

Los déficits técnicos en las instrucciones como excepción a la regla de la deferencia del jurado popular

Pablo Gabriel Fossaroli¹

SUMARIO: I.- Marco introductorio; II- La teoría del delito y el estrato de la culpabilidad; III- ¿Cómo se estructura el veredicto del jurado popular?; IV- La incidencia de las instrucciones finales en el veredicto; V- Conclusiones; VI- Bibliografía.

RESUMEN: En este artículo se abordará la importancia de una correcta litigación y formulación de las instrucciones finales sobre aspectos jurídico-penales. En particular, se tomará como ejemplo la correcta explicación del estrato de la culpabilidad y su incidencia en la emisión del veredicto por parte del jurado popular. No obstante ello, el método de análisis utilizado puede ser empleado en cualquier instituto de la dogmática penal que tenga incidencia en la determinación de la responsabilidad del acusado. Como conclusión, se demostrará que si bien aquellas pueden conformar instrumentos de cavilaciones sobre cómo conocer, valorar y decidir sobre cada estrato de la categoría analítica del delito y de los delitos en particular, la decisión final quedará aferrada a la sana administración de justicia de sus miembros aunque siempre sujeta al debido control y revisión en la

¹ Abogado. Especialista en Derecho Penal en la Universidad de Mendoza. Maestrando en Derecho Penal en la Universidad Nacional de Cuyo. Diplomado en Litigación Oral de la Universidad del Aconcagua. Diplomado en Derecho Penal Económico de la Universidad M. Champagnat. Diplomado en Cibercrimen y evidencia digital de la Universidad M. Champagnat. Auxiliar escribiente en la Unidad Fiscal de Homicidios y Violencia Institucional del Ministerio Público Fiscal de Mendoza. E-mail personal: pablofossaroli@gmail.com

instancia superior mediante el test de la plausibilidad aplicando el cartabón que emerge del debido respeto a la regla de la deferencia.²

ABSTRACT: In this paper will be addressed the importance of a correct litigation and formulation of the final instructions on legal-criminal aspects. In particular, the correct explanation of the layer of mens rea and its incidence in the issuance of the verdict by the popular jury will be taken as an example. Notwithstanding this, the method of analysis used can be used in any institution of criminal dogma that has an impact on determining the responsibility of the accused. As a conclusion, it will be shown that although those can form instruments of reflection on how to know, assess and decide on each stratum of the analytical category of crime and crimes in particular, the final decision will remain attached to the healthy administration of justice of its members, although always subject to due control and review in the superior instance through the plausibility test applying the bevel that arises from due respect for the rule of deference.

PALABRAS CLAVE: Derecho Penal – Derecho Procesal Penal – Culpabilidad – Juicio por jurado – Instrucciones – Déficit Técnicos

KEYWORDS: Criminal Law - Criminal Procedural Law – Mens rea – Jury Trial – Instructions - Technical Deficits

I.- Marco introductorio

En 1909 el escritor Gilbert K. Chesterton reconocía en su ensayo “Doce Hombres” que si el mundo fuese mínimamente razonable la mayor parte de nuestra actividad política debería realizarse por expertos, evocando a varios juristas de la época que pensaban que el jurado (lego) debía ser suplantado por un juez profesional. No obstante ello, el destacado novelista decía que *“sería totalmente irrefutable si de verdad fuera cierto que un hombre que día a día estudia algo y lo practica, entiende el significado y la importancia de ese algo cada vez mejor. Pero no lo hace. Cada vez capta y ve menos de su sentido e importancia”*³, entendiendo que el jurista posee un sentido menos humano que quien integra un jurado popular. Este es parte de alguno de los señalamientos que se erigen como ventajas asignadas a este tipo de procedimiento, lo que no obsta a que en la actualidad permanezca una cierta

² Title: Instructional deficits as an exception to the Jury deference rule.

³ CHESTERTON, “Doce Hombres” (1909), disponible en <http://www.juicioporjurados.org/2022/01/chesterton-y-su-elegia-al-juicio-por.html>

cautela o recelo a la hora de otorgarle a doce conciudadanos el ejercicio de un poder estatal y por tal razón, se le señala el camino dentro del cual debe discurrir su decisión.

Ciertamente aquellas críticas provenientes de los jurisconsultos de la época, que desconfiaban del compromiso republicano y democrático depositado en doce personas a la hora de juzgar a un par, contribuyó a que se demorara la implementación del juicio por jurados en la República Argentina, dado que recién se puso en marcha a comienzos del siglo XXI (sólo en algunas provincias)⁴. Sin embargo, el principal embate jurídico en contra de su aplicación tenía su fuente en el art. 5 de la Constitución Nacional (en adelante CN) el cual reza que: “*Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia...*”, y de allí se extraía que su elección era una potestad netamente procesal y en consecuencia, las provincias eran soberanas para ponerlo en marcha. Hasta la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN) rechazó la aplicación del juicio por jurados bajo la premisa de que las cláusulas constitucionales aplicables eran «programáticas», «discrecionales» y «carecían de plazo para su cumplimiento»⁵, transformando en letra muerta o como mera expresión de deseo el texto fundacional de nuestro ordenamiento jurídico, lo que constituye un craso error, aún para la época. Empero, la propia Corte Federal en posteriores fallos sentaría la doctrina jurisprudencial según la cual “*la propia Constitución no puede interpretarse en forma contradictoria, o sea, que el principio republicano de gobierno impide entender un dispositivo constitucional como cancelatorio de otro*”⁶, abandonado tales criterios periclitados.

Incluso algunos autores llegaron a propugnar, como fundamento para su no implementación, el instituto del desuetudo, entendido como la abrogación de la ley por el paso del tiempo o como la aplicación de la costumbre *contra constitutionem* frente al ocaso de su eficacia normativa, lo que a nivel constitucional resulta un

⁴ Si bien en el año 1871 se sancionó la ley 483 mediante la cual se comenzó a elaborar un proyecto de ley de organización del jurado y de enjuiciamiento en las causas criminales ordinarias de jurisdicción federal, el Congreso de la Nación nunca los aprobó, como tampoco lograron ver la luz diversos proyectos como el del Dr. José Domínguez, revisado por los Dres. Onésimo Leguizamón, Filemón Posse y Julio E. Barra. Citado en ROSATTI, “*Tratado de Derecho Constitucional*”, 2^o ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni (2017), pág. 468

⁵ MAIER, “*Derecho Procesal Penal, T. I Fundamentos*” 2^o de. 4^o reimp., Buenos Aires: Editores del Puerto (2012), pág. 778.

⁶ CSJN, Fallo (328:3399) 20/09/2005, considerando 24.

dislate jurídico, ya que no puede quedar a merced de aquellos poderes constituidos para cumplir con el mismo texto constitucional la vigencia y aplicación del mismo.

Entre otros argumentos, algunos escribas del derecho, recurriendo a variopintos argumentos antijuradistas y haciendo culto a la soberbia y al autoritarismo, alegaban que la participación ciudadana padecía de *incultura*⁷ y ello era motivo para mantener aquella larga tradición inquisitiva, tributaria del derecho español antiguo.

Más allá de las discusiones doctrinarias y los dilemas jurídicos generados al respecto, el juicio por jurado está previsto en el seno de la CN, como se puede advertir al pasar revista por sus art. 24, 75, inc. 12° y 118, cuyo articulado se mantiene incólume hasta la fecha⁸, habiendo sido sancionada en el año 1853. Actualmente algunas provincias han implementado en sus legislaciones el procedimiento de juicio por jurados⁹, dando cumplimiento a la manda constitucional.

En palabras del Dr. Horacio Rosatti, tal instituto procesal se encuentra concebido como un modelo institucional de intervención en la cosa pública y en particular en la administración de justicia¹⁰ más no como un derecho individual del acusado. En este sentido, este modo de impartir justicia no debe ser entendido como axiológicamente neutro sino que expresa y conjuga el derecho de una persona a ser juzgada por sus pares y el derecho del pueblo a juzgar y tornar posible las tareas propias del Estado democrático. Esto no es otra cosa que generar la participación directa de la población en un acto institucional fundamental, tal como lo es el *ius puniendi* estatal.

Esta desconcentración del poder coactivo del Estado genera un afianzamiento en la administración de justicia y prolifera el sentimiento de responsabilidad de la ciudadanía que interviene en actos estatales, lo que puede interpretarse como una válvula de seguridad para prevenir el uso arbitrario del poder.

⁷ MAIER, *op. cit.*, pág. 778.

⁸ Cabe aclarar que inicialmente el enjuiciamiento por jurados se encontraba previsto en los art. 24, 67, inc. 11° y 102 de la CN.

⁹ Sólo las provincias de Córdoba (ley 9182), Buenos Aires (ley 14543), Neuquén (ley 2784), San Juan (ley 1851), Chaco (ley 7661), Mendoza (9106) Río Negro (5020), Entre Ríos (ley 10746), Chubut (ley XV 30), la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (ley 6451) y Catamarca (ley 5719), han implementado el procedimiento de juicios por jurados.

¹⁰ ROSATTI, *op. cit.* Pág. 468

En medio de esta tendencia juradista a nivel nacional, en el año 2018 se sancionó la ley 9106 en la Provincia de Mendoza por medio de la cual se implementó el procedimiento de juicios por jurados populares para aquellos delitos previstos en el artículo 80 del Código Penal de la Nación (en adelante CP), y los que con ellos concurren según las reglas de los artículos 54 y 55 de ese cuerpo sustantivo, siempre que deban ser juzgados simultáneamente. Dicha reforma no fue un hecho aislado sino que se encontraba cohesionada con un conjunto de leyes dictadas con anterioridad en aras de consagrar un sistema acusatorio adversarial¹¹. El 28 de Abril de 2022 se publicó en el Boletín Oficial la ley 9387 por medio de la cual se amplió el catálogo de delitos sometidos a juzgamiento por sus pares. Así, los Juicios por Jurados Populares se realizarán sólo respecto de los delitos previstos en los artículos 80, 124, 165 y 79 en función del artículo 41 bis del Código Penal de la Nación cuando se hubieren consumado y los que con ellos concurren según las reglas de los Artículos 54 y 55 de este Código, siempre que deban ser juzgados simultáneamente con aquellos. La competencia se determinará con la calificación de los hechos con los que se eleva la causa a juicio. De esta forma, se equipara aún más el procedimiento local al del sistema del *common law* que prevé casos de *indictable offences* para su juzgamiento, es decir, los casos de criminalidad más grave como asesinatos, violaciones, entre otros.

La lista de los criminales que fueron sometidos a juzgamiento por sus pares comenzó con el caso “Petean Pcoví”¹² y luego fueron pasando por la palestra los entuertos penales más graves y execrables de los últimos tiempos sucedidos en suelos mendocinos, entre los que se pueden mencionar “el caso de la valija fúnebre”¹³ o el caso “Hisa”¹⁴, entre otros.

¹¹A partir de las últimas reformas legislativas mediante las leyes 8869, 8896, 9040, 9106 y la más reciente 9387 el legislador mendocino ha sabido diferenciar con mayor claridad las funciones requirentes, defensivas y decisorias, extendiendo dicha división a las etapas preliminares y de preparación del juicio, fortaleciendo de esta manera las reglas del proceso y la imparcialidad del juez.

