

///Martín, 06 mayo de 2015

AUTOS Y VISTOS:

Los presentes actuados correspondientes a la **Causa** registrada bajo el **Nro. 21309** de éste Juzgado de Garantías en lo Penal N° 3 Departamental, (IPP 15-00-38295-14 de la Unidad Funcional de Instrucción Nro. 07 Deptal.) seguida a **Portillo Sergio Juan, Zubia José Felix y Urrutia José David**, para resolver, y

CONSIDERANDO:

Que a fs. 407 se notificó de la requisitoria fiscal de elevación a juicio el Dr. Diaz Martín, quien asiste legalmente al encartado Portillo, sin manifestar reserva alguna al respecto, siendo que Dr. Verri Mariano, defensor oficial de Zubia y Urrutia, hizo lo propio, expresando a fs. 422 que la voluntad de sus pupilos es la de no someterse al juicio por jurados, sino que optaron por la realización del debate oral mediante la integración ordinaria del Tribunal.

Que en razón de la fecha de comisión del injusto, y teniendo en cuenta la escala penal prevista para el delito endilgado, la presente pesquisa debe tramitar al amparo de lo regulado por la ley 14.543, siendo que El Art. 22 bis del CPP, incorporado por la mentada legislación, en su párrafo quinto reza *"...En caso de existir pluralidad de imputados, la renuncia de uno de ellos determinará la integración del Tribunal de conformidad a*

lo establecido en el Art. 22." , por lo que en el caso traído a consideración, el juicio oral debiera sustanciarse con la intervención de los jueces profesionales que conforman el Tribunal en lo Criminal.

Que la Ley 14.543 instrumentó, luego de 160 años de reticencia, el juicio por jurados en la provincia de Buenos Aires; si bien destaco la importancia de haber instaurado dicho sistema de enjuiciamiento, pues fortalece una distribución de poder más democrática y republicana, a la vez que representa un fuerte impulso hacia la expansión del estado de derecho constitucional, lo cierto es que considero desafortunada la redacción de la disposición citada.

En efecto, de una primera lectura de la norma, no puedo dejar de advertir que en la misma el Estado se arroga facultades propias del imputado, puesto que le impone la obligación de renunciar al juicio por jurados en caso de que uno de sus coimputados así lo requiera, lo cual claramente se traduce en un exceso en el ejercicio del poder penal estatal, puesto que pareciera anteponerse la voluntad del Estado sobre la del justiciable, circunstancia que trae aparejada, necesariamente como contrapartida, la pérdida de un derecho constitucionalmente reconocido para el individuo.

En virtud de lo reseñado previamente, luego de haber realizado un análisis de la doctrina y jurisprudencia sobre la

materia que a continuación expondré, y en el entendimiento de que la norma citada se encuentra en manifiesta colisión con los preceptos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional, es que habré de declarar su inconstitucionalidad.

El prestigioso Dr. Andrés Harfuch, férreo defensor del juicio por jurados, al comentar su postura respecto del artículo transcrito anteriormente expresó que *"...La redacción del último párrafo del Art. 22 bis del CPP es desgraciada, desconcertante y debe ser inmediatamente declarada inconstitucional. Más allá de que sea nuestra posición que el juicio por jurados es obligatorio sea nuestra Constitución, la forma en que quedó redactado este artículo es hasta incongruente con sus propias declamaciones. El legislador justificó la renunciabilidad al juicio por jurados basándose en que el jurado es una garantía constitucional...Por tal razón es disponible. Aún cuando no acordemos con esa lógica y pensemos que el jurado es una garantía tan indisponible como el juicio oral y público, no se entiende como la opción de uno sólo de los posibles coimputados por un juicio ante jueces profesionales puede obligar a los demás a tener que ser juzgados de esa manera, aún cuando su voluntad expresa sea la de ser juzgado por el jurado popular que le garantiza la Constitución Nacional".* (Andrés Harfuch, *El Juicio por Jurados en la Provincia de Buenos Aires*, Editorial Ad Hoc, 2013, Pag. 137).

Hemos tenido posturas diferentes con el Dr. Harfuch en algunos tópicos, inclusive en cuanto a la disponibilidad de la acción que el plantea, pero en este tópico debe reconocérsele el mérito por ser el primero que lo ha dejado claro, la lógica es impecable y fuera de toda discusión, como expondré infra.

