscal (dado que la calificación definitiva la efectuarán los jueces letrados en el momento correspondiente), pero si se tornan relevantes las *circunstancias* que aquel explicita como tales y que sean aptas genéricamente para producir una alteración en la responsabilidad penal potencial[18].

En este sentido, el jurado se encontrará frente a una contradicción de circunstancias genéricas de alteración de la responsabilidad penal (tanto de orden sustantivo como procesal, sean éstas últimas de pura actividad o probatorias) compuesta por la tesis incriminatoria y la antítesis defensiva (que puede a su vez proponer nuevas notas definitorias). Sobre esa contradicción se pronunciará el jurado (síntesis) dejando lista la plataforma fáctica para ser subsumida en la norma correspondiente por parte de los letrados que componen el tribunal y de la cual no podrán apartarse de ningún modo en sus alcances fácticos[19].

Se puede decir, en este sentido, que la congruencia exigida en el sistema de juzgamiento tradicional[20] se ve desdoblada, en tanto; por un lado, se impone al jurado a través de las instancias de acusación y defensa en lo fáctico[21]; y, por otro, se impone a los letrados a través de la plataforma fáctica que, en virtud de aquellas instancias, determina y fija el jurado. Es decir que, mientras que antes era la misma cámara la que establecía cuáles eran los hechos verificados y los subsumía, actualmente, debe atenerse a los hechos que el jurado tiene –“soberanamente”– por ocurridos. Los jurados dicen la verdad sobre los hechos a través del veredicto[22] y los jueces letrados dicen el derecho a través de la *jurisdictio*.

### **2.2.2. Motivación**

#### Problemática constitucional.

La primera cuestión problemática suscitada por el sistema de juicio por jurados – establecido por el art. 162 de la Const. Pcial- se refiere[23] a si tal modo de enjuiciamiento cumple con la manda de la fundamentación lógica y legal de las sentencias –impuesta por el art. 155 de la Const. Pcial-. La reglamentación legal de los juicios por jurado –ley 9.182- estableció el mecanismo, creemos con éxito –por lo menos desde el punto de vista formal-, por el cual se cumpliría con aquella exigencia a través de dos disposiciones.

El art. 44[24] de la ley 9.182 que pone siempre en manos de alguno de los jueces técnicos del tribunal la obligación de realizar la fundamentación lógica y legal de la decisión. A su vez el art. 45[25] de la ley 9.182 establece que la sentencia deberá observar los requisitos exigidos por la ley procesal penal. Esta “ley procesal penal” no esta integrada solo por el Cod. Proc. Penal; sino, por la normativa constitucional – nacional y provincial- aplicable a la materia, por lo que regularmente se habla en la doctrina de sistema penal[26].

Desde esta perspectiva, son aplicables los art. 18 CN, art. 7.4 CADH., el art. 155 de la Const. Pcial. (*fundamentación lógica y legal*); en rango inferior, el art. 413 del Cod. Proc. Penal, cuyo inc. 4º, impone bajo pena de nulidad la observancia de las reglas de

la *sana critica racional* a la sentencia (CPP, 408 inc. 2º) lograda tras la deliberación bajo las reglas del “artículo 193” (CPP, 406, 2do párrafo). Así, siguiendo el camino de las remisiones legales, las sentencias con intervención de jurados no *diferirían* sustancialmente (ver punto 3, ii) de las emitidas por los tribunales sin jurados, en cuanto ambas deben cumplir los mismos requisitos de motivación.

De manera tal que desde la concepción jurisprudencial de CASAL hacia aquí se ha tornado aparente la antinomía entre: A) juicio por jurado (CN, 118) o B) juicio con doble conforme (CADH, 8, 2 h), ya que el gran escabinado cordobés (ley 9182) cubre el doble estándar.

### **Motivación de la valoración sobre los hechos.**

La materia sobre la cual se pronuncia el jurado esta determinada por el art. 44, 1º parr. de la ley 9.182[27], y se refiere fundamentalmente al establecimiento de la *plataforma fáctica*[28], base sobre la cual declarara la culpabilidad o inocencia del imputado[29]. Y en esa tarea -de determinación de la plataforma fáctica- discurre el ejercicio fuerte del poder penal. Esta tarea supone la valoración del material probatorio incorporado a la causa. El hecho de que los jurados sean legos no los exime, conforme hemos visto en el acápite anterior, de motivar –aunque por intermedio de un juez técnico en todos los casos- su apreciación sobre la prueba y lo será con las mismas exigencias que para un tribunal técnico.

Es paradójico que el tema mas problemático respecto a la motivación –el referido a los hechos-, sea justamente de competencia del jurado. La motivación “...*constituye el signo mas importante y típico de la racionalización de la función judicial...*”[30], y garantía frente al arbitrio, ya que la misma queda expuesta a la revisabilidad por la partes directamente interesadas, y la sociedad en general[31]. Esta actividad esta sometida a las reglas de la sana critica racional[32], que exigen al juez algo mas que solo describir, enumerar y dejar constancia de los datos obtenidos en el debate, “*se pide al juez que razone el valor probatorio atribuido a cada uno de ellos*”, es decir se le pide “*la exteriorización del porque de las conclusiones de hecho*”[33]. Así, “*no se puede hablar de una decisión motivada si el juez no indica específicamente, y mediante argumentos racionalmente articulados, las bases congnotivas (los datos percibidos en el juicio), los criterios de valoración (reglas de la lógica, la experiencia común y la psicología) y las inferencias que justifican su valoración de la prueba y el juicio final que deriva de esta valoración*”[34].

Esta manera de entender la motivación excluye el argumento, basado en las virtudes de la inmediación[35], según el cual el contacto directo del juez con la prueba (y se piensa fundamentalmente en la testifical[36]) otorga a aquel un estado de *intima convicción*, *vacío de reglas, no verbalizables*[37], construido en base a los datos obtenidos del



contacto con la prueba. La respuesta a este argumento requiere un pequeño análisis respecto de la inmediación. Ésta está necesariamente unida a la oralidad, y viene a dar satisfacción a la *garantía*[\[38\]](#) *de publicidad del juicio*, manda constitucional establecida en los art. 8.5 CADH, y 14.1 del PIDCP. Además corresponde histórica y políticamente al paso de un modelo de proceso inquisitivo y secreto, a uno contradictorio y público.

Ahora bien, debe conceptuarse a la inmediación como “...una técnica de formación de pruebas, no un método para el convencimiento del juez”[\[39\]](#). Si fuera esto último caeríamos en el peligroso camino de considerar a “lo visto y oído” por el tribunal como el elemento por el cual este valora la prueba; guiado por *suintima convicción*, que por ser –considerada– una experiencia íntima del juzgador, inefable, irreproducible, imposible de verbalizar racionalmente, se transforma en insuceptible de revisión[\[40\]](#) al carecer de intersubjetividad verificable y por tanto violatoria de la CADH, 8,2 h. Si por el contrario, la consideramos un medio (instrumento) para la formación de la voluntad jurisdiccional, el contacto no-mediatizado, si bien necesario no es autosuficiente para arrojar una sentencia debidamente motivada respecto de los hechos.

Esto último siempre dependerá de una cadena de inferencias. Aun en relación con la prueba testifical -respecto de las cuales la inmediación cobra todo su vigor[\[41\]](#)-, su valor conviccional depende no del hecho de verlas y oírlas; sino de un juicio elaborado por el tribunal respecto de: **(a)** la credibilidad del deponente y **(b)** la atendibilidad de lo expuesto[\[42\]](#).

Respecto del primer punto, la inmediación, tiene mayor relevancia en cuanto son esos datos obtenidos del contacto directo (seguridad o dudas al responder, ruborización, titubeos, reacciones de los presentes etc), los que racionalizados a través de los tamices de la sana crítica (principios lógicos, máximas de experiencia, psicología) convencerán al juez o no acerca de su credibilidad.

Las inferencias logradas a partir de esa “racionalización” son el contenido requerido por la motivación acerca de los hechos. De esta manera, la motivación, no se resuelve conforme a una corazonada, resultado de sugerencias de certeza subjetiva; sino conforme “*criterios idóneos para ser comunicados*”[\[43\]](#). Dado que “...*todos esos aspectos no verbales de los testimonios no son controlables intersubjetivamente...*”[\[44\]](#), si la motivación sobre la sinceridad del testigo esta basada solo en la mención de esos aspectos, “...*la conclusión sobre la sinceridad del testigo carecerá de la calidad de la motivación que las leyes exigen para aceptar la validez de tal conclusión, por no ser contrastable, o sea por no ser posible comprobar su exactitud...*[introduciendo]...*un factor de decisión arbitrario, que es tal porque escapa al control de logicidad, científico y experimental del razonamiento.*”[\[45\]](#)

En cuanto a lo segundo, atendibilidad o plausibilidad, depende de la aptitud de “cada” prueba para aportar algún elemento relevante al hecho discutido, y de su coherencia con el resto del material probatorio incorporado; aquí, aparece más débil la influencia de la inmediación en cuanto éste análisis es completamente separable del momento del debate –donde transcurre el contacto directo entre el tribunal y la prueba- y discurre completamente durante la deliberación.

### **2.2.3. La cuestión de la “culpabilidad o inocencia” (art. 44, in fine).**

De acuerdo a la regulación efectuada por la ley 9182, el Jurado se pronuncia sobre la “culpabilidad o inocencia” del imputado (artículo 44), lo cual nos lleva a preguntarnos cuáles son los alcances que el legislador le ha querido otorgar a ese pronunciamiento. Creemos que tal mandato puede interpretarse de tres maneras:

**¿Dogmática penal?** (ubicación de la culpabilidad según las distintas escuelas).

Como primera posibilidad podemos interpretar que el jurado debe pronunciarse sobre la culpabilidad entendida como categoría dogmática. Es decir que lo que la ley estaría exigiendo es que el jurado se pronuncie sobre la existencia del hecho y las circunstancias jurídicamente relevantes; la participación del imputado y, específicamente, sobre la culpabilidad como categoría independiente dentro de la teoría del delito, dejando las restantes categorías a cargo de los jueces letrados.