¹²SCJM, “Fiscal c/PETEAN POCOVÍ, Alberto Sebastián p/Homicidio Criminis Causa s/Casación”, 07/02/2020, causa N.º 13-04804137-4/1, disponible en: <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=276>

¹³Se condenó a prisión perpetua a tres sujetos por haber golpeado a un hombre hasta dejarlo inconsciente y luego lo trasladaron hasta un canal colector en una valija y en dicho lugar lo prendieron fuego al joven mientras se encontraba vivo en la maleta. Disponible extractos del juicio en: https://www.youtube.com/watch?v=LY_jzmqYq7w

Sin dudas, el caso “Gil Pereg”, también llamado como “*el caso del hombre gato*” por los medios masivos de comunicaciones fue tan altisonante y escandaloso como la iniquidad y crueldad inherente al hecho sometido a juzgamiento, donde la abyección y el horror registran profundidades difíciles de imaginar antes y de comprender después¹⁵. En síntesis, se acusó a un sujeto por haber asesinado a dos mujeres, a su propia madre por medio de estrangulamiento con un lazo y a su tía, a quien la ultimó mediante disparos con arma de fuego, introduciéndoles a ambas, barras de hierros en la zona de sus genitales y en el recto para luego enterrarlas en su domicilio.

El *leit motiv* utilizado por la defensa del acusado para evitar el veredicto de culpabilidad versó en derredor a que su pupilo procesal no podía comprender la criminalidad de sus actos ni dirigir sus acciones conforme a dicha comprensión, por padecer parafrenia, delirios y licantropía.

Dicha eximente fue contrarrestada por el agente Fiscal y por la querrela a lo largo de todo el proceso aduciendo que el acusado tenía su juicio crítico conservado.

A pesar de la pericia del reconocido psiquiatra Mariano Castex, con dictamen favorable de inimputabilidad del acusado, el jurado realizó una valoración integral de las pruebas rendidas y dio un veredicto de culpabilidad por unanimidad. En otras palabras, y siguiendo la prosopopeya utilizada por el agente fiscal, no se dejaron “engatuzar” por la estratagema defensiva.

Huelga recordar que, al momento de impartir las instrucciones iniciales, la jueza técnica les hizo saber a los miembros del jurado que eran jueces de los hechos y que a usía le correspondía aplicar el derecho¹⁶, lo que de suyo no puede pasar desapercibido para comprender este tipo de veredictos. En referencia a ello el Dr. Francisco J. Pascua explica que “*los hechos no son ajenos al derecho, sino que lo integran*”. Dicho autor aduce que por falta de un estudio sistemático del derecho, o por corresponder a otra materia fundamental del ordenamiento jurídico (derecho civil), algunos abogados y “juristas” no advierten que los hechos son definidos

¹⁴ El jurado popular encontró culpable como instigador del femicidio de su esposa, quien fue asesinada de 55 puñaladas en Tunuyán. También fueron condenadas otras tres personas. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=MWRfxmUtm9g>

¹⁵ Palabras utilizadas por el Dr. Julio César Strassera en los alegatos de cierre en el histórico Juicios a las Juntas Militares en 1985.

¹⁶ Existe un viejo brocardo latino que dice: “*Da mihi factum, dabo tibi ius*”, «dame los hechos, yo te daré el derecho», cuya práctica judicial parece no haber caducado.

como un acontecimiento natural o humano que puede generar consecuencias jurídicas por lo que es falaz y antojadizo inferir llegar a la verdad procesal o forense siguiendo tal premisa¹⁷. Sumado a ello, 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 postula¹⁸.

En tal temperamento, será difícil aceptar que el jurado puede apartarse del dictamen pericial sin comprender su trascendencia a la hora de evaluar el estrato de la culpabilidad, dada la importancia que tiene en la configuración del delito. Estará a cargo de las partes y de la judicatura instruir correctamente a estos para que puedan realizar su función conforme a estándares jurídicos y según su leal saber y entender.

Por tal motivo, las instrucciones deberán explicitar, entre otras cuestiones, el mínimo conocimiento jurídico necesario para decidir un caso, puesto que se edifican como protectoras del debido proceso y del derecho de defensa, al punto tal que integran la sentencia a dictar junto con el registro fílmico y audiovisual de la audiencia.

II.- La teoría del delito y el estrato de la culpabilidad

En actualidad tanto la doctrina [mayoritaria] como la jurisprudencia sigue manteniendo *a grosso modo* el concepto de delito que utilizaba el destacado profesor alemán, Ernst Beling en su libro *Die Lehre vom Verbrechen* en 1906, quien enseñaba que el delito es “*la acción típica antijurídica, culpable, sometida a una adecuada sanción penal y que llena las condiciones objetivas de penalidad*”¹⁹. La teoría del delito ingresó a la academia para lograr una explicación previsible, racional y coherente de la ley penal que otorgue mejores respuestas sistémicas y exentas de arbitrariedades dentro del marco de la administración de justicia. Esta herramienta conceptual está destinada no sólo a los profesionales del derecho sino también a toda la comunidad a quien está destinada la norma primaria. Esta herramienta regida por filtros o categorías analíticas hace que mantengan su vigencia y operatividad los principios sustantivos de culpabilidad, lesividad y legalidad, consagrados en el texto constitucional.

¹⁷ PASCUA, “*Juicio por Jurados Populares*”, 1º Ed., Mendoza: Editorial ASC (2020), págs.311-312.

¹⁸ FERRAJOLI, “*Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*”, trad. de P. Andrés Ibáñez y otros, Madrid: Editorial Trotta, (1995), pág. 54

¹⁹ JIMENEZ DE ASUA, “*La ley ley y el delito*”, 3º ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot (1997), pág. 206

Este instrumento explicado de forma precisa y entendible al momento de impartir las instrucciones finales al jurado popular coadyuvará a evitar un veredicto absurdo como obra de un conjunto heterogéneo, es decir, conformado por doce personas de distintas edades, sexos, clases y condiciones sociales, e inorgánico por excelencia, el cual se configura sin previo acuerdo, súbitamente y de improviso, surgido a partir de la insaculación que se realiza de entre la lista de jurados emitida por la Junta Electoral Provincial (art. 7 y 9, Ley 9106).

Para que este órgano colectivo emita un veredicto de culpabilidad, deberá constatar la existencia de un delito. Como enseñaba Engisch, el mismo “está impreso de cuatro colores”²⁰, la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. Este último estrato de la teoría analítica del delito se utilizará en el presente trabajo monográfico para explicar su actual entendimiento y su impacto en el veredicto, no obstante ello, se podría analizar el impacto de cualquier instituto dogmático que incida en un caso penal.

Comenzando con su análisis se puede decir que, en cualquier proceso de aprendizaje y asimilación, quien quiera comprender el significado de algún término debe comenzar por entender su acepción. Para ello el interesado puede recurrir en forma primaria al diccionario. La Real Academia Española define a la culpabilidad como “calidad de culpable”²¹ o como “reproche que se hace a quien le es imputable una actuación contraria a derecho, de manera deliberada o por negligencia, a efectos de la exigencia de responsabilidad” y al culpable como el responsable de un delito. Sobre estos dos homónimos, reposa la doctrina jurídica aplicable por la judicatura contemporánea. Esta significación primigenia, puede fungir para el lego, como un puente hacia su conocimiento pero no para la ciencia del derecho donde se requiere mayor precisión y donde la dogmática penal ha dado sobradas razones que abogan por su tecnicismo, con el objeto de evitar iniquidades o excesos de rigor punitivo estatal.

Su tratamiento excede al presente estudio monográfico aunque aún hoy, por el uso de un tecnicismo alambicado que esgrimen algunos autores, el calificativo de “*abstruserías*” que el criminólogo y sociólogo, Enrico Ferri, le atribuía a los esfuerzos de la dogmática penal tedesca²² puede seguir siendo utilizado por sus detractores. No en vano Santiago Sentís Melendo prologando “El alma de la toga”

²⁰ MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, “*Derecho Penal. Parte General.*” Tomo I, Ciudad de Buenos Aires: Astrea, (1994), pág. 227

²¹ Disponible en: <https://dle.rae.es/culpabilidad>

²² JIMENEZ DE ASUA, *op. cit.* pág. 67.

enseñaba que: “El derecho ha de ser sencillo porque el ciudadano tiene, si no la obligación, la carga, la necesidad, de conocerlo; y se le deben ofrecer preceptos sencillos y no conceptos abstrusos”²³.

En la tradición de la dogmática jurídico penal, el vocablo en estudio admite dos acepciones. La primera concepción abraza a la culpabilidad como aquella que surge del principio *ohne Schuld, keine Strafe* [sin culpa, no hay pena] y está asociada a la idea de garantía constitucional, como límite al *ius puniendi*. Tal principio representa hoy, junto con los principios de lesividad y legalidad, la base fundamental de todo sistema constitucional, fruto de la conquista de la civilización²⁴. En una intelección amplia, la culpabilidad así entendida, pertenece al ámbito de los derechos fundamentales de las personas y su consagración a nivel normativo, emerge de una interpretación oblicua de los principios de legalidad y de reserva consagrados expresamente en la Constitución Nacional y en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos con rango constitucional. De esta forma se reconoce a la dignidad humana como principio radical humano, concebida no como una característica accidental sino como su esencia. En forma metafórica, el derecho penal hace saber que van a ser tratados como personas dignas, capaces de conducirse de forma racional y sólo serán responsables por sus actos cuando realicen una actuación injusta pese a la existencia de su asequibilidad normativa. En palabras del catedrático Roxin, se dirá que aquello comprende la posibilidad de decidirse por una conducta orientada conforme a la norma, de acuerdo a las condiciones del estado mental y anímico que poseía al momento del hecho²⁵.

La segunda acepción que acompaña, es entendida como categoría o elemento de la teoría del delito, la cual ha recibido diversas definiciones a lo largo de la evolución histórico-dogmática. Se debe recapitular hasta el siglo XVII para comenzar con las enseñanzas de Pufendorf quien desarrolló el concepto de *imputatio*, algo avanzado para su época, designando a una acción libre que pertenece a una persona. Con posterioridad se fueron sumando los postulados de distintos filósofos como Feurbach o Hegel hasta llegar a la moderna teoría del delito propugnada por von Liszt, con su teoría psicológica de la culpabilidad, basada en la relación psicológica entre el autor y su hecho (a la cual adhirieron autores de la talla de von Buri, Löffler, Kohlrausch y Radbruch) y que luego fue depurada por la

²³ OSSORIO, “*El alma de la toga*”, Ed. Praxis (2014), pág. X.

²⁴ MAGGIORE, “*Derecho Penal. Vol. I*”, reimp. De la seg. de. Bogotá: Editorial Temis, (1985), pág.448.

²⁵ ROXIN, “*Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*”, trad. 2º ed. Alemana, Buenos Aires: Thomson Reuters (1997), pág. 807.

concepción normativista desarrollada por Reinhard Frank, James Goldschmidt y Berthold Freudenthal. El desarrollo dogmático fue avanzando y con la concepción finalista de la acción de Hans Welzel el concepto fue precisado, quedando limitada a pura reprochabilidad. Esto es, la posibilidad de reprocharle a una persona la conducta típica y antijurídica debido a que podía formar una voluntad de acción adecuada a la norma en lo referente al hecho concreto, en lugar de la voluntad contraria a la norma²⁶. En los últimos años, se han consolidado en la doctrina y en la jurisprudencia las teorías funcionalistas, cuya génesis parten desde los objetivos de la política criminal y del fin preventivo general de la pena. La primera postura es seguida por Roxin, quien afirma que el concepto de culpabilidad ha de perfeccionarse en dirección a un concepto normativo de responsabilidad, es decir, debe existir merecimiento de pena. La segunda postura funcionalista, la más radical, entiende a la culpabilidad como necesidad de pena impulsada por el déficit de motivación jurídica de la que tenga que responder su autor, es decir, que la norma infringida no sea inaccesible o inexigible obedecerla ya que, *a contrario sensu*, su falta de reconocimiento causará la imposibilidad de achacarle el injusto penal²⁷.