Adelantando mi opinión a modo de obiter dictum, desde ya aclaro que entiendo que la interpretación constitucional de la renunciabilidad del juicio por jurados requiere un doble conforme. El del imputado y el del representante de la víctima o de la sociedad, puesto que el mismo tiene un doble carácter, como derecho del individuo y como derecho de la sociedad. **Sin embargo esta decisión jurisdiccional no requiere un acuerdo doctrinario en cuanto al carácter de disponible o no del juicio por jurados**, como se adelantara previamente. No dejo sin embargo de apreciar que esta es claramente hoy una postura minoritaria, y la mayoría de la doctrina se ha decantado por entender que el juicio por jurado es una garantía constitucional.

Continuando la primigenia línea de pensamiento me permito hacer algunas observaciones sobre el instituto en trato. El juicio por jurados se encuentra establecido, entre otros, en el Art. 24 de la CN, por lo que ya desde la ubicación donde el constituyente decidió redactarlo es indudable su carácter de **derecho fundamental**, encontrándose en la parte titulada "*Declaraciones, derechos y garantías*", es entonces un derecho

del acusado, y por otro lado, en virtud del Art. 118 es, **una forma política de organización estatal**, pues no sólo implica que la comunidad pueda participar en el proceso de toma de decisiones judiciales, sino que representa un derecho del acusado a ser juzgado por su conciudadanos, toda vez que dicha circunstancia representa una restricción al poder estatal, desconcentrando el monopolio del ejercicio del poder punitivo.

Entonces, el juicio por jurados tiene como primer finalidad la de limitar al Estado y dar seguridad al ciudadano frente a él, tanto al acusado, como a la ciudadanía interviniente en su función de contralor de la actividad punitiva. Como segunda medida, -y esta es una opinión individual del suscripto- juzgar bajo jurado popular cuando ciertas circunstancias pongan en duda la eficacia de los jueces profesionales en determinados procesos (en especial los referidos a los crímenes políticos, aberrantes o de sus representantes).

Sentado ello como primer punto de anclaje de la cuestión, corresponde continuar el análisis diciendo que las garantías constitucionales son definidas como prerrogativas que tiene el individuo frente al poder político para asegurar el goce efectivo de los derechos reconocidos, es decir, que conceptualmente son restricciones a la actividad estatal, herramientas que poseen los sujetos para hacer frente a toda actuación que implique una injerencia en su esfera de derechos individuales, por lo que es

responsabilidad del Estado establecer todos los mecanismos necesarios para hacerlas efectivas y no meramente ilusorias.

Entonces, con lo dicho hasta aquí, se puede aseverar que la norma criticada conculca garantías establecidas en la norma superior, toda vez que priva arbitraria y compulsivamente al individuo del goce efectivo de un derecho constitucionalmente reconocido, pues la decisión de Zubia y Urrutía de ser juzgado por un Tribunal Criminal, obliga a Portillo a apartarse de su voluntad de someterse a ser juzgado por sus pares.

Y no estamos tampoco ante una hipótesis donde –si se siguiera mi postura- el Ministerio Público (como representante del pueblo) reclame un juicio por jurados ante determinado delito o persona en particular. Es simplemente que el legislador opta por el menos constitucional de los derechos por sobre el precepto ínsito en la Ley fundamental.

Dicho esto, vale agregar que los propios fundamentos de la ley 14.543 expresan que el sistema se implementa, entre otras cosas, por considerar que se trata de un pilar fundamental en el sistema democrático de administración de justicia, asegurando la participación ciudadana en las decisiones judiciales, así como la publicidad y transparencia que debe signar la actividad de todos los órganos estatales del sistema republicano, y esto último se traduce en un beneficio para quien será juzgado, vislumbrándose que se instaura como una garantía para el imputado a un

pronunciamiento mas justo. Asimismo, se sostiene que "*...el establecimiento del juicio por jurados es entendido en el presente proyecto como un derecho del imputado que como tal resulta enteramente renunciabile...*", lo cual deja ver claramente que, a criterio del propio legislador, existe una relación de disponibilidad entre el objeto de tutela y el sujeto titular de ese derecho, y por lo tanto, por defecto, no disponible por parte del Estado. Es decir, que si se sigue esta línea de pensamiento y le asignáramos el carácter de derecho del imputado a ser juzgado por sus pares y, por lo tanto, se pone en cabeza del beneficiario la decisión de renunciar (tal como expresaría el legislador en sus consideraciones), es totalmente contradictorio privarlo de ese derecho en ciertas circunstancias que le son ajenas; pues desde esta óptica es una potestad individual de la que no se puede apropiar el Estado.