Ello nos lleva a la necesidad de plantearnos la real entidad del voto del jurado según la ubicación que al elemento culpabilidad se le otorgue dentro de la teoría del delito, lo cual, indudablemente alterará la posibilidad de pronunciamiento por aquellos.

#### **➤ El Causalismo Naturalista**

Bajo estas ideas, el jurado se pronunciará sobre la existencia del hecho, la participación del imputado y sobre el aspecto subjetivo de la “*relación del resultado con la manifestación de la voluntad*”[\[46\]](#), el cual manifiesta la previsibilidad del acontecimiento.

Si afirmamos que culpabilidad se circunscribe pura y exclusivamente a dolo o culpa como situaciones de carácter psicológico del agente, la cuestión sobre su pronunciamiento por parte del jurado se presenta como de fácil configuración.

En este sentido, la imputabilidad será un presupuesto subjetivo a tener en cuenta para luego, simplemente, determinar si la conducta del imputado fue dirigida dolosa o culposamente. En la visión de VON LISZT, principal expositor de estas ideas, hay una disociación entre el querer de la acción (único remanente subjetivo en ella) que es el mínimo de voluntad que enerva los músculos, y el querer del acto, donde aparecen las

categorías dolo y culpa. El jurado, se pronunciaría, en este sentido, sobre todo el complejo volitivo del agente, determinando, por un lado, si existió el hecho (y así, la acción), y por otro, cuál fue la “*relación subjetiva*” [47] del imputado con aquel. Pero además de ello, se pronunciaría también el jurado respecto a la imputabilidad [48] del agente, ya que ésta hace al contenido de la culpabilidad.

### ➤ **El jurado y la teoría normativa de la culpabilidad**

Por un lado, esta teoría suma a las ideas de dolo y culpa, la necesidad de valoración reprochable de la conducta como requisito configurativo de la culpabilidad. Es decir, a más de la existencia del dolo o la culpa, debe haberle podido ser exigida al autor de la acción, una conducta distinta de acuerdo a la norma previa de conducta. [49] “*Esta teoría hace ingresar el valor en el ámbito más profundo de la culpabilidad*” [50].

Se presentan dentro de esta postura algunos inconvenientes cuya resolución influirá sobre las decisiones del jurado, en particular lo que hace a la culpabilidad “*como simple juicio de reproche*” sostenido por GOLDSCHMIDT y para quien dolo, culpa, imputabilidad y causas de inculpabilidad son simples presupuestos de hecho de la culpabilidad.

No obstante las complejidades y los diversos matices que esta teoría presenta, a los fines que aquí nos proponemos, resulta particularmente interesante la posibilidad de llegar, mediante la aplicación del normativismo, a la solución que considerábamos inadmisibles al contemplar la posibilidad de que la “culpabilidad o inocencia” de la 9182 sea interpretada como “condena o absolución” más allá de lo resuelto en los votos precedentes (hecho y participación). En este sentido, lo que la teoría normativa permite es que, una vez verificados el hecho, la participación del imputado, la tipicidad y la antijuridicidad (presupuestos estos últimos dos que correrán por cuenta de los letrados); el jurado se pronuncie respecto a la culpabilidad, la cual incluye al dolo o culpa, y al juicio de reproche. Mediante esto último, se puede imaginar la situación en que, ante la acción típica y antijurídica e inclusive configurado el dolo del imputado, se absuelva al mismo al juzgar el jurado que no es “reprochable” la conducta al acusado.

### ➤ **El jurado y la teoría compleja**

#### ✓ **MEZGER**

Para el autor, culpabilidad es, a la vez, una situación de hecho psicológica relativa al autor respecto de la acción y un juicio de valor sobre esa situación. Esta doble manifestación de la culpabilidad hace de ella un elemento complejo. Se le adjudica un cierto eclecticismo [51] entre la visión de la culpabilidad objetivada del sistema LISZT-BELING y la visión normativa que ve en la culpabilidad un acto de valoración de FRANK. No hay simple objetividad pero tampoco pura valoración; el imputado será culpable en tanto le sea subjetivamente imputable la acción y en tanto le haya sido posible actuar de

modo diverso (lo cual se juzgará atendiendo a las exigibilidades a él dirigidas) reprochándosele el acto antijurídico. En lo que aquí nos interesa podemos hacer al respecto las mismas observaciones que hicimos respecto de la teoría anterior.

✓ SAUER

También dentro de la teoría normativa, ve a la culpabilidad como una necesaria derivación del libre albedrío que puede ser categorizada en dolo y culpa y que es producto del querer libre *éticamente reprochable*[52]. Al igual que en lo acontecido respecto a las dos últimas construcciones dogmáticas analizadas, aquí puede el jurado absolver habiendo acción típica, antijurídica al considerar que (inclusive habiendo dolo o culpa propiamente dicha) no hay reprochabilidad ética. Plenamente aceptado en la casuística americana bajo jurado clásico para exculpar al acusado como gracia del pueblo.

### ➤ El llamado[53] *tertius genus*

- 1- En SOLER se retorna al psicologismo, efectuando una fuerte crítica a la teoría normativa. Culpabilidad refiere a la actitud psíquica del sujeto al momento de actuar y en relación al hecho que produjo, pero no totalmente objetivado, sino con *especial referencia al conocimiento de la ilicitud* (lo cual le imprime un elemento valorativo).
- 2- Para NÚÑEZ, también en crítica al normativismo por la amplitud que le otorga el juicio de reproche, llega a definir a la culpabilidad como “*el modo de comportamiento psíquico del autor del delito que fundamenta su responsabilidad penal desde el punto de vista personal, y que está subordinado a su capacidad, a su saber y a su libertad de determinación*”[54] retornando al psicologismo, pero complejizando la teoría al imprimirle un carácter valorativo a los conceptos de dolo y de culpa, los cuales “*acusan una valoración de la actuación psíquica en sentido negativo*”[55].

### ➤ La culpabilidad reductora

Se define a la culpabilidad como “*el juicio que permite vincular en forma personalizada el injusto a su autor y de este modo operar como el principal indicador que, desde la teoría del delito, condiciona la magnitud de poder punitivo que puede ejercerse sobre éste*”[56]. Pero ella opera como *límite ante la irracionalidad selectiva de vulnerables*[57], recurriendo a la ética solo a los fines de legitimar la función reductora, pero no el poder punitivo. Riesgo denunciado en el debate parlamentario de las llamadas “Leyes Blumberg”, conjunto del que forma parte la 9182, pudiendo los jurados llegar a convertirse en “picadoras de carne” humana de los vulnerable y no de

los aparatos de poder que *combate* el Fuero Penal Económico y Anticorrupción Administrativa.

Entendida de este modo, la culpabilidad “*tomando en cuenta el dato de la selectividad y constatando que el poder punitivo selecciona conforme a la vulnerabilidad del sujeto y no a su autodeterminación, debe impedir que éste se ejerza en magnitud que supere el reproche que pueda formularsele al agente del esfuerzo personal que haya realizado para alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad*”[58]. Es necesario, para ello, basarse en que el “*vínculo personal del injusto con el autor se establece teniendo en cuenta la forma en que opera la peligrosidad del sistema penal, que puede ser definida como la mayor o menor probabilidad de criminalización secundaria*” o selectividad[59].

El grado de peligrosidad mencionado, surge, a juicio de ZAFFARONI, de los *componentes del estado de vulnerabilidad* del sujeto respecto al sistema penal (lo cual se integra por datos que hacen al sistema social, o la posición dentro de la escala social)[60]. Siempre teniendo en cuenta que el poder punitivo no se distribuye *solop*or el estado de vulnerabilidad (ya que no todas las personas con el mismo estado de vulnerabilidad o de cobertura son necesariamente seleccionadas o cubiertas). En este sentido aparece un concepto básico en la concepción que venimos analizando, en tanto, este dato relativo a que la vulnerabilidad no determina de por sí la selectividad, indica que el agente deberá, en palabras de ZAFFARONI, realizar un *esfuerzo personal para alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad*, un plus que él debe agregar para que se produzca, efectivamente la criminalización secundaria. La culpabilidad, así concebida, puede ser definida como “*el reproche del esfuerzo personal por alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad al poder punitivo*”[61] que a su vez tiene como presupuesto al reproche *formalmente ético* (sin cuya constatación el reproche por el esfuerzo de vulnerabilidad se tornaría irracional)[62].

La culpabilidad en la construcción de ZAFFARONI tiene cuatro componentes positivos que deben configurarse de tal modo que permitan efectuar el juicio de vinculación entre el injusto y su autor, y que el jurado debería verificar para considerar como cumplida para que el poder punitivo supere al “*filtro de racionalidad*” que se le impone. Ellos son:

- (a) **El espacio de autodeterminación**; entendido como “*ámbito o catálogo de posibles conductas de una persona en una situación constelacional dada*”, distinta del libre albedrío –criterio rechazado terminantemente por el autor- y que no necesita ser probada de por sí ya que hace a la esencia misma de la persona[63]. Los supuestos de inexigibilidad son (1) el error de prohibición invencible; (2) la incapacidad psíquica de comprensión de la antijuridicidad de la conducta – casos ambos donde se altera la capacidad de comprensión de la conducta – (3) estado de necesidad

exculpante y (4) incapacidad psíquica para adecuar la conducta a la comprensión de la antijuridicidad – casos donde la capacidad de comprensión no se ve afectada pero reducen el ámbito de autodeterminación por su conflictividad[64].