Esta última concepción (dentro de la cual se encuentra la teoría comunicativa de la prevención general positiva) es la que ha sumado mayores seguidores en los últimos tiempos toda vez que brinda un marco dogmático con mayor rendimiento sistemático y racional.

Así, en un reciente y tórrido fallo plenario de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza sobre la constitucionalidad de la prisión perpetua [cabe aclarar que fue adoptada en el voto minoritario]²⁸ se utilizó para fundamentar la pena. Con cita de Pawlik, se adhirió a la postura que entiende que el delito no debe ser percibido sólo como un daño o una lesión a la persona de la víctima, sino también como un ataque a la comunidad jurídica como tal, producto del quebrantamiento del deber de todo ciudadano de contribuir al mantenimiento del Estado de libertades [Freiheitlichkeit] jurídicamente constituido y que en última instancia se retribuye ese quebrantamiento mediante la pena a imponer.

²⁶ WELZEL, “*Derecho Penal. Parte General*”, trad. por Carlos Fontán Balestra, Buenos Aires: Depalma, (1956), pág. 164.

²⁷ JAKOBS, “*Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*”, 2º ed. Madrid: Marcial Pons, (1997), págs. 581-582.

²⁸ SCJM, “Inc. en autos Fiscal C/IBANÉZ BENAVIDEZ, Yamila M. y ORTIZ ROSALES, Maximiliano E. p/Homicidios calificados P/Plenario”, 30 de Diciembre de 2020, causa CUIJ N.º 13-05365349-3.

En el precedente citado, siguiendo las enseñanzas de Jakobs, se señala que la función de la pena radica en la autocomprobación de que con su aplicación, la sociedad ratifica el ordenamiento jurídico como expresión de la identidad del orden social pero también mediante su imposición, se le reconoce al penado su personalidad, logrando de esta forma, que no se viole el imperativo categórico kantiano. Dicho en otras palabras, mediante la pena en nada se afecta su dignidad humana, en tanto y en cuanto, su libertad quede ajena a intromisiones estatales o de terceros, a la vez que se lo haga responsable por las consecuencias lesivas de su obrar deficitario al Derecho. Este modelo puede sintetizarse mediante el sintagma jurídico *“auto-organización/responsabilidad por las consecuencias”*.

Para esta cosmovisión del derecho penal, sólo un “igual” puede ser responsable por el déficit de motivación jurídica mostrada al momento del hecho y por tal motivo, no será competente para poner en cuestión la validez de la norma quien no exhiba conciencia de la desaprobación jurídico-penal o que no posea capacidad de culpabilidad. Tal como enseñaba Welzel, *“el juicio de que un hombre dado es capaz de culpa, en una situación determinada, no es, por eso, un acto teórico, sino un acto puramente existencial y, a la verdad, “comunicativo”: es el reconocimiento del otro como tú, como sujeto igual, accesible a una determinación llena de sentido y por lo tanto igualmente responsable como lo soy yo mismo”*²⁹, por ende, todo conocimiento científico encontrará su límite en aquello que se encuentra sustraído a la objetivación: la subjetividad del sujeto. El nudo gordiano del caso “Gil Pereg” versó sobre uno de los elementos del juicio de reproche de la culpabilidad, la inimputabilidad.

De conformidad a lo establecido en el Art. 34, inc. 1° del CP, la capacidad de culpabilidad no debe ser confundida con el aspecto médico-psiquiátrico y la capacidad de autodeterminación de la persona sino que lo que se ha de establecer es si normativamente el acusado se encontraba en una situación personal que le permitiera inclinarse por la norma vulnerada. A pesar de su anclaje normativo, este elemento de la culpabilidad exhibe una dependencia valorativa del dictamen pericial que no arroja ningún otro elemento de la teoría del delito, y es que si bien su fuerza probatoria debe ser analizada por los jurados según su íntima convicción, sólo debieran apartarse (puesto que no deben dar razones para hacerlo), si el dictamen del perito no comulga y resulta ser gruesamente contradictorio con el resto del material probatorio con eficacia convictiva. Dicho con otras palabras, sólo si resulta a todas luces inverosímil, por resultar contrario a la lógica o a las leyes de la naturaleza o si resulta vacío de contenido por exhibir notoriamente una

²⁹ WELZEL, *op. cit.* pág. 169.

deficiencia en su fundamentación³⁰. En esta intelección, el jurado deberá contar con herramientas precisas pero también entendibles y no abstrusas para poder resolver cada caso puesto que de lo contrario, de ser instruido incorrectamente, será objeto de revocación su decisión lo que produciría un descrédito hacia la Justicia.

En materia de culpabilidad, la jurisprudencia norteamericana hace hincapié sobre impartir instrucciones precisas en materia de *insanity defense* a partir de las cuales se debe instruir correctamente al jurado sobre la diferencia entre el concepto de inimputabilidad y las consecuencias de un veredicto de no culpabilidad por razones de salud mental ya que ello es susceptible de provocar un yerro al enfocar la tarea del jurado sobre el castigo a imponer, lo cual está fuera de su alcance. Así, se ha dicho que el juzgador de los hechos no debe considerar la pena o el castigo al momento de llegar a un veredicto de culpabilidad o de inocencia por lo que se deberán extremar los recaudos para evitar que alguno de sus miembros especulen sobre asuntos que están fuera de competencia³¹.

De acuerdo a lo esbozado anteriormente, conforme a la casuística de los hechos y al enfoque de los mismos otorgado por los litigantes mayor será la importancia que se le deba imprimir a las instrucciones finales en aspectos jurídico-penales. Dicho en otras palabras, a mayor relevancia de la aplicación del derecho en la resolución de un caso, mayor será el esfuerzo didáctico que deberán realizar las partes junto con el juez técnico para conformar las instrucciones. Sólo de esta forma se puede aceptar racionalmente que el jurado tenga herramientas suficientes para emitir su veredicto sobre el caso.

III.- ¿Cómo se estructura el veredicto del jurado popular?

En el *iter* procesal el veredicto de culpabilidad o de inocencia constituye el fin de la intervención del jurado popular. Aquel, no es más que el producto concatenado y progresivo de actos procesales regidos por la ley especial de jurados, encaminados a valorar los hechos ofrecidos por las partes en un juicio oral, público y continuo, cuya génesis comienza en la audiencia de *voir dire*, mediante la depuración de sus futuros miembros que integrarán el órgano decisor, en cuyo camino son inculcados por las diversas instrucciones (iniciales y finales) que el juez

³⁰ JAUCHEN, “*Tratado de la prueba en materia penal*”, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni (2014), págs. 415-416.

³¹ Ver al respecto: “*People v. Moore*”, Court of Appeal, Second District, Division 7, California, March 15, 1985

técnico les imparte, marcando el camino jurídico por el cual deben ejercer su función y luego de pasar por el tamiz de la deliberación, culmina con la decisión de culpabilidad o de inocencia. Dicho veredicto será replicado en la sentencia dictada por el juez técnico. Es decir, este reemplaza a los otrora fundamentos de valoración de la prueba y del derecho que desarrollaban los magistrados.

Recordando al catedrático Alsina, el término “sentencia” deriva de la voz latina *sentiendo*, “*que equivale en castellano a sintiendo, es decir, juzgando, opinando, porque el juez declara u opina con arreglo a los autos*”³². En este tipo de procedimientos, el juez declara con arreglo al veredicto. La decisión capital sólo puede emerger si ha existido un respeto irrestricto al debido proceso y al derecho de defensa en juicio. Tradicionalmente, se afirma que la sentencia [la cual ahora contiene al veredicto] está construida por un silogismo formado por dos premisas, una mayor y otra menor y una conclusión. Es decir, está configurada por la normatividad sustantiva, (premisa mayor), luego los hechos o plataforma fáctica (premisa menor) y luego por la resolución (conclusión)³³. En términos kelsenianos, el veredicto que contiene la sentencia, se erige como creador y aplicador del Derecho, generando una norma individual, toda vez que la creación normativa del jurado parte de la observancia de normas generales y abstractas hasta llegar al caso en particular. Dicho de otro modo, los miembros del jurado abrevan su decisión desde la Constitución Nacional hasta llegar al caso individual o si se quiere, del Código Penal a la imputación de responsabilidad por la realización de una conducta reprochable. Como se advierte, debe seguir el mismo estándar de raciocinio que caracteriza a la actividad jurisdiccional dentro de un Estado de Derecho.

Al igual que los demás actos del proceso, el veredicto debe reunir determinados requisitos formales o extrínsecos y también recaudos intrínsecos o de contenido para tener legitimidad procesal.

En cuanto a los primeros, aquellos que hacen a la forma de emisión del acto, la ley provincial mendocina, al igual que la mayoría de los ordenamientos procesales, exige que el veredicto se emita en forma oral, el cual es resguardado mediante el registro fílmico y audio visual de la audiencia. Así, una vez presente la totalidad del Jurado y de todas las partes en la sala de audiencia, el Juez le preguntará al presidente del jurado si han llegado a un veredicto y en caso

³² VAZQUEZ ROSSI, “*Derecho Procesal Penal. Tomo II*”, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni (1997), pág. 448.

³³ VAZQUEZ ROSSI, op. cit. pág. 449.

afirmativo, le ordenará que sea leído en voz alta, declarándolo culpable o no culpable.

La norma procesal mendocina no prevé el sistema de encuestas personales al jurado en el cual se indaga a uno por uno de los miembros del jurado por el veredicto sobre el caso, el cual se denomina en el sistema anglosajón como *“Jury Poll”*, el cual garantiza que la decisión de cada uno de sus miembros sea acorde al veredicto mismo. Tal institución podría implementarse como un instituto de buenas prácticas por parte de la magistratura en aras de otorgarle mayor seguridad jurídica al acto. Empero ciertos autores ensayan que tal sistema de encuesta conlleva desventajas, cuyo tratamiento excede el presente trabajo³⁴.

Por otro lado, se exige que la deliberación que preceda al veredicto sea secreta. Los miembros del jurado se encuentran amparados y obligados a respetar “la regla del secreto” por medio de la cual deben mantener reserva absoluta de la opinión vertida, deben preservar la confidencialidad de la información obtenida en la deliberación y nunca realizar manifestación alguna sobre la votación acaecida en el *jury room*. Sólo así se protege la libertad de deliberación y el correcto funcionamiento de este tipo de procedimientos al garantizarle a los ciudadanos la libertad de actuación al no ser nunca molestados ni indagados por la forma de sufragar sobre el caso.

