

# JUICIO POR JURADOS Y PROCEDIMIENTO PENAL



Coordinado por Gustavo Letner y Luciana Piñeyro



Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires  
Consejo de la Magistratura



# JUICIO POR JURADOS: VEREDICTO DE CULPABILIDAD Y DETERMINACIÓN DE LA PENA

Por Tamara Peñalver\*

*Durante un año de la luna, he sido declarado invisible: gritaba y no me respondían, robaba el pan y no me decapitaban. He conocido lo que ignoran los griegos: la incertidumbre.*

Jorge Luis Borges, *La lotería en Babilonia*.

## INTRODUCCIÓN

Este trabajo pretende brindar algunas ideas respecto del desarrollo y contenido de la audiencia de determinación de la pena en el marco del veredicto de culpabilidad en los juicios por jurados populares. Sobre este punto, se ofrecen al lector algunos ejes centrales del alcance de la audiencia y de las características de los debates orales de los sistemas procesales argentinos más modernos.

No se analiza ninguna legislación en especial, por lo que algunas de las discusiones que ameritan los temas relacionados con la audiencia de determinación de la pena no son abordadas en detalle. Se prioriza realizar un tratamiento general de esta nueva etapa del juicio.

## LA REFORMA PROCESAL PENAL EN ARGENTINA Y EL JUICIO POR JURADOS

En las últimas décadas, Argentina ha avanzado en la reforma de sus sistemas procesales penales a nivel provincial y federal. La discusión acerca de la necesidad de implementar sistemas acusatorios en todo el

---

\* Abogada. Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Coordinadora del Área de Capacitación del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales - INECIP.

país con audiencias orales y públicas obedece a la demanda social de una justicia transparente y eficaz, que hasta el momento se ha mantenido al margen de brindar respuestas de calidad frente a los conflictos sociales.

Al referirme a respuestas de calidad, hago hincapié en brindar a los ciudadanos la posibilidad de conocer por qué, para qué y cómo es que se toman las decisiones en el marco de un proceso penal. El abandono de la oscuridad y el ritualismo judicial –pilares fundamentales de la violencia estatal– serán finalmente una victoria de la democracia cuando todo el país cuente con procesos penales públicos con amplia participación de la víctima, del imputado y, por supuesto, de la ciudadanía a través del instituto del jurado popular.

Hacia este camino nos dirigimos. Varias provincias argentinas han establecido sistemas procesales penales acusatorios. Los más modernos han avanzado hacia el establecimiento de audiencias desde el comienzo de la investigación, con innovaciones de gestión (creación de oficinas judiciales y colegio de jueces) y el establecimiento de los juicios por jurados en los debates orales.

Nuestro país cuenta con 25 códigos procesales penales diferentes, todos ellos con características particulares, que obedecen al momento político en el cual fueron sancionados y/o reformados. Existen legislaciones que poseen institutos de corte acusatorio e inquisitivo juntos, principalmente los primeros códigos reformados (denominados de primera generación), y también tenemos códigos plenamente acusatorios, que se corresponden con los sancionados en forma más reciente (denominados de tercera generación).

En este sentido, con el fin de aportar información sobre el estado actual de la reforma en Argentina, en el siguiente cuadro se puede observar el tipo de sistema que establece cada una de las legislaciones y, a su vez, el estado de regulación del juicio por jurados.

## Legislaciones argentinas sobre sistemas procesales y juicio por jurados<sup>1</sup>

Justicia provincial, CABA y federal	Sistema procesal penal	Juicio por jurados
Buenos Aires	Acusatorio	Sistema clásico
Catamarca	Acusatorio	Sistema clásico
Chaco	Acusatorio	Ley sancionada Sistema clásico
Chubut	Acusatorio	Proyecto de ley presentado Sistema clásico
Ciudad Autónoma de Buenos Aires	Acusatorio	Proyecto de ley presentado Sistema clásico
Córdoba	Acusatorio	Sistema escabinado
Corrientes	Inquisitivo reformado	No
Entre Ríos	Acusatorio	Proyecto de ley presentado Sistema clásico
Formosa	Inquisitivo reformado	No
Jujuy	Acusatorio	No
La Pampa	Acusatorio	No
La Rioja	Proyecto de CPP Acusatorio presentado	Proyecto de ley presentado Sistema clásico
Mendoza	Acusatorio	No
Misiones	Inquisitivo reformado	No
Neuquén	Acusatorio	Sistema clásico
Río Negro	CPP acusatorio aprobado	Ley sancionado Sistema clásico
Salta	Acusatorio	No
San Juan	Inquisitivo reformado	No
San Luis	Inquisitivo reformado	No
Santa Cruz	Inquisitivo reformado	No
Santa Fe	Acusatorio	Proyecto de ley presentado Sistema clásico