- (b) **Posibilidad exigible de comprensión de la criminalidad:** lo que abarcaría (1) conocimiento efectivo de los elementos del tipo objetivo necesarios para configurar el dolo; (2) posibilidad de comprensión de la antijuridicidad; (3) posibilidad de conocimiento de las circunstancias que proporcionan un margen objetivo para la autodeterminación; y (4) posibilidad de conocimiento de los requisitos objetivos que permiten la imposición de pena.
- (c) **Posibilidad de comprensión de la antijuridicidad:** entendiendo comprensión como posibilidad de internalización o introyección[65]. Siendo la antijuridicidad una “*valoración, traducida en un valor negativo o desvalor de la conducta*”[66] no basta con conocerla o tener noticia de ella. Comprensión es una instancia superior al conocimiento de tal circunstancia. La culpabilidad queda desvirtuada cuando al agente no le es exigible la comprensión de la antijuridicidad sea porque su limitada capacidad psíquica se lo impide; porque a más del esfuerzo que se realice tampoco se logre alcanzar ni se alcanzaría esa comprensión; o porque especiales circunstancias le impiden alcanzar “*el conocimiento o directamente la comprensión del desvalor*”. [67]
- (d) **Esfuerzo de vulnerabilidad:** que en general será indispensable a la hora de cuantificar la pena pero que, en algunas circunstancias podría enervar la culpabilidad al no existir o por ser inoponible el esfuerzo del agente. [68]

En este sentido, la construcción del autor seguido, creemos, no difiere de lo que sucedería en el caso en que el jurado se pronuncie sobre la base de las ideas de la doctrina nacional clásica, ya que las causales del artículo 34 CP, más allá de la ubicación que se les de dentro de la teoría de la culpabilidad, actuarán en todos los casos y serán de análisis obligatorio por parte del jurado.

Los interrogantes se ponen de manifiesto en todas aquellas circunstancias que dejan abierto un margen discrecional, en especial, lo relativo a la vulnerabilidad del agente. De este modo, de la misma manera que, como resaltáramos al tratar la doctrina normativa de la culpabilidad, será posible sopesar el juicio de reproche pasando por un filtro ético (como presupuesto de tratamiento del siguiente) y por uno relativo al *esfuerzo de vulnerabilidad* realizado por el imputado llegando a irresponsabilizarlo por el hecho aún habiéndose reconocido su participación dolosa.

No obstante, lo hasta aquí dicho, no puede dejar de observarse que el voto del jurado relativo a la “culpabilidad” reposa en gran medida sobre circunstancias fácticas

(*jurídicamente relevantes*) sobre las que debiera en cualquier caso pronunciarse si formarían parte de los argumentos vertidos en los momentos que dejamos planteados como claves para la fijación de la plataforma sobre la que el jurado decidirá “*la existencia del hecho y las circunstancias jurídicamente relevantes*”. De este modo, las alteraciones a la autodeterminación, la imposibilidad de exigir comprensión de la criminalidad o de la antijuridicidad y la inexistencia o inoponibilidad de un esfuerzo hacia la vulnerabilidad; serán tratadas por el jurado como en aquél estadio quedando vacuo de contenido el pronunciamiento específicamente referido a la “*culpabilidad o inocencia*” que la misma ley exige.

Solo nos quedaría la situación en que alguna o algunas de las circunstancias relevantes dentro de la teoría de la culpabilidad no hayan surgido de la acusación, de los alegatos de la defensa ni de las afirmaciones de los querellantes (si los hubiere). Solo en tal caso cobraría sentido el artículo 44 de la ley 9182 al exigir al jurado pronunciarse sobre la culpabilidad del imputado “de oficio” debiendo considerar automáticamente y en forma autónoma los elementos que hasta aquí vinimos desarrollando.

Ahora bien, esto exigirá un estudio por parte de aquél de la teoría de la culpabilidad desde el punto de vista dogmático, lo cual no se condice o no parece a priori compatible con la institución de la ley 9182, y que, creemos, culminaría en la gran mayoría (por no decir la totalidad) de los casos, en un tema de exclusiva incumbencia de los letrados que componen la cámara del tribunal.

A ello se suma, además, el término que la ley utiliza como contradictorio al de culpabilidad. Así, la *inocencia* no aparece técnicamente como “*ausencia de culpabilidad*” lo cual, cuanto menos, pone en duda la intención del legislador respecto a la entidad que a estos términos quiso imprimir.

**Condena o absolución** - Decisión incongruente con las dos primeras cuestiones planteadas– Recurso del Fiscal y del Querellante

Ante las contradicciones que genera la posibilidad interpretativa anterior, nos planteamos la de interpretar que a lo que ha querido referirse en realidad el legislador es a “*condena o absolución*”. Pero teniendo en cuenta que ya se ha pronunciado el jurado respecto a la existencia del hecho y a la participación del imputado, deberían ser esos votos los que determinen la condena o no, prescindiendo de la necesidad de votar sobre una tercera cuestión.

Es que, al ser un jurado sustancialmente diverso al anglosajón, no existe posibilidad de tener por acontecido el hecho, considerar acreditada la participación del imputado y aún así absolver (o declarar la inocencia, la no culpabilidad para los americanos); no siendo aceptable tampoco la situación inversa. Ello conduciría a validar un fallo infundado o

con una fundamentación explícitamente contradictoria e incongruente que deja abierto el recurso al fiscal (si se lo acepta) y, en cualquier caso, al querellante.

Y debe resaltarse que esta situación es netamente diversa a la planteada respecto a la culpabilidad como categoría dogmática, donde, dijimos, el jurado podría llegar a una solución similar a la planteada como inadmisibles pero con el fundamento de la inexistencia de reproche (por las causas allí tratadas). Aquí, en cambio, consideramos solamente la posibilidad de interpretar al artículo 44 de la ley 9182 como una contrapartida del “veredicto” del jurado anglosajón sin fundar esa decisión.

Esta interpretación es contraria a la Constitución, exigente de una motivación técnica y legal (ver punto 2, b, 2, i- “*Problemática constitucional 162 y 155 Const. Pcial*”) y de una doble instancia, por lo tanto, es inadmisibles.

### **Error legislativo – Va insito en las otras dos cuestiones**

Dado que sendas posibilidades interpretativas anteriores se muestran inaceptables, tanto constitucional –principal razón- como dogmáticamente, no queda más que concluir que estamos ante una infeliz inconsistencia del legislativo que no supo distinguir que en el modelo clásico la disyuntiva entre “guilty” o “not guilty” se corresponde con la axiología constitucional de ser siempre no culpable salvo cosa juzgada en contrario, por lo que la inocencia no es categoría que pueda declarar un tribunal, una constitución ni –siquiera– un jurado, sino que es consustancial a los miembros de una sociedad de seres humanos libres.

Los fallos emitidos hasta el momento por tribunales integrados con jurados; ninguno hizo mención acerca de culpabilidad o inocencia. Esta deficiencia de contenido resolutivo, dejó abiertas las puertas a planteos recursivos, en cuanto hubo una errónea aplicación de ley procesal (art. 44 Ley 9182, 468 inc. 2° CPP). Por el contrario, si los decisorios hubiesen incorporado ese punto, por las razones expuestas en los acápites anteriores, también se hubieran podido plantear impugnaciones por falta de fundamentación lógica y legal (art. 155 Const. Pcial) y consecuente imposibilidad de acceder a la instancia revisora (art. 8.2 h CADH, 14.5 PIDCP)

## **3- Revisabilidad casatoria de la decisión del Jurado.**

### **3.1 Extensión del Recurso**

Bajo el nuevo paradigma casatorio del “MÁXIMO RENDIMIENTO”<sup>[69]</sup> impuesto por la CSJN desde “CASAL”<sup>[70]</sup>, se impone ahora la cuestión a cerca de *¿Qué –si algo- es lo no revisable?*

Dijimos al tratar la “Motivación sobre la valoración de los hechos” (punto 2.2.2, 2° punto) que carecería de motivación suficiente la sentencia de mérito que no contuviera –



aun implícitamente- el razonamiento inferencial basado en criterios intersubjetivamente aceptados impuestos por la sana crítica racional; y dado que esa insuficiencia abriría la posibilidad casatoria –art. 483, inc. 2 CPP- es que el acápite mencionado se relaciona con el presente.

La CSJN ensaya algunas respuestas, en estos términos: “...lo único no revisable es **lo que surja directa y únicamente de la intermediación.**”, “Esto es lo único que los jueces de casación no pueden valorar, no solo porque cancelaría el principio de publicidad, sino también porqué directamente no lo conocen, o sea, que a su respecto rige un límite real de conocimiento. Se trata directamente de una limitación fáctica, impuesta por la naturaleza de las cosas, y que debe apreciarse en cada caso.”[71]. “...lo que es puro producto de la intermediación”, “...lo cierto es que, en general, **no es mucho** lo que presenta la característica de conocimiento elusivamente proveniente de la intermediación”, “La cuestión principal, generalmente, **queda limitada a los testigos.** De cualquier manera es controlable por actas lo que estos deponen. **Lo no controlable es la impresión personal que los testigos pueden causar en el tribunal,** pero de lo cual el tribunal debe dar cuenta circunstanciada si pretende que se lo tenga como elemento fundante válido, pues a ese respecto también **el tribunal de casación puede revisar criterios;** no sería admisible por ejemplo, que el tribunal se basase en una mejor o peor impresión que le cause un testigo por mero prejuicio discriminatorio respecto de su condición social, de su vestimenta, etc.-“[72].