Los recaudos intrínsecos o de contenido hacen referencia a la motivación y la racionalidad, los cuales constituyen requisitos de cualquier acto de gobierno y se encuentran en las bases mismas de un Estado de Derecho, propio de un sistema democrático y republicano como el nuestro. El veredicto del jurado popular es “el acto de gobierno”³⁵ por cuanto es el único acto que exige la unanimidad para su

³⁴ Véase las críticas que se le formula al sistema de Jury Poll en: MOLTZEN, Karl, *“The Jury Poll and A Dissenting Juror: When A Juror in A Criminal Trial Disavows Their Verdict in Open Court”*, 35 J. Marshall L. Rev. 45 (2001), disponible en: <https://repository.law.uic.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1458&context=lawreview>

³⁵ La denominación “acto de gobierno” aparece en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés a partir de su creación en 1872 y comprende a aquellos actos de la administración que están exentos del control judicial. Siguiendo a Juan Carlos Cassagne, actualmente, la concepción de acto de gobierno no es acogida por la doctrina que ha optado por no aceptar limitación alguna al control judicial, por lo que se prefieren concepciones más restrictivas como son la de “acto institucional” o “acto constitucional no judicial”. Queda, pues, muy poco de la antigua concepción elaborada en el derecho francés. (Cassagne, Juan Carlos, *“Curso de derecho administrativo”* 12º de, Ciudad Autónoma de Buenos Aires : La Ley, (2018), Libro digital.)

adopción, a diferencia de los restantes actos estatales que sólo requieren de mayorías simples, absolutas o cualificadas.

Partiendo de tal premisa, la decisión que adopte el jurado no debe estar construida sobre la base de meros subjetivismos o frases abstractas de alguno de sus integrantes. Tal deber se encuentra encajado en la promesa solemne prestada al inicio del debate mediante la cual los miembros del jurado tienen un deber legal y cívico de realizar un análisis crítico de los elementos de pruebas que las partes les exhiben con el objeto de determinar los hechos y la participación del encausado en el mismo para luego emitir su decisión. Ahora bien, el razonamiento adoptado no es expresado al emitirse el veredicto sino que constituye una valoración de conciencia. Aquí, el término “íntima convicción” juega un papel preponderante y explica la forma de valoración de las pruebas. Importa por un lado, la ausencia de valor tasado o legal a un determinado medio de prueba y por el otro, la falta de explicitación de los fundamentos o razones que los llevaron a dar el veredicto. Dicho en otras palabras, el sistema, tiene como principal sustentación la presunción de que, en el fiel cumplimiento de sus deberes, el ciudadano convocado a integrar el jurado habrá de decidir, no impulsado por los diversos sentimientos y pasiones, sino por la razón y la lógica, movido por el apetito de justicia, aun cuando puede hacerlo sin expresar los motivos y sólo en base a la sinceridad de su conciencia³⁶.

Al hilo de lo expuesto, pueden surgir ciertas perplejidades que tiendan a realzar la postura antijuradista o inclinarse por un tribunal mixto, compuesto por jueces y ciudadanos. En tal sentido, se han desplegado sólidos argumentos por voces autorizadas como la de Raúl Eugenio Zaffaroni, quien señala que se vulneraría el derecho al doble conforme previsto en el art. 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos, toda vez que no se puede lograr conocer los motivos que condicionaron al jurado para llegar a su decisión y de esta forma realizar un debido control del mismo. En resumidas cuentas, quienes se alejan del jurado popular, toman postura por el modelo de jurado escabinado, es decir, con jueces técnicos y ciudadanos legos.

De acuerdo a pautas válidas y racionales, la justicia de una decisión, coherente con el Derecho vigente, sólo puede predicarse de pautas axiológicas (valorativas) que, tanto la doctrina como la jurisprudencia, coinciden en que son requisitos constitucionales los cuales deben armonizar y confluir en la resolución final. Así, sin las exigencias de motivación, autosuficiencia, congruencia, valoración

³⁶ JAUCHEN, “*Tratado de la prueba en materia penal*”, 1º Ed. 2º reimp., Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, (2014), pág. 46.

o racionalidad no puede refutarse la antinormatividad de un hecho criminal. Tales presupuestos excluyen la arbitrariedad o cualquier exceso de discrecionalidad.

Llevado al ámbito del juicio por jurado y de la motivación del veredicto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) ha dicho que: *"...la motivación de las decisiones adoptadas por los órganos encargados de impartir justicia no es sólo relevante para el inculpado del delito, sino que permite también el control ciudadano de los actos de gobierno, en este caso de la administración de la justicia y los expone a su escrutinio. En el caso de los jurados, dicha vertiente se entiende cubierta en razón de la participación directa de la ciudadanía"*³⁷. La Corte IDH rechazó el criterio adoptado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, quien indicó en el Informe de Fondo N.º 04/16, que el deber de motivar las resoluciones constituye una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, por cuanto demuestra a las partes que éstas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores³⁸. En esta intelección, la Corte IDH abandonó los criterios rígidos exigibles a toda resolución jurisdiccional y flexibiliza los criterios de revisión del veredicto teniendo en cuenta que la falta de expresión de los motivos del veredicto hace a la esencia misma del jurado y ello por cuanto su decisión emana de la participación directa de la ciudadanía y no de los órganos encargados de impartir justicia, los cuales están sujetos al control y escrutinio de sus decisiones. A reglón seguido, señaló que, al igual que el veredicto técnico, la decisión del jurado es plausible de ser reconstruida siguiendo el curso lógico de la decisión conforme a pautas racionales adoptadas a la luz de la prueba y del debate producido en la audiencia.

En coyunturas justiciables análogas a dicho precedente, la CSJN rechazó un planteo de inconstitucionalidad y sobre la exigencia de motivación del veredicto en el conocido caso "Canales". Allí, expresó que: *"pese a la ausencia de fundamentación escrita, es perfectamente posible cuestionar una resolución de un jurado en base a la incongruencia entre precedentes o premisas (afirmaciones y pruebas) y conclusión (culpabilidad o inocencia)"*³⁹. La garantía constitucional del debido proceso sustantivo y adjetivo se encuentra salvaguardada, o dicho en los términos propios de la Corte Federal, los

³⁷ Corte IDH, caso "V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua", sentencia del 8 de marzo de 2018, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párrafo 257, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_350_esp.pdf

³⁸ Cfr. caso "V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua", párr. 210.

³⁹ CSJN, "Canales, Mariano Eduardo y otros s/ homicidio agravado - impugnación extraordinaria", sentencia fecha 02/05/2019, cons. 19.

representantes de la opinión popular se encargan de construir una conclusión prudencial sobre la base del sentido común y los representantes del saber técnico se encargan de controlar que el camino hacia la decisión se encuentre balizado conforme a reglas procesales previas y precisas⁴⁰. Sobre esa línea de razonamiento el tribunal destacó el valor epistemológico que surge de la construcción de consensos ciudadanos con efectos positivos y beneficiosos para la comunidad.

En el ámbito provincial, la Suprema Corte de Justicia de Mendoza (en adelante SCJM) en diversos pronunciamientos resolvió en términos análogos a los expuestos, tales como en “Petean Pocoví”, “Pajón Retamales”⁴¹, “Ortega Ragonesi”⁴², “Tizza y González”⁴³, entre otros. Haciendo eco de la doctrina que emana de “Canales”, la SCJM en “Petean Pocoví”, enseña que el quid de la cuestión radica en determinar la **plausibilidad de establecer el curso lógico de la decisión del jurado**. Aquella regla constituye el baremo a utilizar en casación y determina el objeto revisable en dicha instancia. El mismo está compuesto por: I) las instrucciones generales o iniciales impartidas al jurado; II) los alegatos de apertura; III) la recepción de prueba en contradicción de las partes; IV) las conclusiones o alegatos de clausura; V) las reglas particulares, o instrucciones finales; y VI) el veredicto de unanimidad.

Ahora bien, conforme lo establecido por la ley de Juicios por jurados (Art. 32 y 33, ley 9106), la deliberación producida en sesión secreta para decidir sobre la existencia del hecho y la culpabilidad o inocencia del acusado emanará con especial fuerza didáctica, a partir de las instrucciones precisas que les imparta el juez, en cuya elaboración intervienen las partes y en caso de ser cuestionadas por la defensa, deberá hacer reserva de recurrir en casación (Art. 41, inc. c), ley 9106).

IV.- La incidencia de las instrucciones finales en el veredicto

⁴⁰ CSJN, ibídem, cons. 20.

⁴¹ SCJM, “Fiscal C/PAJON RETAMALES, Cristian Dario y otros P/Robo Agravado P/Rec. Ext. de Cas”, 08/01/2021, causa N.º13-04961017-8/1, disponible en: <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=432>

⁴² SCJM, “Fiscal C/ORTEGA RAGONESI, Danián A. P/Hom. Agrav. por el vínculo y por violencia de género S/Cas.”, 19/03/2020, causa N.º13-04819259-3, disponible en: <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=332>

⁴³ SCJM, “Fiscal C/TIZZA Antonio y GONZALEZ ZARATE Celeste P/Hom calif. S/Rec. Ext. de Cas.” 08/01/2021, causa N.º13-04879377-5, disponible en: <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=449>

La deliberación es un proceso colectivo de debate interno en el cual las personas presentan sus posiciones, las confrontan entre sí, y luego de atravesar el tamiz de la racionalidad, adoptan una decisión positiva o negativa sobre el tópico analizado colectivamente. Este proceso mental no está exento de arbitrariedades, máxime teniendo en cuenta que pueden existir posiciones que de forma solapada, fraudulenta o negligente se alejan de los estándares exigidos a la ciudadanía comprometida y en muchos casos pueden ser objeto de muy difícil descubrimiento por las partes. Asimismo puede darse el caso de veredictos emitidos como fruto de la otrora Psicología colectiva, hoy llamada Psicología Social.⁴⁴ Me refiero a aquellos casos en los que cada miembro aisladamente, no hubiera sido capaz de condenar o absolver con cierta iniquidad o contrariedad a lo internamente adoptado y sólo mediante la reunión de individuos puede, pues, producir una conclusión o resultado opuesto al que hubiera dada en su fuero íntimo.

Para llevar a cabo la deliberación, los jurados legos son auxiliados por las instrucciones finales que les imparte el juez técnico, con claros fines tuitivos de las garantías, derechos y principios básicos que gobiernan el proceso penal. También se los aleccionan en prieta síntesis y con claridad de lenguaje en temas elementales de la teoría del delito y de los tipos penales en particular, conceptos sin los cuales no se podría predicar una decisión con logicidad técnica mínima.

Las instrucciones pueden ser definidas como un conjunto de reglas o advertencias que describen de manera clara y precisa la manera correcta de realizar determinadas tareas que pueden generar inconvenientes o daños de no realizarse de la manera establecida⁴⁵. Por su parte, Edmundo Hendler las define como un conjunto de indicaciones legales que constituye una enunciación de los principios jurídicos de toda índole que rigen en cada caso y que acotan la discrecionalidad del jurado.⁴⁶

Estas pueden clasificarse en instrucciones procesales y sustanciales. Las primeras se dividen en Iniciales y en Limitantes. Por el otro lado, existen instrucciones Sustanciales, las cuales se dividen en Sanadoras o Curativas y en Finales, también llamadas de derecho sustantivo aplicado. Estas últimas son reglas que provienen del ordenamiento jurídico y de la ciencia del derecho penal y procesal penal a las que se adhieren las distintas ramas del derecho como también

⁴⁴ Véase bibliografía al respecto en: <http://psicosocial sociales.uba.ar/bibliografia>

⁴⁵ PASCUA, *op. cit.* pág. 332

⁴⁶ HENDLER, E., *“El juicio por jurados. Significados, genealogías, incógnitas”*, 1º Ed., Buenos Aires: Editores del Puerto, (2006), pág. 86

las ciencias auxiliares no jurídicas. Si bien todas las instrucciones adquieren relevancia y son importantes para garantizar un veredicto válido en términos de debido proceso legal, estas últimas poseen una significación particular puesto que se encuentran directamente vinculadas al caso concreto.