1. El cuadro fue elaborado a partir del relevamiento de los códigos procesales penales y leyes de juicio por jurados publicadas en sitios web oficiales. Debe aclararse que se han identificado todos los sistemas acusatorios, sean de primera, segunda o tercera generación. Se ha valorado específicamente la regulación de la investigación fiscal. Es importante mencionar que los códigos más modernos, como los de Chubut, Neuquén, Río Negro, Justicia Federal, Santa Fe y Entre Ríos, regulan no sólo la investigación fiscal, sino audiencias orales desde el inicio de la investigación, la reestructuración de la organización de los ministerios públicos y judicatura, entre otras características de los sistemas procesales adversariales más avanzados.

Santiago del Estero	Acusatorio	No
Sistema federal	CPP acusatorio aprobado	Proyecto de ley presentado Sistema clásico
Tierra del Fuego	Inquisitivo reformado	No
Tucumán	Acusatorio	Proyecto de ley presentado Sistema clásico

Fuente propia actualizada al 08/10/2017

Como se puede ver, y a pesar de que nuestra Constitución dispone en tres artículos que deberá establecerse el juicio por jurados para los hechos criminales, sólo contamos con tres provincias que poseen juicio por jurados en funcionamiento. Algunas provincias han presentado proyectos de jurados legos, otras aún se encuentran a la espera de la entrada en vigencia de los sistemas acusatorios con investigación fiscal. Si bien la realidad es diversa, la discusión acerca de avanzar hacia sistemas adversariales –con reformas estructurales de organización de los ministerios públicos y judicatura– y de la necesidad de instalar los juicios por jurados en todo el país está vigente y está comenzando a generar resultados.

### Los juicios por jurados: otra forma de trabajo

La realización de los juicios con ciudadanos legos genera importantes cambios en dos niveles. A nivel macrosocial contribuye a la participación ciudadana en los actos de gobierno, a la legitimación de las decisiones judiciales y a la formación cívica de los ciudadanos en su vinculación con el Estado. A su vez, en el plano microsocia genera otra forma de trabajo por parte de los operadores jurídicos, antes y después de la realización de la audiencia de debate oral.

En este sentido, el juicio por jurados rompe radicalmente con la lógica de los debates desarrollados en los sistemas conocidos como mixtos (o inquisitivos morigerados), pero además modifica en forma sustancial los juicios orales realizados por jueces profesionales en el marco de sistemas adversariales ya implementados. El desarrollo del juicio por jurados requiere de nuevas exigencias y, por sobre todo, del perfeccionamiento de nuevas destrezas en conducción de audiencias de juicio oral por parte de los jueces y de técnicas de litigio por parte de las partes (acusación y defensa). Esto no sólo incluye la propia audiencia de debate, sino también la preparación previa del juicio por jurados, como es la selección

del jurado exclusivo para el juicio, la elaboración de las instrucciones y la preparación de la presentación de la prueba, entre otras cuestiones vinculadas al trabajo de los operadores.

Los jurados estarán allí por única vez, a diferencia de los operadores jurídicos, quienes se conocen, conocen las prácticas judiciales y muchas veces son quienes generan las propias trabas del sistema que contribuyen a la realización de juicios en los cuales la oralidad y la contradicción son ficciones que se esconden detrás del expediente y de las formalidades.

La participación del jurado popular requiere de otro modo de actuar durante el juicio. Los jueces y litigantes deben trabajar en técnicas de comunicación, en el lenguaje, en generar herramientas visuales de calidad y en la atención de todos aquellos que deban estar presentes en la sala de audiencias: testigos, público, medios de comunicación, etcétera.