Una formulación en términos lógicos sobre esta cuestión –con visión premonitoria- es la realizada por PÉREZ BARBERA y BOUVIER[73]. Su tesis, diferencia los “enunciados inferenciales”[74] de los “enunciados de intermediación”[75]; quedando solo los segundos indemnes a la revisión en segunda instancia, ya que “no detenta –el tribunal casatorio- la misma posición epistémica del juez –de merito-... por lo que carece de una instancia de percepción análoga o similar a la del tribunal”[76], o en palabras de la CSJN “[porque] directamente no lo conocen, o sea, que a su respecto rige un límite real de conocimiento. Se trata directamente de una limitación fáctica, impuesta por la naturaleza de las cosas, y que debe apreciarse en cada caso.”[77].

Por ejemplo, en la hipótesis dada por la CSJN[78], serían enunciados de intermediación aquellos por los cuales el tribunal se forma una idea de la condición social y vestimenta de los testigos; e inferenciales aquellos que aseveran la mejor o peor impresión obtenido de uno u otro testigo –a partir de esos enunciados de intermediación, conjunta o independientemente de otras premisas-. En este caso, el recurso sería exitoso, si lograra mostrar que no hay principio lógico, regla de experiencia común, o criterio científico, que permita inferir la mejor o peor impresión que debiera tenerse –lease: sinceridad/

credibilidad- del testigo a partir de su vestimenta y condición social; y sería infructuoso en caso contrario.

Podría considerarse un avance de la CSJN la imposición de “*dar cuenta circunstanciada*”<sup>[79]</sup> de las impresiones personales que los testigos puedan causar en el tribunal, “*si (se) pretende que se las tenga como elementos fundante válido*”<sup>[80]</sup>; ya que esta validez sí sería controlable en casación. Es decir, sería controlable la eficacia convictiva que aporte al tribunal, con obligada expresión de las percepciones que le sirven de premisa a esa conclusión (inferencial) convictiva, sin embargo la percepción en sí misma continúa irrevisable<sup>[81]</sup>. La sentencia que omitiera la incorporación de esas impresiones podría considerarse cuanto menos infundada<sup>[82]</sup>, y eventualmente un supuesto de prevaricato<sup>[83]</sup>. Así, las percepciones podrían asimilarse a los dichos del testigo –en cuanto premisas que forman convicción sobre un elemento de prueba-; y por tanto, aduciendo que ha habido un error en la percepción, sería aplicable a aquellas el remedio del incidente de redargución de falsedad<sup>[84]</sup> en el recurso casatorio (u otro procedimiento sumario tendiente a acreditar tales extremos) para atacar el enunciado de inmediación constituido por la percepción del tribunal.

## **3.2. Particularidades del Juicio por Jurados**

### **3.2.1. Validación o refutación**

Dado que las inferencias deberán basarse<sup>[85]</sup> en la lógica y experiencia común, los tribunales con capacidad revisora se erigen en órganos de convalidación de esos criterios, en función de su capacidad para validarlos o refutarlos<sup>[86]</sup>. Ahora bien, tanto la lógica como la experiencia están dentro de criterios de sentido común, al que llamamos *formal* en el primer caso, y *material*, en el segundo.

Respecto de la lógica<sup>[87]</sup>, no habría diferencias entre la actividad de un tribunal técnico y uno integrado por jurados; ya que: (a) por un lado no hay diferencias lógico-estructurales<sup>[88]</sup> en el razonamiento de legos y letrados, y (b) por otro lado, conforme vimos al momento de tratar la problemática constitucional de la motivación<sup>[89]</sup>, estaría preservada la motivación lógica (y legal) por disposición de la ley 9.182.

El criterio de la experiencia común<sup>[90]</sup>, como ya lo anticipáramos al preguntarnos cuáles son los “criterios de credibilidad válidos” parece ser un tanto conflictivo. Éste, a diferencia de los anteriores, no cuenta con un desarrollo teórico-científico acabado, y su contenido es análogo del sentido común que aquí denominamos *material*. En cierto modo, con la casación actual, se estaría suplantando la experiencia común de un tribunal por la de otro. La cuestión podría responderse argumentando que ese es el contenido esencial del derecho al recurso<sup>[91]</sup>, cuya extensión a perfilado el fallo reseñado, pero que en el caso de las sentencias logradas con ulterioridad al juicio por jurados s eles

suma un límite político (de rango constitucional) de orientación democrática en cuanto a la sustitución del criterio del jurado por el de la casación, con lo cual “los juicios criminales ordinarios” concluirían por casación y no “terminarían por jurados” (CN, 118).

Empero, cuando el tribunal de mérito está integrado por jurados la cuestión de la *legitimidad casatoria* es más compleja. Dado que entre sus fundamentos está la democratización de la función judicial, y el juzgamiento por iguales; cabe preguntarse entonces si, no habría una tensión dinámica entre el juicio por jurado y el recurso de casación “*amplio*”, en cuanto se podría reemplazar el *sentido común*—correctamente motivado— del jurado por el de un tribunal letrado, en una evidente frustración de sus motivos y fundamentos.

### 3.2.2. Límites de la Adhesión

Como cuestión que presenta especial importancia aparece que, si bien es prematuro para tomarlo como “práctica procesal”, no es augurioso el fallo dictado por la Cámara primera de la ciudad de Córdoba integrada con jurados en la causa TREJO[92], ya que los ocho legos “adhirieron” al voto de un juez[93].

Este no es un supuesto contemplado en la norma (adhesión de la mayoría de jurados), sí autorizado para los jurados que formen minoría con alguno de los jueces. En este caso, una decisión arreglada a la ley 9.182 hubiera supuesto una decisión mayoritaria del jurado, fundada por el/los jueces de coincidente opinión.

¿El carácter especial de la ley 9182 en relación a la 8123 sigue admitiendo la adhesión en los términos del 408, inc. 2, a cuya remisión obliga el art. 45 de la primera? Creemos que la respuesta negativa se impone en tanto la decisión del jurado ideado por aquella debe emitir decisiones producto de una deliberación y de ningún modo resultado de una sumatoria de votos en igual sentido. Podríamos considerar que el art. 408, inc. 2, está modificado por el art. 44, 3º parr. de la 9182 que no regula la adhesión para el fallo mayoritario.

De cualquier modo, la formalidad de la sentencia podría salvarse con un encabezamiento inclusivo y en conjunto de los vocales y jurados de opinión coincidente, que haga parecer la sentencia resultado de una real deliberación cuando en realidad puede no serlo; dato que resulta verdaderamente indeseable para los fines de una institución orientada al juzgamiento penal por iguales, lo cual quedaría trunco desde el momento en que se acepte la posibilidad de que uno de los camaristas que componen al GRAN ESCABINADO llegue con el voto escrito imponiendo (aunque solo sea moralmente), o cuanto menos indicando, la orientación decisoria que el órgano colegiado debería adoptar.

### 3.2.3. El reenvío por anulación de sentencia con vicio *in procedendo*.

¿Si la sentencia dictada por un escabinado grande resulta casable por el motivo formal en virtud de no llenarse las exigencias de motivación sobre la valoración de la prueba en al fijación de los hechos, funciona el reenvío (art. 480 CPP) del mismo modo que en las sentencias dictadas por jueces técnicos? Aceptado que todo fallo del escabinado grande debe cumplir con la fundamentación lógica y legal (art. 155 Const. Pcial) –ver punto 2.2.2, ap. 1-, a cuya consecución no obsta la condición de legos de los jurados; pareciera que se impone -en el sistema cordobés- un tratamiento similar a las sentencias comunes (dictadas exclusivamente por jueces) respecto de este punto. Sin perjuicio de esto, pareciera reeditarse la tensión señalada en el punto 3.2.1, dado que el reenvío sería solo una consecuencia de la aceptación de la casación impropia.

	<b>Fondo</b>	<b>Forma</b>
<b>Motivo</b>		
<b>Trámite</b>		
Resolución propia (positiva)	Ortodoxa 1 In indicando in iure	Asimetría 1
Reenvío (negativa)	Asimetría 2	Ortodoxa 2 In procedendo

En la nomenclatura casatoria ortodoxa, se afirma que los vicios *in iudicando in iure*, [ (CPPN, 456 inc. 1º, CPPcba, 468 inc. 1º) formulado como inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva] tramita por la vía de la casación propia, positiva o de fondo en que la sala de casación quiebra la sentencia recurrida y pone en su reemplazo una *ad hoc* (CPPn, 470; CPPcba, 479); en tanto que los vicios *in procedendo* tramitan por la vía del reenvío (CPPcba, 480] para la casación de forma, negativa o impropia.

Esta relación entre motivos de interposición y el procedimiento para formar la voluntad jurisdiccional guarda una correspondencia simétrica [para la versión ortodoxa previa aCASAL] y por tanto bilateral[94]. Desde CASAL hasta el presente no parece necesario mantener la *simetría* (a consecuencia de la pretendida disolución entre las cuestiones de hecho y de derecho) pero sí una *bilateralidad* del procedimiento a seguir para lograr el reconocimiento del tribunal competente para dictar la resolución, esto es, con o sin reenvío.

Ya se dijo que no coinciden los casos que integran el conjunto de casación de **A)** fondo/forma; **B)** propia/impropia; o **C)** positiva/negativa. Es decir que no son co-

extensos, pudiendo darse casos de forma y resueltos con trámite de fondo [una sentencia definitiva de la sala de casación], y a la inversa, cuestiones de derecho sustantivo, admitidas y resueltas con trámite de reenvío.

El legislador le concede al tribunal *ad quem* la doble vía facultativa en casos de recursos de REVISIÓN, en los que “*al pronunciarse en el recurso el tribunal podrá anular la sentencia, remitiendo a nuevo juicio cuando el caso lo requiera, o pronunciando directamente la sentencia definitiva*” (CPPn, 485). La CSJ lo concede en CASACIÓN, pretorianamente. Esto no es una cuestión de mero trámite[95].