Como puede advertirse hasta la lectura de este pasaje, existe una co-intervención entre la judicatura y el jurado popular al momento de decidir un caso penal. Así por ejemplo, el juez técnico es el responsable de explicar la teoría del delito con perspectiva de aplicación directa al caso penal. Dicho dispositivo metodológico está construido para subsumir un supuesto de hecho a la norma con una cierta sistematicidad, previsibilidad y racionalidad. No debe perderse de vista que la dogmática tiene una función eminentemente práctica para el órgano decisor y no como ciencia formalista, lugar que ocupa el abuso del método dogmático⁴⁷. Claro está que las partes acercan sus propuestas instrucciones y disidencias al respecto. Luego de litigar sobre lo propuesto, es función del juez técnico determinar las instrucciones finales a impartir. El jurado popular es el receptor de tal información y haciendo gala del compromiso republicano y democrático formulado, deberán deliberar o decidir el caso a partir de tales premisas.

Conforme fuere mencionado en el precedente “Petean Pocoví”, el nudo gordiano de la cuestión radica en conocer la cadena de razonamientos que se ha seguido en la decisión del jurado y que luego constituirá el objeto revisable en casación. En los procedimientos anteriores, el juez debía explicar en la sentencia los motivos por cuales llega a su conclusión a partir de la aplicación directa de la ciencia penal pero en el caso del jurado popular esto no sucede sino que por razones de política criminal se le ha otorgado mayor peso en la balanza a la participación ciudadana por sobre las garantías constitucionales, claro está, con las precisiones apuntaladas. (Léase “Participación ciudadana vs expresión de la motivación”). En este sentido, las instrucciones finales ocupan un lugar de peso dentro del curso lógico de la decisión del jurado.

Las ya mencionadas posturas antijuradistas arguyen que resulta contrario a la lógica creer que todo el bagaje académico y la experiencia profesional ganada a través de los años, pueda ser adquirida por el jurado en breves instantes y mediante un escueto escrito judicial, lo cual, a priori, puede resultar de fácil aceptación pero a poco ahondar sobre el argumento, se advierte que constituye una idea mistificada y vetusta ya que, como sucede en muchas sentencias, pueden arrastrar vicios de

⁴⁷ MAGGIORE, *op. cit.* Pág. 61

injusticia, a pesar de encontrarse plagadas de citas dogmáticas o jurisprudenciales, utilizando técnicas dialécticas ampulosas que formalmente le otorgan un elevado nivel técnico al acto procesal pero que no cumplen con la finalidad que les fue dada, esto es, servir a la administración de justicia.

Mutatis mutandi este razonamiento fue utilizado por la CSJN *in re* “Minaglia” al decir que: “...más allá de lo que se haga constar en el auto que dispone el allanamiento, lo que resulta esencial para que un allanamiento se ajuste a las pautas constitucionales es que del expediente (es decir, de las actuaciones públicas referidas a la investigación y sanción de una conducta presuntamente delictiva) surjan los motivos que le dieron sustento.”⁴⁸, concluyendo que puede darse el caso de un auto de allanamiento [léase sentencia] en el que se consigne con sumo detalle una serie de motivos para fundarlo pero que, en realidad, no existan o, al menos, no consten en el expediente. En tal supuesto, tendríamos un “auto fundado” [reitero léase sentencia], aunque del estudio de las constancias del expediente se pueda concluir que, en realidad, se trató de un allanamiento constitucionalmente inválido por no estar sustentado en algún elemento previo, objetivo y razonable. Esta exégesis puede ser fácilmente trasladada al caso de juicio por jurados populares puesto que la expresión de los fundamentos de un acto jurisdiccional no asegura su justicia aunque sí cabe reconocer que facilitaría su revisión y control.

Al igual que cualquier otra actividad humana, este tipo de procedimientos está supeditado a fallar, sin embargo, quedará supeditado a un debido control y revisión por parte de los órganos superiores, lo cual es totalmente plausible a partir de la incongruencia entre sus premisas y la conclusión arribada. De esta forma se legitima y se asegura el respeto por las debidas garantías constitucionales de las personas sometidas a proceso.

En los últimos tiempos ha girado la proa de la jurisprudencia en defensa del status convencional que poseen las instrucciones impartidas por el juez al jurado, designándolas como garantía del debido proceso. Con cita del caso “Papon vs Francia”, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos realizó un significativo aporte sobre la temática en el fallo “Taxquet vs Bélgica”⁴⁹ del año 2010. Allí, la Corte Europea dijo que las instrucciones u orientaciones brindadas por el juez a los miembros del jurado sobre cuestiones legales que surjan o sobre las pruebas

⁴⁸ CSJN, “Minaglia, Mauro Omar y otra s/ infracción ley 23.737 (art. 5 inc. c).”, 04/09/2007, causa N.º M. 3710. XXXVIII

⁴⁹ TEDH, caso Taxquet vs. Bélgica [GS], No. 926/05. Sentencia de 16 de noviembre de 2010, pár. 92

presentadas, forman un marco en el que se basa el veredicto, compensando suficientemente el hecho de que no se den razones sobre lo adoptado por el jurado.

Tal temperamento fue seguido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “V.R.P., V.P.C. y otros vs Nicaragua”, el cual versaba sobre delitos de índole sexual, los cuales contienen ribetes especiales y dificultades técnicas propias para lograr su enjuiciamiento. Al no incorporarse mayores exigencias en la etapa instructiva del jurado que puedan fungir como garantía contra una decisión arbitraria, concluyó que: “*el procedimiento no ofreció garantías suficientes para escrutar la decisión del jurado y, por ende, asegurar que la decisión no fuera arbitraria, por lo que es razonable concluir que el veredicto que desestimó la culpabilidad del acusado no podía ser previsto por las víctimas, ya que no mostraba correlato con los hechos, los elementos de prueba descriptos en la acusación y la evidencia recibida en el proceso interno.*”⁵⁰ Es decir, allí se destacó la importancia de las instrucciones dadas toda vez a partir de estas, se va a poder corroborar y escudriñar la decisión y eventualmente ser tachada de nulidad y revocarse.

Sin embargo, no cualquier deficiencia técnica puede erigirse *per se* en un condicionamiento para revocar asiduamente los veredictos emitidos por un jurado popular sino que debe realizarse un serio y continuo esfuerzo por ampliar la teoría del máximo rendimiento revisor en los términos establecidos *in re* “Casal” tratando de interferir lo menos posible en dicha función⁵¹. En referencia a ello, se puede mencionar al precedente “Kurt John Owen vs. La Reina”⁵² en el cual la Corte de Apelaciones de Nueva Zelanda entendió que si se revocara fácilmente los veredictos del jurado, disminuiría la confianza en el sistema de jurados y se afectaría la división constitucional de roles existente entre el jurado y el juez. Va de suyo que, lo que se pretende es que no pueda ser socavado el rol del veredicto popular por el del juez técnico, por ello debe garantizarse que el trabajo revisor constituya un reexamen válido de la prueba rendida en su conjunto, una valoración de forma integral y minuciosa de la misma, de tal forma que desde una base de

⁵⁰ Corte IDH, caso “V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua”, sentencia de 8 de Marzo de 2018 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 269, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_350_esp.pdf

⁵¹ HARFUCH, A., “*El veredicto del jurado*”, 1º Ed., Buenos Aires: Ad-Hoc (2019), pág. 242

⁵² Corte de Apelaciones de Nueva Zelanda, caso “Kurt John Owen vs. La Reina”, SC 25/2007, 11 de Diciembre de 2007, disponible en: https://www.courtsofnz.govt.nz/assets/cases/2007/kurtjohnowenvthequeen_000.pdf

análisis objetivo y atizado bajo las instrucciones rendidas, sea plausible llegar a la misma conclusión adoptada por el jurado.

Un ejemplo de déficit técnico en las instrucciones puede avizorarse en el caso “Tizza y González” antes citado. En resumidas cuentas, se acusó a Tizza de haber matado a su hijo personalmente mediante golpes y a González de no haber evitado la muerte de su hijo estando en posición de garante, es decir, se le imputó un delito de comisión por omisión. El jurado entendió que ambos fueron responsables por la muerte del hijo que tenían en común y fueron condenados a la pena de prisión perpetua. Como fue destacado por la SCJM, se trató de un caso de gravedad por la existencia de un vínculo familiar entre el autor y la víctima y por el estado indefensión física y psíquica en la que se encontraba esta última pero también de un hecho de trascendencia institucional puesto que el Estado se ha comprometido internacionalmente en proteger los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes contra toda forma maltrato, según se desprende del art. 19 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño. A pesar de todo ello, en el voto minoritario, se advirtió un riesgo de error judicial, inducido por falta de instrucciones precisas al jurado en materia de imputación mediante omisión y sobre violencia de género, a pesar de que no haya sido cuestionado oportunamente por la defensa, efectuando la pertinente reserva de casación en su caso, de conformidad a lo establecido en el art. 41, inc. C de la ley 9106). La crítica realizada en dicho voto a la tarea instructora versó en torno a ciertas instrucciones interrelacionadas y que eran decisivas para determinar la responsabilidad penal de la acusada. Así, apuntaló las siguientes instrucciones deficitarias con entidad suficiente para nulificar el veredicto:

-Violencia de Género: *“deberán prestar atención a la posible violencia de género sobre la acusada y su incidencia en la conducta atribuida”.*

-Comisión por omisión: *“a Celeste González se la acusa de no haber hecho lo que era su deber para evitar el resultado”, agregando que “la ley impone responsabilidad penal a quien tenía la obligación de hacer algo y el no haberlo hecho produce el resultado delictivo”.*

-Deber de garante: *“se refiere que ciertas personas tienen la obligación de garantizar auxilios a terceros, y que entre esas personas se encuentran los padres y madres, que deben alimentar, proteger y cuidar a sus hijos e hijas menores de edad. Si por incumplir con esa obligación el hijo [la hija] muere, los padres y madres responden penalmente por esa muerte”.*

- **Culpabilidad:** “por piedad, a pedido de la propia víctima, para evitar una prolongada agonía y/o grave sufrimiento” o “cualquier otra circunstancia extraordinaria que se presente en el caso concreto y que, a juicio del Jurado, racionalmente deba atenuar la pena”

Conforme a las instrucciones señaladas, el máximo tribunal entendió que las pautas instructoras acercadas al jurado fueron deficitarias en base a los siguientes motivos: 1) Imprecisiones en cuanto a la determinación de la capacidad individual de actuar o el poder de hecho que tenía la acusada; 2) Carencia de instrucciones en cuestiones de género al no prever la posibilidad de exigirle a la acusada una conducta supererogatoria lo que podría reproducir el estereotipo de mujer tolerante [buena madre] o responsable de la paz familiar (*ultra posse nemo obligatur*/ más allá de lo que puede nadie está obligado); 3) Falta de instrucción precisa en cuanto a la imputación del resultado y su prueba a partir de la realización de un juicio hipotético que demuestre que el resultado no se hubiera producido o al menos sus posibilidades de salvamento hubieran aumentado considerablemente y 4) Falta de inclusión de veredictos alternativos o por delitos menores, (la posibilidad de que éste evalúe la existencia de un homicidio imprudente solo respecto a la acusada u homicidio calificado por el vínculo mediando circunstancias extraordinarias de atenuación previsto en el último párrafo del art. 80 del Código Penal.