Más allá de la postura que se adopte sobre la cuestión, lo cual excede los objetivos de la presente resolución, lo cierto es que la propia ley consagra la opción de renuncia, y ello sugiere claramente un propósito garantizador, motivo por el cual no puede operar en perjuicio de su titular, lo que lleva necesariamente a que no se pueda pregonar la constitucionalidad del precepto en crisis.

En esta inteligencia, y tal como lo señala el Dr. Edmundo Hendler, quien le ha dedicado gran parte de su carrera académica

a la promoción del juicio por jurados enrolándose en la postura que lo considera un derecho individual, la institución social que se pretende instaurar, no puede verse desvirtuada al establecerse una aplicación obligatoria, toda vez que ello sería utilizarla en contra de aquel en cuyo resguardo fue creada. (*Edumndo Samuel Hendler, El Juicio por Jurados Como Garantía de la Constitución, revista El derecho, 2009*). Tal afirmación, implica redefinir todo el sistema del poder punitivo, pues optar por tal opción representa una limitación y contención del mismo, tendiente a minimizar la selectividad y violencia que son inherentes a ese poder, y ello, tal como lo postulan los Dres. Zaffaroni, Alagia y Slokar, no es más que la finalidad propia del derecho penal.

De lo dicho hasta aquí, habré de concluir en primer término, que el último párrafo del Art. 22 bis del CPP afecta directamente la garantía de defensa en juicio, pues la misma implica, entre otras cosas, otorgarle al imputado un amplio abanico de herramientas a su disposición que le permitan obtener un pronunciamiento justo, ajustado a sus intereses, toda vez que en ese proceso se decide nada más ni nada menos que su culpabilidad y, por ende, si se le aplicará o no una pena privativa de su libertad; es decir, que durante la sustanciación del juicio oral, se encuentra todo el aparato penal puesto sobre un sólo sujeto. Entonces, el juicio por jurados se presenta como un

elemento más que conforma la garantía mencionada, al implicar el hecho de ser oído y juzgado por los pares, desconcentrando así el poder y la autoridad que emerge de los jueces profesionales, así como también, y respecto del caso que nos ocupa, en lo que atañe a la posibilidad de elección del imputado a someterse a esa modalidad de enjuiciamiento o no como parte de su estrategia defensiva.

Asimismo, considero oportuno mencionar nuevamente al Dr. Harfuch, quien al comentar la ley bajo examen, realiza una reinterpretación de la garantía de juez natural, toda vez que en su Art. 1 la mentada ley incluye en su redacción al juicio por jurados, entonces lo que está diciendo es que *"...el juez natural no sólo es el profesional, sino también lo son los jueces ciudadanos que constituyen el jurado popular y están triplemente designados en forma expresa por nuestra Constitución Nacional: Como garantía para el justiciable ... como derecho y obligación del pueblo a participar en la administración de justicia y como forma obligatoria de organización y gobierno del Poder Judicial federal y de las provincias"* (Andrés Harfuch, *El Juicio por Jurados en la Provincia de Buenos Aires, Editorial Ad Hoc, 2013, Pag.32*). El doctrinario expresa, tal como se viene sosteniendo, que la implementación del sistema de juicio por jurados trae insta la función de desconcentrar el inmenso poder que se ejerce sobre el ser humano, puesto que la sobredimensión del juez profesional

vulnera la garantía de juez natural, toda vez que en rigor de verdad, él no está designado constitucionalmente para dictar veredicto, presentándose así y desde que fue concebido en su origen, como un límite al poder del estado. Por último, concluye de manera contundente sosteniendo que *"en todos los manuales de derecho del common law, se resalta el rol del jurado como última salvaguarda contra la tiranía y los deseos despóticos de un gobierno"* (Ibid. pag.35).