Pero parece una barbaridad ordenarle al inferior que dicte sentencia sin debate (solamente con lo registrado en el acta y contenido en la sentencia) con orientación condenatoria, tal como sucede *in re* BRIZUELA en que el TSJ[96] hace lugar al recurso fiscal que impugna la absolución de Armando Raúl Brizuela y “reenvía” a la misma Cámara 4ta., con la misma integración, y le ordena (y los camaristas -protestan y- hacen caso[97]) a que dicte “otra” resolución conforme a derecho dando por acreditado el hecho acusado, con lo cual el TSJ impone la condena y solamente deja a la cámara la determinación judicial de la pena.

Es inmanente a la doctrina CASAL refuncionarizar la relación entre derecho penal y proceso penal, de manera tal que –al decir de ZAFFARONI[98] - no medie una asimetría político-criminal o ideológica entre ambas. A un derecho penal limitador o de garantías corresponde un derecho procesal penal acusatorio, y a un derecho penal autoritario un procesal inquisitorio.

#### **3.2.4. ¿Es necesario una reforma legislativa o basta la reforma jurisprudencial?**

Por otro lado, es necesario preguntarse si lo correcto a los fines de satisfacer la necesidad de doble conforme es mantener este sistema amplio de revisión casatoria propuesto por la CSJN[99]; o bien si es más adecuado modificar el sistema de juzgamiento estableciendo una instancia apelatoria, verdaderamente amplia, previa a la casación, manteniendo ésta dentro de su órbita clásica de vía impugnativa extraordinaria con función estrictamente nomofiláctica.

Ello responde, actualmente, a una decisión netamente política de construcción del sistema procesal, y más precisamente el recursivo. Y ello en tanto que ha quedado demostrado en el presente trabajo que la negativa a tratar lo que antaño eran consideradas “cuestiones de hecho” en la casación no responde a una verdadera imposibilidad fáctica, sino a una simple negativa automática ante la entidad de los agravios en los que el recurso se funda (“de hecho”). Por lo tanto, siendo susceptibles de revisión todos los razonamientos inferenciales e incluso aquellos enunciados de intermediación que, explicitados, choquen con las reglas de experiencia; aquel argumento

ortodoxo de rechazo ha caído en desuetudo, quedado totalmente desvirtuado por irreal en la iusvisión de la doctrina CASAL. Si estas ideas se concretaran, la teoría del MÁXIMO RENDIMIENTO de la casación pasaría a actuar como teoría limitativa de competencia del tribunal casatorio y no ya como parámetro de apertura.

En este sentido; la casación puede ser mantenida válidamente como recurso extraordinario destinado a la unificación jurisprudencial y de alcances estrictamente limitados, siempre que la segunda instancia haya sido previamente garantizada mediante otro recurso[100]. De este modo, se satisface tanto la doble instancia con los alcances amplios propia del Sistema Interamericano de Garantías como la pretensión de aquellos que, como MORELLO, pretenden una reforma apta para satisfacer la garantía mencionada a la vez que se evite la deformación de la casación[101]

## 4- Conclusiones

La confluencia de las doctrinas de HERRERA ULLOA vs. COSTA RICA, introducida localmente vía CASAL y el GRAN ESCABINADO cordobés despliegan la expectativa de un desarrollo cualitativo tanto de la práctica social a la que damos en llamar administración de justicia como a la democratización de tal tarea.

El emergente más inmediato será el corrimiento de las prácticas de la litigación, la simplificación en la presentación de los hechos y las circunstancias jurídicamente relevantes al jurado primero, a los jueces formados en el antiguo régimen después y no muy luego a la sociedad toda por vía de los medios masivos de comunicación, en especial los gráficos y electrónicos.

Finalmente será un modelo de exportación regional en la medida que cumpla con el programa político criminal del Sistema Interamericano de Garantías de los Derechos Humanos fundamentales, de lo contrario no podrá ocupar el lugar político y simbólico que la Constitución le reserva durante siglo y medio para teñir todo el proceso penal, aún en las causas en que no se llega a juicio pero el metro, la unidad de medida, los términos de referencia de justicia están dados por el juicio por jurados bajo el principio de auto legislación[102] actuada.

---

[1] CASAL, MATIAS E., y otros s/ robo simple en grado de tentativa –causa N° 1681-CSJN-20/09/2005, Fundamentalmente, considerando 23 y 24 del voto concurrente de los Dres. Petracchi, Maqueda, Zaffaroni, Lorenzetti.

[2] Del fallo CASAL, cit. Considerando 35, tercer párrafo. Énfasis agregado.

[3] Cfr. FERRANTE, MARCELO, *La garantía de impugnación de la sentencia penal condenatoria*, en “Límites del recurso de casación según la gravedad de la sentencia penal condenatoria”, Bs. As., Ad-Hoc, 1995, citando a CARNELUTTI, FRANCESCO, *Derecho procesal civil y penal*, traducción de SANTIAGO SENTÍS MELENDO, Bs. As., Ejea, 1971, t. I, Derecho y proceso, ps. 275 ss.

[4] Sentencia No. 2312-95 de 9-V-95 a partir de la cual la Corte Interamericana de DH afirma dogmáticamente su derecho de interpretación auténtica del precedente, que asume “*el mismo valor de la norma interpretada*”. Se trata de la afirmación de **A**) un derecho de nacimiento (birthright) global para la persona y de **B**) una competencia para CIDH con base en el art. 64 de la CADH [1. Los Estados miembros de la Organización [podrán consultar a la Corte](#) acerca de la **interpretación** de esta [Convención](#) o de otros tratados concernientes a la protección de los

derechos humanos en los Estados americanos...] “Para los fines de esta Opinión la Corte debe determinar si este Tratado *conciérne* a la protección de los derechos humanos en los 33 Estados americanos que son Partes en él, es decir, si atañe, afecta o interesa a esta materia. Al realizar este estudio, el Tribunal reitera que la interpretación de toda norma debe hacerse de buena fe, conforme al sentido corriente que ha de atribuirse a los términos empleados por el tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin (artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados) y que dicha interpretación puede involucrar el examen del tratado considerado en su conjunto, si es necesario”. CorteIDH, Opinión Consultiva No. 16, de fecha 1-10-99 (OC-16/99), Serie A: Fallos y Opiniones.

[5] Casos STJ, MONTENEGRO, A. N° 285, del 19/09/2000; QUIROGA, A. N° 328, 24/08/01, DA PUEITO DE PALO, S. N° 53, 14/06/04.

[6] Corte Interamericana de Derechos Humanos, causa Herrera Ulloa vs. Costa Rica, 2 de Julio de 2004, que exige un control "que efectivamente permita al superior entrar en el fondo de la controversia, examinar los hechos aducidos, las defensas propuestas, las pruebas recibidas, la valoración de éstas, las normas invocadas y la aplicación de ellas, inclusive en aspectos tales como la individualización de la pena o medida (que abarca la sustitución pertinente), como resulte justo en consideración de la gravedad del hecho, el bien jurídico afectado, la culpabilidad del agente y los otros datos que concurren al ejercicio de la individualización".

[7] Cámara Nacional de Casación Penal sala 4ª del 15 de octubre de 2004 LÓPEZ, Fernando Daniel s/recurso de queja, en la al mes siguiente de Herrera Ulloa vs. Costa Rica, este tribunal casatorio afirma que “lejos de constituir un criterio dogmático de delimitación, la tradicional separación entre cuestiones de hecho y de derecho importa el retraimiento continuo de la garantía invocada, pues no sólo ignora -como ha sido señalado en el voto de los jueces Petracchi y Fayt en Fallos 321:494- que "en la mayor parte de los casos, la propia descripción de los presupuestos fácticos del fallo está condicionada ya por el juicio normativo que se postula (conf. Luigi Ferrajoli, "Derecho y Razón", trad. de P. Andrés Ibañez y otros, Madrid, 1995, págs. 54 y sgtes.)", sino también "la extrema dificultad que, como regla, ofrece esa distinción" (conf., en general, Piero Calamandrei, "La Casación Civil", trad. de S. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1945, t. II, págs. 294 y sgtes.).

[8] Cf. VIVAS USSHER, G., *Manual de Derecho Procesal Penal*, T° 2, Alveroni, Córdoba, 1999, p. 409 y ss.

[9] Esto exige además, tener especial cuidado en explicitar en la motivación las reglas de *sentido común* que llevan a *cada uno* de los jurados, en lo personal, a la convicción decisoria, ya que las razones de cada uno pueden presentarse divergentes. Es decir que el fallo fundado del jurado cordobés no debe ser la expresión de los fundamentos del letrado que lo redacta, sino la de la totalidad de los argumentos explicitados durante la deliberación para lograr el consenso requerido por ley para que haya mayoría tanto en la *decisión* como en la *fundamentación*.

[10] Debe votar la cuestión planteada “*cualquiera que fuere el sentido de sus votos anteriores*” (CPP, 406, 3º Párrafo, en función de art. 52 Ley 9182) y sobre la pena al “*emitirse más de dos opiniones, se aplicará el término medio*”, CPP, 406 *in fine*).

[\*] Vocal del voto de la mayoría.

[11]

[\*] Vota en caso de empate (art. 29, ley 9182); y en el caso graficado no redacta el voto de la minoría por haber otro vocal en el grupo de la minoría (art. 44, ley 9182).

[10] Según art. 54 de la Carta del Ciudadano (Ley Provincial 8835, según 9199) dando competencia material al Fuero Penal Económico (ley 8180 según 9122, 9181, 9199) mediante Juicio por Jurados (art. 2, Ley, 9182).

[11] Del voto de la mayoría en "Luna, Víctor Fernando psa. de Homicidio agravado por uso de arma de fuego, cometido con alevosía"; Cámara Criminal y Correccional, San Francisco Sentencia N°: 106; 06/09/2005

[12] Es decir, se pronunciará tanto sobre aquellas circunstancias que diriman el derecho de fondo a aplicar cuanto las que sean relevantes en relación al derecho adjetivo o procedimental.