Otro ejemplo sobre deficiencia técnica puede repararse en el caso “Álvarez-Telechea”⁵³ resuelto por el Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, el cual presentaba ribetes casuísticos similares al fallo antes citado (maltrato infantil - *shaken baby*/síndrome del bebé sacudido). Allí se dijo que “No puede pasarse por alto que el veredicto, como momento central del proceso, es la combinación y el resultado de dos acciones que lleva a cabo el jurado. En primer lugar, determina los hechos a través de la prueba rendida durante la audiencia. En segundo término, va a concretar la aplicación de la ley, **según las instrucciones explicadas por el juez/za**, a los hechos determinados”(el destacado me pertenece). Como se viene predicando, al momento de la aplicación de la ley al caso concreto, es un factor determinante que el jurado cuente con información bastante y suficiente para la adjudicación de determinada infracción penal a los hechos en juzgamiento, contemplando todas las hipótesis posibles, de modo tal que la decisión del jurado sea preservada de un recorte inadecuado o contraproducente que termine condicionando en clave dirimente al

⁵³Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires, “Álvarez, Lucas Eduardo y Telechea, Ayelén Daiana S/Rec. de Cas.”, causa N.º 97120, fecha 29/10/2020, disponible en: [https://www.scba.gov.ar/includes/descarga.asp?id=46424&n=Ver%20Sentencia%20\(97120\).pdf](https://www.scba.gov.ar/includes/descarga.asp?id=46424&n=Ver%20Sentencia%20(97120).pdf)

veredicto.⁵⁴ Cabe destacar, que al igual que en “Tizza y González” la defensa no formuló agravios ni solicitó la inclusión de una instrucción específica que contemple la hipótesis alternativa [homicidio imprudente]. Tal cuestión no fue óbice para anular el veredicto y revocar la decisión adoptada puesto que, como fue explicitado en dicho fallo, existe un deber por parte de la judicatura de instruir de oficio respecto del delito menor. Tal como fue destacado en “Barton vs California”⁵⁵, *“los tribunales no son casinos”* y por lo tanto debe primar el interés del debido proceso y la aplicación de la ley por encima de cualquier estrategia de las partes.

A diferencia de los casos anteriores, la sala II de la Cámara de Casación Penal de Entre Ríos en la causa “Rodríguez Jonathan Joaquín -Homicidio simple S/Recurso de casación”⁵⁶ rechazó los agravios formulados por la defensa en torno a los déficits de las instrucciones dadas al jurado al incluir como opción de veredicto el de homicidio por exceso en la legítima defensa toda vez que entendió que aparecía como absolutamente razonable y ajustado al caso (pese a no haber realizado ninguna objeción o reserva en su oportunidad). Conforme ha sido señalado anteriormente, la defensa debe desarrollar una crítica circunstanciada sobre las instrucciones impartidas que amerite un verdadero control que satisfaga la garantía del doble conforme, más no un nuevo juzgamiento de los hechos. Al respecto, la Casación dijo con esclarecedora dialéctica que: *“no puede interferir el ámbito propio del tribunal popular, ni desplazar graciosamente al jurado en el establecimiento de los hechos, sin que ello, por otra parte, sea óbice para que en caso de detectar errores se proceda a corregirlos, en la medida que toda decisión injusta debe ser desautorizada”*. Sobre estas bases descansa el test de verificación del veredicto que colme la garantía del doble conforme.

Veamos de vuelta otro ejemplo de instrucciones deficitarias. En “Méndez, Héctor David S/Homicidio”⁵⁷ el Tribunal de Impugnaciones de Neuquén revocó un fallo por explicar erróneamente la calificante prevista en el art. 80, inc. 9° del Código Penal al entender que existió una flagrante violación al principio de

⁵⁴ Ídem, pág. 10.

⁵⁵ Citado en el precedente “Álvarez-Telechea” antes mencionado.

⁵⁶ Cámara de Casación Penal de Entre Ríos, “Rodríguez Jonathan Joaquín -Homicidio simple- S/ Recurso de casación”, -Expte. N° 692/21, de fecha 16/02/2022, disponible en: https://drive.google.com/file/d/1w5D-dqkl_0eaqGoDoEjIqY6GfEMIHxKO/view

⁵⁷ Tribunal de Impugnaciones de Neuquén, “MENDEZ, Héctor David S/Homicidio”, legajo MPFNQ 10637/2014, sentencia 126/2014, de fecha 02/12/2014, disponible en: <http://152.169.108.62:81/files/00064.pdf>

legalidad, toda vez que no se respetó siquiera el sentido literal de la norma lo que condujo al jurado a responsabilizar penalmente al acusado por homicidio agravado por ser cometido con abuso de la función policial. A diferencia de los supuestos anteriores, en este precedente la defensa sí objetó debidamente el rechazo de la propuesta de instrucción referente al abuso funcional. En relación a ese extremo señaló las siguientes instrucciones deficitarias:

-Homicidio agravado por ser cometido con abuso de la función o cargo: *“Además se atribuye a Méndez como circunstancia calificante de dicha muerte, el hecho de ser policía al momento del hecho y haber utilizado su arma de fuego reglamentaria para disparar contra la humanidad de Matías Casas ocasionándole la muerte, abusando de dicha función de policía.”*

En breves palabras, la defensa alegó que existía falta de abuso funcional por parte del policía por encontrarse en uso de licencia al momento del hecho y por las características personales que rodearon su actuación, presentando prueba en relación a ello, con lo cual el rechazo de las instrucciones que proponía la defensa, no sólo aportaba elementos medulares para la resolución del caso sino que constituía la explicación central de su teoría del caso (en el sentido de excluir el calificante). Mediante el rechazo de lo propuesto, se cercenaba la decisión del jurado popular para que estar en condiciones bastantes para decidir el caso y por ello motivó su anulación. En lo medular, lo que se omitió fue que una misma situación fáctica (el empleo de armas de fuego) no puede ser valorada doblemente (como calificante y agravante simultáneamente) y que no se incluyera delitos menores a la hipótesis de la acusación puesto que no se puede imputar un “estado” sin el riesgo de caer en un derecho penal de autor. Como fue explicado en dicho precedente, “se imputan acciones” y por ello no basta el mero hecho de ser policía para tipificar la figura, sino que el sujeto activo debe ejercer de hecho la función policial y en ese ejercicio abusar de ella. En base a las críticas formuladas el Tribunal resolvió que: *“si el Jurado hubiera sido debidamente instruido sobre los hechos que constituían la forma calificada del delito, jamás podría haber arribado a esta solución. Cualquier jurado razonable y debidamente instruido habría concluido en el veredicto del delito menor incluido en las instrucciones.”* Esta herramienta exegética se denomina “test del jurado razonable” o “test de Yebes” (también llamado test Yebes/Biniaris, por lo desarrollado luego por en *R. v. Biniaris* del año 2000) mediante el cual se realiza un examen de valoración objetivo y subjetivo del veredicto, en base a toda la evidencia producida en contradicción en el debate, las instrucciones impartidas, el registro fílmico y los fundamentos o alegatos formulados en la etapa recursiva. Sobre dichas constancias se determinará si se ha superado el estándar de duda razonable

que justifique suficientemente la tacha de arbitrariedad de las conclusiones alcanzadas por un jurado.

En el fallo “Troncoso, Luis Alberto S/Homicidio calificado”⁵⁸ el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén advirtió serios déficits en las instrucciones y revocó la sentencia por la que un jurado popular declaró culpable a un sujeto por el delito de homicidio agravado por el uso de arma de fuego, calificado por alevosía. En prieta síntesis, el acusado junto a otra persona esperó a que la víctima saliera de una clínica médica, en dicho momento lo llamó por su nombre y luego le efectuó disparos con una escopeta, ante lo cual la víctima corrió hacia la calle y, como consecuencia de encontrarse herido por estos disparos, cayó al asfalto. Allí, cuando se encontraba sin posibilidad de resistirse por estar ya lesionado, el acusado se acercó y con un arma de fuego tipo revolver calibre 38 le efectuó un disparo que ingresó por la parte posterior del cráneo de la víctima provocándole la muerte. En relación al concepto de alevosía se lo instruyó de la siguiente forma:

-Alevosía: *“Objetivamente, la alevosía necesita una víctima indefensa, por no estar en condiciones de defenderse, ya sea por no poder advertir la agresión o por no estar en condiciones de hacerlo, pero que pueda ser capaz en otras circunstancias de defenderse o de ser defendida por un tercero. El autor puede llevar a la víctima a esa situación de vulnerabilidad o aprovecharse de ella. Pero la esencia del delito se encuentra en la intención, ya que exige del autor una acción preordenada para matar sin peligro para su persona y esa falta de riesgo debe ser decisiva para su acción. El dolo es necesario. Entonces, para tener por probado el delito de homicidio con alevosía, la Fiscalía o la Querrela deben probar, fuera de toda duda razonable, estos dos elementos: Que Damián Pilquiñan estaba indefenso y que Luis Alberto Troncoso se aprovechó de ese estado de indefensión.*

A diferencia de lo resuelto en el precedente “Zúñiga”⁵⁹ de la SCJM en el que también gravitó el caso sobre dicha agravante, el Tribunal Supremo de Neuquén realizó un profuso desarrollo dogmático sobre el concepto de alevosía y entendió que por la forma en la que fue instruido el jurado no permitía conocer a posteriori

⁵⁸ Tribunal Superior de Justicia de Neuquén, “Troncoso, Luis Alberto S/Homicidio calificado”, acuerdo N.º 06/2016, fecha 23/05/2016, disponible en: <http://200.70.33.133/cmoeext.nsf/86df637a4ff5a220032580c1003eb680/5b7cbae37be0a3a003257fc500576667?OpenDocument>

⁵⁹ SCJM, “Fiscal c/Zuñiga Navarro, Rodrigo Ariel P/Homic. Agravado S/Cas.”. sentencia 07/04/2022, causa N.º 13-05506559-9/1, disponible en: <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=803>

cuales fueron las circunstancias fácticas merituadas por aquel para considerar que se daban en el caso los requisitos objetivos y -más precisamente- los subjetivos de la calificante prevista en el artículo 80 inciso 2 del Código Penal. De esa forma entendió que jurado no está en una posición apta para distinguir entre “pluralidad de acción” y “diversidad de movimientos corporales” o si se quiere, si se estaba ante un supuesto de unidad o de pluralidad de acción.

Desde la lógica que aquí se propone y de acuerdo a lo desarrollado anteriormente, el órgano revisor no puede suplantar la decisión final so pena de interferir en el patrimonio exclusivo y excluyente del jurado como verdadero reservorio de soberanía popular. La labor revisora que satisfaga la garantía del doble conforme debe ejercerse con una gran deferencia por el rol de determinación de los hechos que efectúa el jurado⁶⁰. Tal miramiento se denomina como “la regla de la deferencia”. Devenida del derecho administrativo y de la jurisprudencia norteamericana (véase los casos “Chevron” o “Kisor vs Wilkie”, entre otros, también mencionada en “R. vs W.H.” de la Corte Suprema de Canadá), tal como enseña Alberto Bianchi, la regla de la deferencia se traduce en el respeto al criterio de la Administración, en tanto sus decisiones sean razonables o no sean manifiestamente arbitrarias, lo que implica un control judicial limitado y, por tanto, no pleno, de la razonabilidad, particularmente en materia de reglamentos delegados⁶¹. Tales conceptos trasladados al ámbito del rol del tribunal revisor del veredicto implica que éste se encuentra limitado para realizar una nueva valoración de los hechos en detrimento del realizado por el jurado popular al no estar de acuerdo con la interpretación realizada, pese a ser razonable o estar exento de arbitrariedad.