El modo en que las partes deben presentar su teoría del caso y cómo deben entrecruzar sus elementos probatorios, fácticos y jurídicos para finalmente petitionar ante el jurado será distinto a cómo lo realizan frente a jueces profesionales. Ahora los litigantes tendrán la necesidad de comunicarse en un lenguaje simple para que los jurados puedan comprender los hechos por los que se llegó a juicio y el posible derecho aplicable al caso, ya que no habrá un expediente que permita que aquello que no fue incorporado por las partes sea incorporado por los jueces a partir de la lectura de las actuaciones de la investigación. El jurado obliga a comprender que el trabajo que tienen los litigantes de ahora en más es prepararse para ganar en las audiencias de juicio, su lugar de trabajo por excelencia.

Los jurados son jueces de los hechos y, como tales, no conocen los hechos hasta que las partes se los presentan en el debate. Se debe tener presente que la manera en que los hechos sean presentados en el juicio tendrá influencia directa en la decisión que los jurados tomen en su veredicto. Ello no por la posibilidad de que los jurados tomen decisiones completamente diferentes o ajenas a las que toman los jueces profesionales hoy, sino por las posibilidades del jurado de comprender y analizar el caso sobre la base de los estándares sociales a partir de la deliberación de doce personalidades, experiencias y vidas diferentes.<sup>2</sup>

---

2. Se ha demostrado a partir de una investigación que los jueces profesionales en la mayoría de los casos hubieran sentenciado igual que el veredicto del jurado popular. En los casos en los que hay discrepancia, los jurados toman decisiones más clementes

Para poder realizar una presentación de los hechos clara y persuasiva, los litigantes deben saber manejar su teoría del caso en la preparación y desarrollo del debate. Esto es, en la audiencia de selección del jurado popular, para convocar a personas que puedan coincidir con la visión que propondrán en los alegatos de apertura, en las preguntas de los exámenes y contraexámenes de testigos y peritos, y en los alegatos de clausura. Sólo de esta manera podrán obtener (o intentar obtener) resultados positivos en las audiencias de juicio.

## NUEVA ORGANIZACIÓN DEL DEBATE ORAL

Se mencionaron algunas características generales de los principales cambios que se generan al interior de la sala de audiencias con la incorporación de los jurados, principalmente en el modo de trabajo de los litigantes. Ahora es momento de hablar de los cambios que se establecieron en la estructura de los debates orales en el marco de las reformas procesales penales de Argentina.

Los códigos procesales más modernos instituyeron un nuevo orden y organización de los debates orales, y conjuntamente con las leyes orgánicas de los ministerios públicos abrieron camino a otros cambios necesarios para que los juicios puedan llevarse a cabo conforme a un sistema adversarial: eliminación del expediente, regulación del principio de oportunidad, oralidad en todas las etapas del proceso, publicidad, contradicción, igualdad entre las partes, separación de funciones de investigación y jurisdiccionales, y la intervención del mismo fiscal y defensor desde el inicio del caso hasta el juicio, entre otros.

En lo que respecta a la organización de la audiencia de debate, se ha optado por una reestructuración en su desarrollo, que contribuye a ordenar progresivamente las discusiones que deben llevarse a cabo. De esta manera, se han establecido las siguientes etapas procesales, que en conjunto forman el juicio oral y persiguen objetivos específicos:

- **Etapas 1. Debate sobre los hechos.** Esta es la primera etapa del debate. Aquí se determinan las cuestiones vinculadas exclusivamente al hecho por el cual el acusador llegó a juicio contra la persona

---

para los imputados. Ver Diamond, Shari S., "Jurado penal y civil", en *Las múltiples dimensiones del juicio por jurados. Estudios sobre el comportamiento del jurado*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2016, pp. 54-58.

imputada y la aplicación de la calificación legal correspondiente a los hechos. El jurado es el responsable de valorar la prueba del juicio, de determinar los hechos y de rendir un veredicto aplicando el derecho con fundamento en la prueba presentada.<sup>3</sup>

Es decir, serán los jurados quienes deberán debatir sobre la existencia del hecho, sus características, modo de realización, participación del imputado y su responsabilidad penal. Los jurados serán los jueces de los hechos y quienes a su vez apliquen el derecho a partir de la declaración de culpabilidad o inocencia. Para que los jurados puedan deliberar sobre estas cuestiones es fundamental que tomen conocimiento del derecho a partir de las instrucciones iniciales y finales que el juez director de la audiencia deberá ofrecerles.