[13] VIDAL ALBARRACÍN, HÉCTOR G., “La garantía del debido proceso legal y la condena de otro delito no contenido en la acusación”, LA LEY 1989-B, 38, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala I (CNCrimyCorrec)(SalaI) ~ 1987/03/23 ~ Andrada, Julio C., “Con respecto al tema en tratamiento, cabe resaltar la necesidad de que el proceso tenga por base una imputación concreta, que en el juicio plenario debe estar contenida en una acusación formal y la necesidad de su correlación con la sentencia. Se advierte así, que la acusación es la plataforma en la que se apoyan las bases del proceso.”

[14] D'ALBORA, FRANCISCO J., “¿Dónde ubicar la acusación penal?”, LA LEY 2002-F, 49, [Corte Suprema de Justicia de la Nación \(CS\) ~ 2002/08/15 ~ Marcilese, Pedro J. y otro](#), “Cuando se formula requerimiento de elevación a juicio se establece el ámbito objetivo y subjetivo de la futura sentencia. Y lo que es más importante aún, deben exponerse los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la pretensión.”

[15] CPP Cba. Art. 408 inc. 3

[16] CPP, Guatemala, art. 420 inc. 6.

[17] Art. 406 CPP en función del art. 44 de la ley 9182.

[18] Un claro ejemplo de *circunstancias jurídicamente relevantes* sobre las que el jurado ha tenido que pronunciarse es el relativo a la relación causal que, según la acusación, mantenía el hecho tentativo de robo con el hecho que dio muerte a la víctima en el primer caso resuelto por jurados en la capital provincial. De esta manera, se puso en conocimiento al jurado respecto a la necesidad de determinar la existencia de esa relación causa efecto, manifestando el titular de la pretensión punitiva sus argumentos y presentado sus pruebas y explicitando, la defensa, la antítesis correspondiente. Siguiendo el orden de ideas que proponemos, el jurado definiría la situación pronunciándose respecto a la existencia o no de esa pretendida relación causal. Sea cual sea la solución, deberán los letrados que califiquen el hecho, atenerse a esa decisión y calificarlo en consecuencia (en el caso, si se tenía por verificada la causalidad pretendida por el órgano acusador, la calificación hubiere sido *homicidio criminis causa*; caso contrario –tal cual sucedió- cada hecho configura un delito independiente).

[19] MOURADIAN, ALICIA V., “Alcances de la congruencia necesaria entre acusación y sentencia”, LA LEY 1991-E, 627, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala I (CNCrimyCorrec)(SalaI) ~ 1990/11/23 ~ Servidio, Vicente M., Como acertadamente se menciona en el pronunciamiento, no cabe confundir el aspecto fáctico con el jurídico penal; es decir, la situación de hecho que el actor penal pone en tela de juicio cuando se la atribuye al imputado, con la valoración del derecho sustantivo. El primer aspecto es inmutable, pues la sentencia indefectiblemente debe abrazar los hechos que fueron motivo de acusación y defensa. En cambio, en el segundo la libertad es absoluta, pues es el juez quien en definitiva selecciona el tipo penal en el que, a su criterio, encuadra la conducta generadora del proceso, pudiendo dicha calificación ser distinta a la postulada por el acusador y sobre la cual se ejerció la defensa.

[20] Dice MOURADIAN, ALICIA V, en el artículo citado que “lo expuesto precedentemente nos lleva a afirmar que la sentencia debe basarse en los actos del debate que directa o indirectamente se conecten con el ámbito fáctico de la acusación, puesto que la correlación que necesariamente impone entre ambos el principio de congruencia prohíbe al juez condenar al acusado por un hecho distinto del que describió el actor penal, siendo esa prohibición de carácter absoluto.” “Sin embargo, de dicha exigencia queda excluido el aspecto jurídico que la acusación debe contener desde que, como veremos, la correlación aludida no alcanza a la definición o calificación legal del hecho imputado.”

[21] Lo cual no implica decir que el jurado deba pronunciarse sobre la totalidad de las circunstancias que en la tésis y antítesis se alegan sino, más bien, que solo podrá el jurado sintetizar aquellas sin extralimitarse respecto a lo alegado por los iguales en debate. Como ya hemos dicho, las circunstancias jurídicas que hacen a la exigencia de la 9.182 son las determinantes en lo relativo a ésta sintensis.

[22] Del latín, *Vere* (verdad) *dictus* (dicho -por dictado-); Cf. Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 21ª ed., Espasa-Calpe, Madrid, 1992, P. 1475.

[23] Ver entre otros, GUILLERMO LARIGUET “*El debate sobre el juicio por Jurados en el Fuero Penal de Córdoba y el problema de la fundamentación lógica y legal de las sentencias*”, Pensamiento Penal y Criminológico, revista de derecho penal integrado – Año V – nº 9 – 2004; pag. 127 y ss. RAUL ALEJANDRO GUALDA “*Juicio por Jurados. Fundamentación y motivación de la sentencia*”, Pensamiento Penal y Criminológico, revista de derecho penal integrado – Año V – nº 9 – 2004; pag. 12103 y ss.

[24] Art. 44.- Votación y Fundamentación (partes pertinentes)... “Si mediara discrepancia entre los dos jueces y los jurados, y estos formaran mayoría, la fundamentación lógica y legal de la decisión mayoritaria correrá por cuenta del Presidente de la Cámara, excepto que uno de los jueces técnicos haya concurrido a formar mayoría, en cuyo caso la fundamentación será elaborada por este.

Si la decisión mayoritaria de los jurados no fuera unánime, los jurados que hayan emitido su voto en sentido contrario a la mayoría podrán adherir al voto de alguno de los jueces que concurrieron a formar la minoría.



El igual sentido el Presidente de la Cámara deberá motivar la decisión minoritaria de los jurados cuando ninguno de los dos jueces hubiera botado en el mismo sentido que aquellos. Ley 9.182.

[25] Art. 45.- Requisitos. La sentencia que se dicte deberá observar los requisitos exigidos por la ley procesal penal. Ley 9.182.

[26] Cf. MAIER, JULIO B.J., *DPPa*, 2da Ed., T° 1 Fundamentos, Editorial del Puerto, Bs.As., 1996, p.149, ZAFFARONI E. Y AAVV., *EL PROCESO PENAL – Sistema Penal y Derechos Humanos*, México, 2000, p. 3 y ss.

[27] Art. 44 Votación y Fundamentación (parte pertinente). “Los jurados y los dos jueces integrantes del Tribunal, con excepcion del Presidente, votaran sobre las cuestiones comprendidas en los Incisos 2º) y 3º) del art. 41 y sobre la culpabilidad o inocencia del acusado.” Ley 9.182.

[28] La plataforma fáctica del caso, queda determinada por: “la existencia del hecho delictuoso, con discriminación de las circunstancias jurídicamente relevantes” (art. 41, inc. 2); “la participación del imputado” (art. 41, inc. 3). Ley 9.182.

[29] Ver punto 2.2.3.

[30] CALAMADREI P., “Proceso y democracia”, Ejea, Bs. As, 1960, p. 115.

[31] Lo que la doctrina ha dado en llamar función extraprocesal de la motivación.

[32] En este sentido, CAFFERATTA NORES, dice: “...reglas (de la sana critica racional) a cuyo respeto las leyes procesales subordinan la validez de cualquier conclusión fáctica a que arriben los jueces en sus fallos (y la sinceridad del testigo es una conclusión fáctica).”; en “*La cuestión de la sinceridad intrínseca del testimonio (¿“Divina chispa” del juez... o “test de al verdad”...?). A propósito del fallo “Leiva Fernández H.”*”, si bien el comentario esta circunscripto a la prueba testimonial (paradigma del juicio oral), la conclusión es validamente extensible a toda la actividad probatoria.

[33] PERFECTO ANDRES IBÁÑEZ “*Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal*”, Doxa-12 (1992), p. 43, con cita de J.B.J MAIER.

[34] MICHELE TARUFFO, “*Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba*”, Discusiones, Doxa (2003), p. 92.

[35] La CSJN en “CASAL” hace notar esta tendencia desproporcionada de ensalzamiento de las virtudes de la inmediación en estos términos: “25) *se plantea como objeción que esta revisión es incompatible con el juicio oral, por parte del sector doctrinario que magnifica lo que es puro producto de la inmediación...*”. Por su parte CAFFERATTA NORES en “*La cuestión de la sinceridad intrínseca del testimonio (¿“Divina chispa” del juez... o “test de al verdad”...?). A propósito del fallo “Leiva Fernández H.”*”, se refiere a ello con términos como “intuición”, “experiencia”, “impresión” (entre otras no razones); y en nota al pie nº 10, dice que la inmediación “ha mutado su condición de herramienta para un mejor conocimiento, a la de “mito”...esgrimida como escudo para restringir el control sobre la motivación...respecto a la valoración de la prueba testimonial.”

[36] En igual considerando del fallo citado en nota anterior, la CSJN dice: “La principal cuestión **queda limitada a los testigos**”. A su vez, cfme; COPPOLA PATRICIA “*Evaluación de la reforma Procesal Penal de Córdoba-Argentina-*”, p. 58, CEJAS, Chile. “*Este medio de prueba supone entre un ochenta y noventa por ciento de la actividad probatoria en los juicios penales*”.