En la misma inteligencia se ha dicho que *"la disyuntiva "garantismo-autoritarismo" y el triunfo del primero sobre el segundo coincide con el establecimiento de los estados democráticos, republicanos o monárquicos, reconocedores del hombre como titular de derechos no sólo frente a otros hombres sino, y fundamentalmente, frente al propio Estado para que, al ejercer éste su poder represivo penal, lo deba hacer con respeto a derechos que, en última instancia, tienen por fin principal asegurar la dignidad del hombre; es decir, igual objetivo del que legitima la existencia del Estado"* (Código de Procedimiento Penal Comentado, Héctor Granillo Fernández y Gustavo Herbel, La Ley, 2005, p.3).

Así las cosas, de adverso a lo que ocurre con las medidas coercitivas en las que impera un criterio de interpretación restrictivo, cuando nos encontramos frente a una garantía del sometido a enjuiciamiento penal debe reinar una interpretación

extensiva a fin de posibilitar la real vigencia de la misma con el objeto de no tornarla letra muerta dentro del ordenamiento jurídico, lo cual aparejaría una tácita derogación de la ley positiva, situación no prevista ni permitida por el ordenamiento legal y por ende inadmisibile. De modo tal, que en un juego armónico de las normas procesales y constitucionales en trato (arts. 22, 22 bis, 26 del CPP y 18, 24, 118 y 75 inc. 12 CN) debe optarse por la vía que mejor tutele los derechos y respete las garantías del encartado. Todo lo mencionado de acuerdo a las normas constitucionales mencionadas y al art. 1 párrafo 3ro. del ritual. Es decir, ante una interpretación que limite el ejercicio de un derecho o la vigencia de una garantía y otra que sustente una hermenéutica amplia de las mismas habrá de estarse a la segunda.

Desde luego no olvidamos lo establecido por la CSJN en cuanto "*...la hermenéutica de las leyes debe practicarse siempre evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas a las otras, y adoptando, como verdadero, el que las concilie y deje a todas con valor y efecto...*" (CSJN 1984/9/6 "Echeverry de Rossi, María", LL 1984-D-594), justamente la hermenéutica carece de tal armonización, **pero en el caso concreto resulta imposible generar ese vínculo armonioso**, sin fulminar previamente el art. 22 bis.

Entonces, la interpretación aislada de la norma cuestionada, violenta la posibilidad de Portillo de ser juzgado por un tribunal constituido por jurados dado que le veda directamente la posibilidad de elegir o rechazar dicha forma de juzgamiento al pretender excluir arbitrariamente el presente caso del las normas del art. 22 bis del ritual, en virtud de la elección realizada por sus coimputados.

Sentado ello, no se entiende qué razones llevaron al legislador, frente a dos sendas posibles, a tomar aquella que menos derechos provee, ergo, la que mas arbitraria resulta, pues por la decisión unilateral de un justiciable se priva el derecho del consorte de causa a ser juzgado por sus pares y, como contra cara, a la sociedad de formar parte de la organización del poder penal estatal, tal como la habilita el Art. 118 de la Constitución Nacional.

Es decir, si la regla constitucional es el juicio por jurado, frente a una situación conflictiva como es la de que en una misma causa dos imputados elijan ser enjuiciados de maneras distintas, la solución debe siempre tener como faro las bases sentadas por aquel precepto, pues justamente es ese el fundamento de los principios constitucionales, el de servir como pilares sobre los cuales se construya el andamiaje punitivo, y el de ser una suerte de catálogo de reglas orientadoras para los jueces al momento de tomar decisiones, no sólo para interpretar adecuadamente las

leyes, sino también, tal como ocurre en el caso que nos ocupa, para identificar y advertir cuándo las mismas exceden aquellas bases limitadoras.

En definitiva, la desconcertante opción elegida por el legislador, siendo el menos garantizador de los caminos posibles, es sin dudas una excepción a la regla que priva al individuo de un derecho, pero también a la comunidad de ejercer su poder soberano, y siendo que no se advierte motivo alguno que justifique tal decisión, es que me permito concluir que se trata de resabios conservadores que perpetúan la tradición elitista de la justicia, considerando al juez profesional como último y mejor intérprete de la ley.