Sobre estas bases, puede traerse a colación el “test de Yebes” mencionado, el cual se encuentra en boga desde hace un tiempo en la jurisprudencia vernácula. Este indica que la función del tribunal revisor no es la de sustituir al jurado, sino decidir si el veredicto adoptado puede ser de forma tal que un jurado hipotético

⁶⁰ Corte Suprema de Canadá, “R. v. W.H.”, (2013) SCC 22, [2013] 2 S.C.R. 180, disponible en: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/12993/index.do?q=2013+SCC+22+>

⁶¹ BIANCHI, A., “Las potestades administrativas del Presidente de la Nación” en Organización administrativa, función pública y dominio público, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Buenos Aires, 2005, p. 55, citado en: http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/La_prohibicion_de_arbitrariedad_y_el_control_de_la_discrecionalidad_administrativa_por_el_poder_judicial.pdf

debidamente instruido y actuando judicialmente podría razonablemente dictarlo.⁶² Por otro lado, el “test de plausibilidad” antes esbozado, nos indicará que la validez intrínseca de un veredicto sólo puede ser admitida en clave crítica y en términos constitucionales, sólo si, habiendo transcurrido en forma debida las diversas instancias concatenadas del juicio por jurados populares (audiencia de *voir dire*/selección de jurados-instrucciones iniciales-alegatos de apertura-recepción de prueba- alegatos de clausura-instrucciones finales-veredicto) no persiste una duda razonable o un sentimiento de inquietud, que justifique una interferencia con la condena.

Las leyes especiales que rigen la materia, dan claras regulaciones sobre los motivos específicos para interponer un recurso de casación en base a los extremos expuestos. El embate casatorio sólo es admisible si se demuestra que la resolución le provoca un gravamen o sea, un perjuicio concreto y además, que sus argumentos cuenten con un respaldo bastante en la evidencia rendida en contradicción. La ley 9106 de la Provincia de Mendoza establece en su Art 41, inc. c) que constituye un motivo específico para interponer el recurso de casación cuando se hubieren cuestionado las instrucciones brindadas al jurado y se entendieran que éstas pudieron condicionar su decisión. Dicha técnica legislativa se reitera a lo largo y ancho del país y ha sido empleada: en la Provincia de Buenos Aires, según Ley 14.543, art. 448 bis, inc. c), en la Provincia de Catamarca, según Ley 5719, Art. 93, inc. c); en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según ley 6451, Art. 67, inc. b); en la Provincia de Entre Ríos, según ley 10.746, Art. 93, inc. c); en la Provincia de Chubut, según ley XV 30, Art. 59, inc. c); en la Provincia de Neuquén, según ley 2784, art. 238, inc. c); en la Provincia de Río Negro, según ley 5020, Art. 232, inc. 3) y en la Provincia de Chaco, según ley 7661, art. 93, inc. c).

No resulta azarosa la destacable técnica legislativa empleada por el legislador chubutense en el art. 59, inc. g), acápite 5 de la ley XV 30 al prever la concesión de un nuevo juicio al acusado si se advierte que *“el tribunal erró al resolver cualquier cuestión de derecho surgida en el curso del juicio, o instruyó erróneamente al jurado sobre cualquier aspecto legal del caso o se negó erróneamente a dar al jurado una instrucción solicitada por el acusado.”* Sumado a ello, el juez se encuentra obligado, por un imperativo legal

⁶²Corte Suprema de Justicia de Canadá, “Corbett v. R.”, [1975] 2 S.C.R. 275, de fecha 21/12/1973, disponible en: <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/5430/index.do>. Es dable destacar que se mal denomina “Test de Yebes” cuando en realidad sus lineamientos provienen de este precedente y luego son replicados en “R. v. Yebes”, del año 1987, por lo que en honor a la verdad debiera ser mencionado como “Test de Corbett”

previsto en el Art. 43 de la ley XV 30, a explicar las instrucciones en “**un lenguaje claro y sencillo**”. (el destacado me pertenece). En otras palabras, las reglas de imputación brindadas en las instrucciones al jurado deberán ser claras, precisas y suficientes para determinar la culpabilidad o su inocencia del acusado so pena de provocar una confusión o falta de entendimiento hacia el jurado.

Conforme a lo analizado en este trabajo como también de la lectura de otros precedentes y de acuerdo a la incidencia resultante de las instrucciones de derecho sustantivo, entiendo que pueden darse las siguientes hipótesis de trabajo:

A) Las instrucciones finales impartidas resultan ser manifiestamente arbitrarias o exhiben un notorio desconocimiento del derecho, afectando el juicio y el sentido común del colectivo del jurado lo que habilita sin problemas su revisión, pudiendo provocar hasta la anulación del veredicto de culpabilidad. Aquí el cuestionamiento previo de las instrucciones no representa un límite formal o recaudo objetivo de admisibilidad para interponer el recurso casatorio por encontrarse en juego cuestiones de índole constitucional y convencional de primer orden.

B) Las instrucciones finales impartidas resultan ser parcialmente deficitarias, explicando aspectos de derecho sustantivo en términos escasos o formulando dichas instrucciones sin incluir delitos menores o veredictos alternativos. De tal forma, es susceptible que el jurado no cuente con herramientas mínimas necesarias y suficientes para poder deliberar y dictar el veredicto conforme a la evidencia rendida en contradicción. [Siempre y cuando no sea encuadrable dentro de los déficits vistos en los supuestos de A)]. Aquí, el cuestionamiento de las instrucciones por parte de la defensa obsta a la admisibilidad del recurso casatorio toda vez que el respeto debido a la regla de la deferencia así lo impone. De lo contrario, se flexibilizaría tal precepto de forma tal que implicaría suplantar la decisión del jurado por la propia valoración del tribunal en función de revisión. Sin perjuicio de ello, de acuerdo a la totalidad de las circunstancias del proceso sería viable el agravio referente a la carencia de asistencia técnica eficaz, analizado bajo los lineamientos esbozados en “Ruano Torres y otros vs. El Salvador” y en distintos precedentes de la CSJN (“Pancia”, “Nacheri”, entre otros).

C) Las instrucciones finales impartidas muestran una cierta deficiencia técnica sobre elementos teóricos pero no son dirimentes para la resolución del caso de modo tal que la coherencia entre las afirmaciones de las partes, la prueba rendida y el veredicto obtenido resulta razonablemente válido y ajustado. Aquí, carece de toda eficacia el planteamiento recursivo aunque no obsta a que se satisfaga el

derecho al doble conforme del que goza todo imputado y solicite la revisión de la sentencia, siempre y cuando hayan sido oportunamente cuestionadas las instrucciones finales.

D) Las instrucciones finales impartidas muestran déficits técnicos serios y relevantes para la resolución del caso pero sólo desde la óptica de la teoría acusatoria y las mismas no han sido cuestionadas oportunamente por la Fiscalía. Entiendo que en estos supuestos el tribunal revisor se encuentra sometido por los principios del derecho procesal de la prohibición de la *reformatio in peius* y del principio de congruencia y limitación procesal, lo que impide realizar un juicio hipotético de instrucciones válidas al jurado y valoración de la prueba para sustentar la validez del *dictum* condenatorio. Sólo la defensa puede invocar un agravio semejante para revocar la sentencia y obtener un nuevo pronunciamiento.

V.- Conclusiones

No caben dudas que el jurado popular posee un gran valor simbólico de carácter singular, emblema de la democracia participativa, que marca el sendero por el cual debe discurrir la potestad estatal punitiva para que la libertad de la ciudadanía perviva en términos constitucionales. En palabras propias del ámbito anglo-americano, se lo concibe como *“the lamp that shows that freedom lives”*. A través del mandato constitucional nos hemos sometido a ser pasibles de juzgamiento por un órgano de decisión, conformado eventualmente por criterios irracionales o si se quiere, ajenos al caso, quienes actúan a conciencia y según su sano entender, es decir, sujeto a la subjetividad de sus integrantes. En última instancia, sus integrantes evaluarán los hechos de acuerdo a un sentido de justicia real, por oposición a criterios ideales de justicia.

La piedra basal sobre la cual descansa este tipo de procedimiento surge como una imposición proveniente del contractualismo, entendido como necesidad social y que está destinada a garantizar a la población el reclamo y obtención de prestaciones básicas provenientes de la estructura organizativa-burocrática «Estado», entre las que se encuentra la administración de justicia y cuya legitimación se encuentra reconocida mediante el propio reconocimiento colectivo a través de la participación directa de miembros de la sociedad.

En palabras de Jauchen, el juzgamiento ante jurados se encuentra emparentado con sistemas democráticos puros y fundamentalmente con lo

republicano, pues implica ampliar las oportunidades de intervención directa de la ciudadanía en la cosa pública, en este caso en la administración de justicia.⁶³

Por estas razones, la regla de la deferencia tratada sólo será susceptible de ser soslayada en supuestos de arbitrariedad manifiesta por ser inconciliable el veredicto con las constancias obrantes o con las instrucciones impartidas, como si de un **recurso de inconstitucionalidad** se tratase. Con esa misma rigurosidad o cautela. Al tratarse de un ejercicio de soberanía por parte del Jurado popular, su función no constituye una delegación de poder con participación ciudadana sino que se trata de la participación misma del pueblo en un acto institucional. De lo contrario, se correría el riesgo de resolver en términos autoritarios, absolutistas o monárquicos, o si se quiere, sin republicanismo, como sucedía en tiempos pasados. Si se flexibilizara la regla de la deferencia, la actividad del jurado popular se traduciría como un otorgamiento de una simple delegación del poder, más no como un ejercicio de soberanía, reservándose el tribunal superior la potestad de revisión de los actos de sus inferiores (en este caso, del jurado) para el supuesto en que la decisión adoptada sea contradictoria a su entendimiento.

Ahora bien, como es sabido el magistrado/juez técnico se encuentra sujeto al control de las decisiones judiciales adoptadas, por ello, es necesario que sus sentencias cuenten con la debida motivación y fundamentación, cuyo objetivo puede ser analizado desde una triple perspectiva. En el precedente “Farres Paluj” de fecha 17 de Mayo de 2017 la SCJM mencionó que el deber judicial de motivar las sentencias en primer lugar garantiza el principio republicano del control ciudadano de las decisiones estatales, por lo cual el juez está obligado a dar luz los motivos sobre los cuales descansa su decisión, brindándole a la sociedad la oportunidad para cuestionar su tarea y eventualmente sancionarlos en caso de que estos actúen indebidamente. Por otro lado, pensando en términos de seguridad jurídica, la correcta motivación le otorga estabilidad y previsibilidad en la toma de decisiones. De esta forma los justiciables y la ciudadanía toda, puede esperar que ante una problemática homogénea le sea seguida una solución semejante a la adoptada anteriormente, garantizándose el respeto debido al principio de igualdad ante la ley. Finalmente la argumentación jurídica pone en la palestra la visión del magistrado sobre determinado tema lo que permite que se produzca un intercambio de opiniones con el resto de los operadores judiciales (sus pares, fiscales, defensores, etc) y de esta forma los distintos puntos de vista pueden ser

⁶³ JAUCHEN, “*Tratado de Derecho Procesal Penal*”, Tomo I, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, (2012), pág. 332.

confrontados, lo que conduce al desarrollo del derecho como práctica interpretativa democrática.