[37] Es “...el modo de entender la libre convicción...(y no la libre convicción en si misma)...entendida como vacío de reglas...no racionalizable, ni justificable, ni...susceptible de motivación y...fiscalización por terceros” (PERFECTO ANDERS IBÁÑEZ, en “*Sobre el valor de la inmediación (una aproximación critica), Jueces para la democracia, nº 46*”) lo que es incompatible con nuestro sistema, y no la libre convicción en si misma, que desde un punto de vista lógica no tienen diferencias, cfme. GUILLERMO LARIGUET, ob. cit., pag. 136 a 141. En palabras de TARUFFO, ob. cit., 81/82; “la intima convicción entendida como persuasión subjetiva, intuitiva y fundada en reacciones psicológicas e incluso emotivas del juez”. Por el contrario, -nuestro sistema- la sana critica racional, si bien supone una convicción subjetiva, implica la fundamentación de la decisión en la en ciencias formales y empíricas (lógica, experiencia común); todos criterios verbalizables, y consecuentemente controlables; característica no aplicable a la intuición y emoción de la intima convicción en los términos expuestos.

[38] “...pero solo de carácter instrumental, preordenada a hacer posible a partir del contacto directo, una valoración racional de los actos probatorios, que pueda a su vez ser racionalmente enjuiciada por

terceros...”, PERFECTO ANDRES IBÁÑEZ “*Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal*”, Doxa-12 (1992), p. 47.

[39] IACOVELLO F. M, “La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione”, Milano, Giuffrè, 1997, p. 151; citado por PERFECTO ANDRES IBÁÑEZ, “Sobre el valor de la inmediación, una aproximación crítica”, Jueces para la Democracia, n° 46, año 2003.

[40] PERFECTO ANDRES IBÁÑEZ, “Sobre el valor de la inmediación, una aproximación crítica”, Jueces para la Democracia, n° 46, año 2003, 22 y sts.

[41] Esto supone la diferenciación entre prueba directa e indirecta, que sin embargo ha sido criticada por técnicamente incorrecta, por ejemplo, “*la contraposición entre prueba «directa» y prueba «indirecta» procede de Bentham (...). La distinción es cuestionada por Ferrajoli, a partir del criterio de demarcación, porque «las pruebas recogidas en un proceso no son casi nunca directas sino casi siempre pruebas indirectas». De este modo, «si se excluyen los delitos cometidos durante un juicio, en los que el hecho probatorio y el hecho objeto de prueba son todo uno, las pruebas directas no existen» (...) Hay que decir que, seguramente, las pruebas no serían directas en ese sentido ni siquiera en este último caso; en el que el enjuiciamiento del eventual delito resutaría transferido a otro tribunal, ante el que los magistrados que presenciaron el hecho inculparable tendrían que declarar como testigos*”(PERFECTO ANDRES IBÁÑEZ, “*Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal*”, Doxa-12, 1992, p. 290 nota 118), PERFECTO ANDRES IBÁÑEZ, “Sobre el valor de la inmediación, una aproximación crítica”, Jueces para la Democracia, n° 46, año 2003, pp. 208, con cita de Carnelutti.

[42] PERFECTO ANDRES IBÁÑEZ, “Sobre el valor de la inmediación, una aproximación crítica”, Jueces para la Democracia, n° 46, año 2003, pp. 218 y sts.

[43] IBÁÑEZ, PERFECTO ANDRÉS, “*Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal*”, Doxa-12, 1992, p. 40.

[44] CAFFERATTA NORES, “*La cuestión de la sinceridad intrínseca del testimonio (¿“Divina chispa” del juez... o “test de al verdad”...?). A propósito del fallo “Leiva Fernández H.”*”, p. 2

[45] Ib. Idem nota 42.

[46] FERNANDEZ, GONZALO D., *Culpabilidad y Teoría del Delito*, Vol I, Julio César Faira Editor, Montevideo, 1995, pág. 168, citando a VON LISZT, t. II p. 290.

[47] FERNANDEZ, GONZALO D., ob. Citada, pág. 172.

[48] Entendida como “estado psíquico del autor que le garantiza la posibilidad de conducirse socialmente; o sea, su facultad de determinarse, de modo general, por las normas de conducta social” (FERNANDEZ, GONZALO D., citando a VON LISZT, ob. Citada pág. 174)

[49] FRÍAS CABALLERO, JORGE C, “Notas sobre la teoría normativa de la culpabilidad”, publicado en PAGINAS DE AYER, LA LEY, t. 60, p. 845, Sec. doctrina, año 1950, consultado en [www.laleyonline.com.ar](http://www.laleyonline.com.ar) el día 22 de marzo del año 2006. Quien afirma que “*no basta para que un ser humano sea penalmente culpable con investigar si ha realizado su acción con los elementos psicológicos que constituyen el contenido del dolo o de la culpa; es necesario que sobre esos elementos psicológicos y sobre otros que ya veremos, el juez realice un juicio de valor. Este juicio de valor consiste, en esencia, en lo siguiente: una acción antijurídica es reprochable, es decir culpable, cuando el autor imputable -o sea con capacidad biopsicológica de comprender la criminalidad del acto y de dirigir sus acciones- ha obrado con dolo o por culpa y además -obsérvese esto cuidadosamente- el derecho podía exigirle otra conducta conforme al derecho y por tanto distinta de la realizada*”

[50] “*Ésta pierde su naturaleza meramente descriptiva, pasa a convertirse en una valoración; más propiamente, en un juicio de valor que recae sobre la reprochabilidad de la conducta realizada, y no sobre la simple «pertenencia psicológica» del hecho*” (FERNANDEZ, GONZALO D., ob. Citada, pág. 197-198 citando a Gómez Benítez, *Teoría jurídica del delito*, p. 442)

[51] ib. Idem, pág. 279.

[52] Ib. Idem, pág. 289.

[53] Ib. Idem, pp. 290- 297.

[54] NÚÑEZ, RICARDO, Tratado, t. II, p. 21.

[55] Ib. Idem, p. 22.

[56] ZAFFARONI, EUGENIO R., ALEJANDRO SLOKAR, ALEJANDRO ALAGIA, *Derecho Penal Parte General*, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y financiera, Buenos Aires, 2002, p. 650, citando a Baumann- Weber- Mitsch, p. 387.

[57] Ib idem, p. 653.

[58] Ib. Idem, p. 654.

[59] “La criminalización primaria es la que hace el legislador, la programación abstracta de una criminalización secundaria, que es la que llevan a cabo las agencias específicas de criminalización, es decir la policial, la judicial y la penitenciaria. Esta criminalización secundaria necesaria y estructuralmente es selectiva porque el programa de criminalización primaria es tan amplio, tan inmenso que no hay forma de llevarlo a cabo. Pero como las burocracias nunca se suicidan, hacen lo que pueden, y lo que pueden es poco y es lo más fácil, que es lo que lleva a la selectividad, que no es que esté impuesta por alguien, que la maneje desde una cabina, es un fenómeno estructural”, nos dice el propio ZAFFARONI entrevistado por el diariojudicial.com. Entrevista disponible en la web en <http://www.abogarte.com.ar/estupidoconpoder.html>.

[60] Ib. Idem, p. 654.

[61] Ib. Idem, p. 654

[62] Así dice ZAFFARONI en la obra citada, “*la culpabilidad es –de este modo- el tercer momento dialéctico de la teoría del delito, en que opera la tensión entre el estado de policía y el estado de derecho (...) en la culpabilidad, el primero trata de hacer valer la razón de estado o bien apelar a los elementos formales de la ética prescindiendo del dato de la selectividad del poder punitivo, en tanto que el segundo acepta el planteo de la ética formal, pero le opone la relevancia reductora del dato de selectividad.*” “*En síntesis, puede concluirse más detalladamente, que la culpabilidad es el juicio necesario para vincular en forma personalizada el injusto a su autor y, en su caso, operar como principal indicador del máximo de la magnitud de poder punitivo que puede ejercerse sobre éste. Este juicio resulta de la síntesis de un juicio de reproche basado en el ámbito de autodeterminación de la persona en el momento del hecho (formulado conforme a elementos formales proporcionados por la ética tradicional) con el juicio de reproche por el esfuerzo del agente para alcanzar la situación de vulnerabilidad en que el sistema penal ha concretado su peligrosidad, descontando del mismo el correspondiente a su mero estado de vulnerabilidad.*” (ZAFFARONI, ob. Citada. P 656)

[63] Ib. Idem, p. 673- 674.

[64] Ib. Idem, p. 675

[65] Ib. Idem, p. 677

[66] Ib. Idem, p. 678

[67] Ib. Idem, p. 681. “*Cuanto mayor sea el esfuerzo que la comprensión le demande, menor será la reprochabilidad del injusto (menor culpabilidad), y viceversa, estableciéndose de este modo una relación inversa entre el esfuerzo que el sujeto deba realizar para comprender la antijuricidad de su conducta y la exigibilidad jurídica de la comprensión (a mayor esfuerzo menor culpabilidad)*”

[68] Ib. Idem, p. 682

[69] LEISTUNGSFÄHIGKEIT.

[70] CSJN, “CASAL”, consid. “24) *Que formulada esta teoría –del máximo rendimiento-, se impone preguntar qué es lo no revisable...*”

[71] CSJN, “CASAL”, consid. 24).

[72] CSJN, “CASAL”, consid. 25)

[73] PEREZ BARBERA G. Y BOUVIER H. “*Casación, Lógica y valoración de la prueba. Un análisis de la argumentación sobre hechos en las sentencias de los tribunales casatorios*”. Pensamiento Penal y Criminológico. Revista de derecho penal integrado – Año V nº 9 – 2004.

[74] Ib. Idem., p. 188.: “*cuando es o puede ser reconstruido como una conclusión basada en premisas*”.

[75] Ib. Idem., p. 188.: “*cuando su apoyo no esta basado o justificado en premisas sino en hecho externos.*”

[76] Ib. Idem., p. 190.

[77] CSJN “CASAL”, párrafo. 24)

[78] “...no sería admisible, por ejemplo que el tribunal se basase en una mejor o peor impresión que le cause un testigo por mero prejuicio discriminatorio respecto de su condición social, de su vestimenta, etc.” Casal, párrafo. 25)

[79] CSJN en “Casal”, consid. 25)

[80] Idem nota 80.