En otro orden de ideas, tal como se mencionara, el juicio por jurados tiene como propiedad inherente la noción de que el pueblo soberano participe en la toma de decisiones jurisdiccionales, luego, qué mejor manera de hacerlo que a través de la integración del propio órgano decisor, y mediante la correcta aplicación de la ley sancionada por el Parlamento, que resulta ser, a su vez, el representante de la sociedad en el Congreso. Es decir, que de esta manera se completan todos los aspectos que hacen a la democracia representativa, pues la ciudadanía elige a sus representantes de gobierno y a los encargados de concretar la verdad social en la ley, y por otro lado, influye directamente en la actividad judicial, de manera pasiva mediante el control de la

actuación pública de los órganos judiciales, pero también activamente al constituirse como integrante del Tribunal.

Teniendo entonces esta democratización de la justicia como norte, como ya se ha dicho en el presente, la virtud de la acusación popular reside en su concepción como un derecho, por encima de resultar una mera organización del poder estatal. Tal es así, que no sólo es una prerrogativa del enjuiciado, sino que, es un derecho de la sociedad en general y de la víctima en particular, de contribuir en la actividad jurisdiccional en su expresión mas palpable como es el proceso penal, pues resulta ser la concreción de la ley penal, y por lo tanto un paso adelante en el camino cuya meta es la tan ansiada "*justicia*".

Por otro lado, no escapa a este magistrado la gravedad que implica dictar la inconstitucionalidad de una norma, siendo que ello sólo debe hacerse en casos excepcionales y cuando, tal como lo reconoce la Corte Suprema de la Nación, la colisión de los preceptos y garantías de la Constitución surja de la ley misma, dado que las leyes y los actos estatales se presumen válidos, y por ende constitucionales, tal declaración sólo se debe emitir cuando la incompatibilidad con la Constitución es absoluta y evidente (*Bidart Campos, G., Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, pág. 458, T. I-A, Ed. Ediar, año 2000*); más es propio de la función de los jueces, velar por el efectivo cumplimiento de derechos y deberes reconocidos en la Carta

Magna, pues *"resultan ser normas jurídicas operativas con con vocación de efectividad ...el llamado a reglamentarlos no puede obrar con otra finalidad que no sea la de darles todo el contenido que aquella le asigne"* (CSJN, Q.C.,S. Y c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Amparo, 24/04/2012 T.335, P.452).

Asimismo, el sistema de control de constitucionalidad que tenemos en nuestro país, obliga a declarar la inconstitucionalidad de una norma aplicada en un caso concreto, cuando ella contradiga preceptos de jerarquía superior.

En tal sentido, el sistema de control de constitucionalidad de la ley es difuso y destinado en forma privativa al Poder Judicial, de modo tal que todos los jueces de la Nación, sin importar la jerarquía del tribunal o juzgado que integren, están facultados para ejercerlo, ciñéndose los efectos de tal declaración únicamente al caso concreto. (*Badeni, G., Instituciones de Derecho Constitucional, pág. 208, Ed. Ad Hoc, año 2000*).

En razón de todo lo dicho hasta aquí, encontrándose la norma cita en franca colisión con las garantías constitucionales a ser juzgado por un juzgado lego, a una correcta defensa en juicio y a ser juzgado por los jueces designados por la ley, a participar en la administración de justicia, y resultando ser una injerencia coercitiva del poder del Estado en el ámbito de los derechos individuales y colectivos, cuyo resultado es transitar la senda que

menos se ajusta a las directivas de la Carta Magna, es que resuelvo declarar su inconstitucionalidad.

Por todo lo expuesto,

RESUELVO:

I) DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 22 BIS, ULTIMO PARRAFO, DEL CPP.

II) FIRME QUE SEA, ELEVAR LA PRESENTE A JUICIO ORAL DEBIENDO CONOCER EN EL MISMO EL TRIBUNAL DE JURADOS, que resulte integrado conforme el procedimiento establecido por la ley 14.543. (Arts. 1, 24 y 114 de la CN).

III) REGISTRESE, NOTIFIQUESE, y cúmplase con la remisión antes dispuesta, sirviendo el presente resolutorio de atenta nota de elevación.

Ante mi:

Se cumplió. Conste.