En relación a la motivación jurídica del veredicto del jurado popular, esta triple perspectiva se encuentra asegurada. Allí, es el pueblo mismo quien interviene en la toma de decisiones sobre la base de instrucciones precisas y claras a lo que se le adiciona la intervención del juez durante el proceso como sujeto veedor del cumplimiento del debido proceso, es decir, existe un plus de republicanismo. En segundo lugar, la seguridad jurídica emanará de las instrucciones impartidas en tanto y en cuanto es razonable y previsible que, partiendo de premisas válidas y sólidas, las cuales son escrutadas por los litigantes al momento de su construcción, puede llegarse a la misma conclusión adoptada. En último lugar, la práctica interpretativa democrática se encuentra reforzada toda vez que existe un registro fílmico del momento procesal en el que se litigan las instrucciones, es decir, se produce un intercambio de argumentos jurídicos entre la fiscalía y la defensa al presentar sus propuestas de instrucciones. A dicha actividad se le suma la opinión del juez sobre el significado de la norma, definiendo en última instancia las instrucciones a impartir. Por ello, las premisas sobre las cuales descansa el veredicto son susceptibles de ser sometidas a discusión por los representantes de la ciencia del derecho penal formando así un consenso democrático y contribuyendo al desarrollo del derecho.

Sin dudas la dogmática penal tiene importantes consecuencias al momento de revisar la decisión de los determinadores de los hechos, no obstante ello, no debe perderse de vista el respeto por la regla de la deferencia. Así, el juez y los litigantes deben tener un profuso y cabal conocimiento de la teoría del delito y de los delitos en particular, de lo contrario, la impericia demostrada o una deficiencia técnica en las instrucciones pueden provocar una cierta indeterminación y confusión al jurado popular lo que en última instancia, repercute en la correcta valoración del plano fáctico y probatorio.

El futuro de la dogmática jurídico penal sigue en pie, ya que no sólo señala límites, define conceptos, sino que hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación. Como enseña Enrique Gimbernat Ordeig⁶⁴, *“cuanto menos desarrollada esté una dogmática, más dependerá del azar y de factores incontrolables la condena o la absolución, es decir, cuanto menor sea el desarrollo dogmático, más lotería, hasta llegar a la más caótica y anárquica aplicación de un Derecho penal del que -por no*

⁶⁴ GIMBERNAT ORDEIG, “¿Tiene futuro la dogmática jurídico penal?”, disponible en: https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080521_84.pdf

haber sido objeto de un estudio sistemático y científico- se desconoce su alcance y su límite". Dicho en otras palabras, mientras se incurra en una mayor impericia técnica en las instrucciones, la actividad del jurado será una cuestión de lotería.

La no inclusión de instrucciones relacionadas con la explicación de conceptos básicos y suficientes como los ya explicados en materia de culpabilidad pueden conducir al jurado a decidir de manera errónea. Las instrucciones brindadas deben permitir realizar un análisis *ex post* de las proposiciones fácticas que tuvo por acreditadas el jurado para comprender un instituto jurídico penal con efectos dirimentes en la causa. De lo contrario, recurriendo al test de plausibilidad antes esbozado o al "test del jurado razonable" (también llamado "test de Yebes") se podría determinar que un jurado bien instruido hubiese resuelto de manera distinta, tal como fue mencionado en los distintos casos tratados y que, de acuerdo al tribunal revisor, los mismos requerían instrucciones precisas y necesarias, ya sea en materia de culpabilidad, comisión por omisión, violencia de género, abuso funcional o alevosía. Sin embargo, como se ha señalado, dicha temática no es limitante y entiendo que el embate casatorio cuyo agravio gire en torno a deficiencias técnicas en las instrucciones puede replicarse sobre cualquier instituto de la ciencia del derecho penal, siempre que tenga relevancia para la resolución del caso sometido a juzgamiento.

A fin de evitar futuras impugnaciones sobre los veredictos populares, sería recomendable la utilización de modelos de instrucciones⁶⁵ o buenas prácticas cuya tarea sea la de clarificar la función del jurado, de las partes y del juez y de esa forma, evitar el ya mencionado descrédito hacia la Justicia. La Corte Suprema del estado de Missouri de EE.UU. reseñó al respecto que resulta beneficioso eliminar el antiguo sistema de instrucciones complejas, detalladas y frecuentemente argumentativas que causaban grandes dificultades a los jurados, abogados y jueces, provocando un alto porcentaje de revocaciones por instrucciones dadas o denegadas⁶⁶. Por tales motivos, destacó la importancia de las "Missouri Approved Jury Instructions" en cuyo documento se consideró cuidadosamente las palabras precisas a usar en cada instrucción y ha sido aprobada por distintos profesionales para proporcionar instrucciones simples, concisas y comprensibles. Asimismo, se

⁶⁵Véase al respecto el "Proyecto de Libro de Instrucciones al Jurado" publicado por el tribunal supremo de puerto rico, publicado en: <https://inecip.org/wp-content/uploads/manual-de-instrucciones-al-jurado-puerto-rico.pdf>

⁶⁶Corte Suprema de Missouri, "Carrie Brown vs St. Louis Public Service Company", de fecha 11/12/1967, disponible en: <https://casetext.com/case/brown-v-st-louis-public-service-company>

puede recurrir al Proyecto de Libro de Instrucciones al Jurado, ordenado por el Tribunal Supremo de Puerto Rico⁶⁷, quien al advertir la necesidad de revisión del viejo Libro de Instrucciones al Jurado de 1976 indicó su realización. De la lectura de dicha pieza documental, se advierte la existencia de la misma problemática jurídica que ha aparecido en distintos fallos de nuestro país, como puede ser la carencia de uniformidad en el ofrecimiento de las instrucciones, lo que da lugar a instrucciones disímiles en casos que contemplan delitos similares; la falta de consenso sobre cómo instruir en relación a la proliferación de nuevas modalidades delictivas; la ausencia de instrucciones precisas por delitos menores o veredictos alternativos; la ausencia de instrucciones que sirvan de base explicativa de la nueva filosofía del ordenamiento jurídico penal (funcionalismo), muy distante del adoptado por nuestro Código en 1921, entre otras problemáticas, lo que podría contribuir a su saneamiento y a un avance en la dirección juradista.

Como cierre y a modo de pregunta, es preciso indagar, si en un sistema acusatorio el rol del juez debe ser independiente, imparcial e imparcial, entendiendo a esta última característica como aquel que no es parte, puesto que el juez no debe ni puede hacer las tareas propias y exclusivas de las partes como afirmar, alegar, impugnar, etc., cómo debe actuar el magistrado al momento de confeccionar las instrucciones brindadas al jurado sobre aspectos de derecho sustantivo toda vez que el hecho de asumir una postura activa que mejorare las instrucciones propuestas por la fiscalía, reduciría de esa forma las posibilidades de obtener un veredicto de no culpabilidad, al encontrarse el jurado en una mejor posición para decidir el caso. Y a la inversa, puede adoptar instrucciones que mejoren las chances de obtener un veredicto de no culpabilidad. De tal forma podría darse el caso de que, adoptando una postura estática o disimulada al advertir deficiencias técnicas en las instrucciones no las corrija y de esa forma el acusado obtendría mayores posibilidades de revisar el *dictum* en casación, lo que sería una forma de intervenir o de eludir la regla de la deferencia. Entonces si el juez abandona el rol equidistante que debe tener en todo momento e interviene en un momento preponderante del proceso (instrucciones finales), se diluye el mencionado principio de imparcialidad? O debe primar el interés por el debido proceso y la aplicación de la ley está por encima de cualquier estrategia de partes?. ¿Es campo del juez técnico solucionar las supuestas deficiencias técnicas en las instrucciones pese a no haber sido cuestionadas? ¿Constituye una desnaturalización de su función, contribuyendo a la

⁶⁷Disponible en: <https://inecip.org/wp-content/uploads/Manual-de-instrucciones-al-jurado-Puerto-Rico.pdf>

pérdida de la seguridad jurídica, al no poder preverse en el momento de su confección cómo resolverá el jurado con las instrucciones impartidas?

Lo expuesto da la pauta para una discusión siempre abierta y necesaria, cuya teleología pretende que prevalezca el respeto a la libertad y al debido proceso legal sin abandonar los derechos de las víctimas y las justas exigencias del bien común.

VI.- Bibliografía

Libros

- AGUINAGA, Juan Carlos, *“Culpabilidad”*, Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, (2003).
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *“Teoría General del Proceso”*, Tomo II, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea, (2015).
- DIAS, Horacio, *“En Debate. Derecho Penal”*, Tomo III, 1º Ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley (2017), pp. 931-952.
- HARFUCH, Andrés, *“El veredicto del jurado”*, 1º Ed., Buenos Aires: Ad-Hoc (2019).
- HENDLER, Edmundo, *“El juicio por jurados. Significados, genealogías, incógnitas”*, 1º Ed., Buenos Aires: Editores del Puerto, (2006).
- JAUCHEN, Eduardo M., *“Tratado de la prueba en materia penal”*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni (2014).
- *“Tratado de Derecho Procesal Penal”*, Tomo I, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, (2012).
- JAKOBS, Günther, *“Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación”*, 2º ed. Madrid: Marcial Pons, (1997).
- *“Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional”*, Madrid: Civitas, (1996).
- MAIER, Julio, *“Derecho Procesal Penal, T. I Fundamentos”* 2º de. 4º reimp., Buenos Aires: Editores del Puerto (2012), pp. 775-793.
- PASCUA, Francisco Javier, *“Juicio por Jurados Populares”*, 1º Ed., Mendoza: Editorial ASC (2020).
- PAWLIK, Michael, *“Ciudadanía y Derecho Penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades”*, Barcelona: Atelier (2016).
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique, *“La Pena: Nociones Generales”* en LASCURIAN SANCHEZ, *“Manual de Introducción al Derecho Penal”*, 2º Ed. Madrid: Editorial Civitas (2015), pp.256-293.

- RAFECAS, Daniel, *“Derecho penal sobre bases constitucionales”*, 1° Ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Didot (2021).
- ROSATTI, Horacio, *“Tratado de Derecho Constitucional”*, 2°ed. Ampliada y actualizada, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni (2017), pp. 466-475.
- ROXIN, Claus, *“Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito”*, trad. 2° ed. Alemana, Buenos Aires: Thomson Reuters (1997).
- SCHIAVO, Nicolás, *“El Juicio por Jurados. Análisis Doctrinal y Jurisprudencial”*, Buenos Aires: Hammurabi, (2016).
- VAZQUEZ ROSSI, Jorge, *“Derecho Procesal Penal. Tomo II”*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni (1997).
- WELZEL, Hans, *“Derecho Penal. Parte General”*, trad. por Carlos Fontán Balestra, Buenos Aires: Depalma, (1956).
- ZAFFARONI, Raúl, *“El derecho penal del siglo XXI: homenaje al Dr. Manuel Rivacoba y Rivacoba”*, 1° ed. Mendoza: Editorial Jurídicas Cuyo (2005), pp. 867-884.
- ZAZZALI, Julio R., *“Psiquiatría forense”*. 1° Ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Rocca, (2015).

Documental

- CHESTERTON, Gilbert Keith, *“Doce Hombres”*, disponible en <http://www.juicioporjurados.org/2022/01/chesterton-y-su-elegia-al-juicio-por.html>

Jurisprudencia

- Suprema Corte de Justicia de Mendoza, “Inc. En autos Fiscal C/IBAÑEZ BENAVIDEZ, Yamila M. y ORTIZ ROSALES, Maximiliano E. p/Homicidios calificados P/Plenario”, 30 de Diciembre de 2020, causa CUIJ N.º 13-05365349-3
- Suprema Corte de Justicia de Mendoza, “Fiscal C/TIZZA Antonio y GONZALEZ ZARATE Celeste P/Hom calif. S/Rec. Ext. De Cas.” 08/01/2021, causa N.º13-04879377-5