Las instrucciones al jurado son el mecanismo procesal mediante el cual el jurado toma conocimiento del derecho aplicable al caso. El jurado es, esencialmente, el juzgador de los hechos. Una vez adjudicados los hechos, el jurado debe entonces rendir su veredicto aplicando las normas del derecho sustantivo a los hechos. Pero aun en la adjudicación de los hechos, el jurado debe recibir instrucciones sobre los principios correspondientes al derecho probatorio criminal, algunos de los cuales tienen rango constitucional, como la presunción de inocencia y el quantum de la prueba (más allá de toda duda razonable). Por medio de las instrucciones, el juez le transmite al jurado en qué consiste su función, especialmente que tiene la obligación de juzgar al acusado sólo a base de la prueba que se admita en el juicio.<sup>4</sup>

Estas instrucciones serán construidas por las partes litigantes y el juez, sin la presencia del jurado. Será el propio juez del juicio el que le dirá al jurado cómo se aplica la ley y cómo deben valorar la prueba para tomar una decisión sobre la culpabilidad o inocencia del imputado. El juez deberá realizar un trabajo minucioso al momento de la impartición de las instrucciones para evitar que los jurados reciban información errónea o poco precisa. Los litigantes deberán estar atentos a ellas –en su elaboración y posterior comunicado al jurado– ya que serán el

---

3. Harfuch, Andrés, *El Juicio por Jurados en la Provincia de Buenos Aires. Ley provincial 14543 anotada y comentada. El modelo de jurado clásico*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2013, p. 213.

4. Citando a Ernesto Chiesa Aponte, *ibídem*, pp. 50-51.



fundamento que les permitirá apelar cuando la decisión no sea favorable a su teoría del caso.

- **Etap 2. Audiencia de determinación de la pena (cesura de juicio).** Cuando el jurado lego pase a deliberar (una vez presentados los alegatos de clausura de las partes y brindadas las instrucciones finales), puede optar por un veredicto de culpabilidad o de inocencia. La segunda etapa del debate, denominada “audiencia de determinación de la pena”, sólo se llevará a cabo cuando exista un veredicto de culpabilidad. En caso de que se lo declare inocente, no será necesaria esta instancia, debido a que no hay pena que tenga que discutirse y determinarse. En esta audiencia se debaten cuestiones específicas de la sanción a imponer: tipo de pena, monto, modalidad de cumplimiento; y lugar de cumplimiento. Nuestros códigos procesales establecen que en esta etapa del proceso sólo estará el juez (o los jueces, según el caso), profesional que será el que determine las cuestiones vinculadas a la sanción. Es decir que el jurado lego en esta parte del juicio oral no tiene participación presencial. No se le dio al jurado popular la posibilidad de tener alguna incidencia en la determinación de la pena (sea tomando la decisión o bien haciendo alguna recomendación al juez), pero veremos la importancia del veredicto de culpabilidad por ellos emitido como función limitadora para las partes y para el juez en la determinación de la pena. La determinación de pena versará sobre los hechos y el derecho que el jurado popular haya atribuido a la persona declarada culpable más allá de toda duda razonable, por lo que el juez de cesura no podrá modificar circunstancias fácticas o jurídicas atribuidas por el jurado popular en su veredicto de culpabilidad.

La división del debate en estas dos etapas procesales promueve una discusión ordenada y resalta la necesidad de generar un espacio de contradicción concreto respecto de las cuestiones vinculadas a la sanción. En la actualidad, la determinación de la pena suele ser considerada una materia de segundo orden frente a la determinación de la culpabilidad en los debates orales, en la doctrina y en la jurisprudencia.

Con la separación del debate se logran efectivizar y extender las garantías del debido proceso, hasta el momento en que el juez deter-

mina la pena del condenado a partir del contradictorio y producción probatoria específica.