[81] Estas solo serían controlables por métodos que permitieran revivir la percepción, tales como la filmación de las audiencias. De este modo se alcanza una similar posición epistémica, aunque mediatizada.

[82] CAFFERATA NORES-TARDITI, “*Código Proc. Penal de Cba. Comentado*”, t. 2: p. 431, lo nomina como supuestos de “ausencia total de fundamentos”, a través de alguno de sus supuestos: “ausencia de descripción o de valoración de la prueba, fundamentación aparente, global, falsa o arbitraria, con remisión ampliatoria en el comentario al art. 413 CPP. Y propone como solución para esos casos la redargución de falsedad de la sentencia a través del mismo recurso casatorio.

[83] Ib. Idem., nota al pie n° 296.

[84] Ib. Idem., p. 432 y 441.

[85] Cf. VIVAS USSHER, G. ob. cit., T° 2, p. 76 y ss. en el sentido de que tradicionalmente se ha sostenido que el estado de convicción y su fundamentación consecuente debe obtenerse respetando los principios de la recta razón, es decir, las normas de la lógica, de la psicología y de la experiencia común. Tres conjuntos de reglas que pueden sintetizarse en dos: las pertenecientes a las ciencias formales (lógica) y a las ciencias empíricas, en el sentido asignado por ALCHOURRÓN, CARLOS E. y BULYGIN, EUGENIO, *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, 3ª reimpresión de la 1ª edición de 1975, ASTREA, Bs. As., 1998, p. 21. El sentido de las ciencias reconstructivas, como la historia, es el que CASAL impone a todas las salas de Casación del país “*como requisito de racionalidad de la sentencia, para que esta se halle fundada, que sea reconocible el razonamiento del juez, Por ello se impone que proceda conforme a las reglas de la sana crítica, que no es más que un método racional en la reconstrucción de un hecho pasado*” [...] “*Que aunque a esta tarea nos e la desarrolle siguiendo expresamente cada paso metodológico, el método para la reconstrucción de un hecho pasado no puede ser otro que el que emplea la ciencia que se especializa en esa materia, o sea, la historia* [...]”. Énfasis agregado.

[86] CSJN, “CASAL”, consid. 25)

[87] Nos referimos a la inductiva, que es la que guía –sin perjuicio que de deben cumplirse los principios de lógica deductiva: identidad, no contradicción y tercero excluido- la reconstrucción conceptual de la plataforma fáctica a través de la valoración de la prueba.

[88] LARIGUET, ob. cit., pag. 139.

[89] Aunque en lo siguiente se resaltara su aspecto problemático. Ver punto 2.b.2.i

[90] “Constituida por conocimientos vulgares indiscutibles por su raíz científica”, CAFFERATA NORES, JOSE, “*La prueba en el proceso penal*”, 4 ed. Bs. As, 2001

[91] art. 8.2 h CAHD, 14.5 PIDCP

[92] “TREJO, CARLOS ALEJANDRO Y OTRO pp .ss. aa. de amenazas calificadas, homicidio calificado, etc. (expte. n° 120.846, año 2005), Sentencia N° 7, 20/03/2006.

[93] “**A LA PRIMERA Y SEGUNDA CUESTION PLANTEADA:** El Señor Vocal, Doctor Jorge Luis Fantin y los Jurados Populares, Señores Víctor Carlos Basualdo, Pilar Lidia Acevedo, María José Conti, Daniel Jorge Gómez, Julián Héctor Montañes, María Irene Quevedo, Julio Alfredo Zarate y Gisela Verónica Zavala, dijeron que adhieren al voto emitido por el Señor Vocal preopinante.”

[94] El concepto de simetría contiene necesariamente al concepto de bilateralidad, pero no a la inversa.

[95] Sobre la extensión de los conceptos Derecho Procesal (Penal), procedimiento y trámite, ver VIVAS USSHER, G., en el sentido que: el “derecho procesal penal” es una disciplina con objeto de estudio preponderantemente normativo (de carácter deóntico, o mundo del deber ser), en tanto que el

“procedimiento penal” tiene como objeto preponderante de estudio, la actividad o tarea que efectivamente se verifica en la praxis judicial (de carácter óntico, mundo del ser) [...] Por debajo de estas categorías se encuentra el “trámite procesal”, que sólo refleja el flujo de pasos, operaciones o transacciones procesales que determinan el desarrollo (comienzo, avance y fin) de la causa penal genéricamente considerada.

[96] Sentencia n° 112 del 13/10/05.

[97] [...] V.-) Que atento todo lo expuesto y por mandato Superior (Sentencia n°112 del 13/10/05 –fs. 358/371- y Auto n° 366 del 31/10/05 –fs.387/389-), es que corresponde ahora el Tribunal dicte este nuevo pronunciamiento en lo atinente a la cuestión penal, adecuado a las pautas ordenadas por el Superior, dejando obviamente a salvo mi criterio asentado en la Sentencia parcialmente casada, toda vez que no se comparten los fundamentos dados por el Alto Cuerpo, pero que por una cuestión de subordinación legal a lo ordenado por el más Alto Tribunal de la Provincia, deben prevalecer. Habrá que resolver entonces las CUESTIONES planteadas oportunamente. En cuanto a la PRIMERA CUESTION PLANTEADA, DIGO: Que conforme lo resuelto por el Excmo. Tribunal Superior de Justicia, es que debo tener por acreditado en grado de certeza, de acuerdo a lo ordenado y las pautas indicadas, tanto la materialidad del suceso contenido en la pieza acusatoria del presente juicio, como la participación culpable del acusado Amadeo Raúl Brizuela en el mismo. Esto es así por cuanto...

[98] ZAFFARONI, R.E.; El Proceso Penal - Sistema Penal y Derechos Humanos, ILANUD, Editorial Porrúa, México, 2000, p. 5 y ss.

[99] “Gueker, Irwin s/ Recurso de casación interpuesto por Agente Fiscal“ y “Gueker, Irwin s/ recurso de casación interpuesto por particular damnificado“ – TRIBUNAL DE CASACION PENAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES – SALA I – 07/03/2006 - “La reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en el caso “Casal” (C. 1757. XL. Casal, Matías Eugenio y otro s/robo simple en grado de tentativa –causa N° 1681-) permite ir, más allá del examen de razonabilidad y, por ende, referido a la existencia de absurdo descalificante del pronunciamiento, a la metodología utilizada para examinar la prueba. Digo esto a manera de cartabón propedéutico, toda vez que el decisorio es razonado y meticoloso, examinando las evidencias rendidas en debate y aquellas que, agregadas con anterioridad, fueron objeto de ampliación y explicaciones durante el desarrollo de la confrontación dialéctica que aquella audiencia presupone; o sea, en definitiva, no ofreciendo mayor flanco en el sistema casatorio; excepto, claro está, en el marco de una casación impura que ahora, la decisión del más alto Tribunal del país contribuye a afianzar como segunda instancia “cuasi-material”.”

[100] Así, en Casal ha dicho la Dra. Highton de Nolasco en su voto “que de tales antecedentes resulta inequívocamente la obligación del Estado nacional argentino de reformar su legislación procesal penal de modo de sustituir el recurso de casación -como ha quedado dicho, de carácter extraordinario y limitado- por un recurso ordinario que permita al tribunal superior un examen integral de la decisión recurrible a través del amplio conocimiento de la causa, y cuyo único límite estaría dado por aquello que surja de manera directa y excluyente de la intermediación, y de cuyos pormenores no existiera constancia actuada. En tanto dicha adecuación no se produzca, corresponde a esta Corte -en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, y en su carácter de órgano esencial del gobierno federal- adoptar las medidas de carácter no legislativo tendientes a asegurar la aplicación de la Convención. A tal efecto, ha de interpretarse el recurso de casación penal con la mayor amplitud que el régimen procesal vigente permite, esto es, permitiendo la revisión integral de la sentencia recurrida con la sola excepción de la prueba recibida oralmente y no registrada, dada la imposibilidad fáctica de hacerlo en ese caso.” (Cons. 10)

[101] MORELLO, AUGUSTO M., “Recurso de Casación o recurso de apelación”, Comentario a fallo [Cámara Nacional de Casación Penal, sala IV \(CNCasacionPenal\)\(SalaIV\) ~ 2004/10/15 ~ López, Fernando D.](#), LA LEY 2005-C, 122. Dice allí el autor que “emerge la encrucijada: acceder a un control pleno y no desnaturalizar a la casación. Lo primero es insoslayable porque cuenta con el aval de los Tratados; también lo segundo, porque su encaje científico la diseñó como es y no como apelación. Si la casación ingresa lanza en ristre, sin restringirse como regla a las normas y principios jurídicos, fabricamos otra realidad institucional que no se registra como casación porque no lo es, al ser equivalente y singular apelación.” (...) “En nuestra opinión no se trata de que los compromisos internacionales asumidos por la Nación impiden que mediante formulaciones teóricas se niegue el tratamiento del máximo planteo del recurrente, porque la misión que le compete a la Cámara de Casación es la garantizar la efectiva vigencia de un doble juicio concordante en caso de condena. Eso lo debe hacer y es de alabar, pero sin desfigurar al recurso de casación. Lo que corresponde es modificar el Código Procesal Penal de la Nación para hacer congruente los postulados actuales de la garantía por el carril técnico que corresponda sin transmutar el perfil que tiene acuñada la casación.”

[102] Crea la ley quien está –imputativamente- llamado por ella a obedecerla voluntariamente y coactivamente por sus pares a hacerla cumplir, precondition política ya apuntada por KANT y ROUSSEAU como *autolegislación* democrática en HABERMAS, J., *Facticidad y Validez*, Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso, TROTTA, Madrid, 1998, pp. 621, 623 y 624.