### Legislación comparada

Según un análisis de unas legislaciones procesales, se puede identificar que la división del juicio en dos fases no se condice con el establecimiento de los jurados populares. Ergo, contamos con legislaciones que, sin tener juicio por jurados, han separado el debate en dos fases bajo la premisa de discutir la pena sólo cuando sea necesaria su aplicación.

Sin embargo, el origen del juicio bifásico se vincula con la existencia de los jurados populares del derecho anglosajón y su modalidad de debate oral,<sup>5</sup> por lo que podría entenderse que esta división favorece a la implementación de los jurados en cada una de las provincias. Hasta que ello suceda, debemos celebrar la separación en cualquiera de los dos casos, con jurados y sin jurados, debido a que es beneficioso para la estrategia de las partes, el respeto de las garantías del imputado y los derechos de la víctima.

Legislación	Separación del debate regulado
Buenos Aires	Sí, en caso de juicios por jurados
Catamarca	No
Chaco	Sí, en caso de juicios por jurados
Chubut	Sí
Ciudad Autónoma de Buenos Aires	No
Córdoba	No
Corrientes	No
Entre Ríos	Sí
Formosa	No
Jujuy	No
La Pampa	Sí

5. Maier, Julio B. J., “La cesura del juicio penal”, publicado en *Doctrina Penal, Teoría y Práctica de las Ciencias Penales*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1984, p. 239.

6. La información surge de legislación publicada en sitios oficiales. El cuadro se ha elaborado con base en las legislaciones sancionadas aunque no estén vigentes o implementadas. El relevamiento se realizó a partir del relevamiento de códigos procesales penales del país y leyes de juicio por jurados. No se valoró la obligatoriedad de la audiencia o supuestos en los que es procedente, sólo se hizo hincapié en si está regulada en el código o si es realizable únicamente cuando el juicio sea por jurados populares. No se mencionan los proyectos presentados -sin sanción- que sí la regulan.

La Rioja	No
Mendoza	No
Misiones	No
Neuquén	Sí
Río Negro	Sí
Salta	No
San Juan	No
San Luis	No
Santa Cruz	No
Santa Fe	No
Santiago del Estero	Sí
Sistema federal	Sí
Tierra del Fuego	No
Tucumán	Sí

Fuente propia actualizada al 08/10/2017

## AUDIENCIA DE DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA: PRINCIPALES EJES

La separación del debate oral en fases tuvo sanción, en el plano universal, con la recomendación del X Congreso Internacional de Derecho Penal de la Asociación Internacional de Derecho Penal, reunido en Roma en 1960. La decisión fue tomada en el marco de la necesidad de exigir que el fallo sobre la pena reuniera las mismas características de objetividad y seriedad que el de culpabilidad, esto es, que fuera racionalmente fundado.<sup>7</sup>

De esta exigencia se logra desprender que la importancia de la audiencia de determinación de la pena debe proyectarse en dos ejes:

1. generar un debate específico sobre las cuestiones vinculadas a la pena, y
2. comenzar a establecer un concepto amplio de determinación de la pena en la doctrina y jurisprudencia, que promueva la reforma legislativa sobre la ejecución penal.

A continuación, se desarrollan brevemente algunos de los ejes que hacen al cumplimiento de estos objetivos:

**Debate específico sobre la pena:** la audiencia de determinación de la pena es el momento procesal específico en el cual las partes podrán

7. Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal* (Introducción de Alberto Binder), Buenos Aires, Editores Del Puerto, 1996, T. I, Fundamentos, p. 382.

presentar su propia prueba, controlar la prueba de la contra parte y peticionar al juez o tribunal colegiado cuestiones vinculadas principalmente a los artículos 40 y 41 del Código Penal para obtener una resolución judicial que se encargue de: fijar el monto de la pena, establecer su lugar de cumplimiento y modalidad, y de definir los objetivos que el Estado pretende lograr con su aplicación.

El juez que conduzca el debate será el encargado de controlar que se respeten las garantías en el desarrollo de la audiencia y deberá valorar la prueba presentada para determinar la pena en forma integral, como veremos más adelante. El juez sólo podrá valorar la prueba y las peticiones que las partes hayan presentado en la audiencia para determinar la sanción. El juez no podrá incorporar agravantes o atenuantes de oficio y tampoco podrá imponer más pena que la solicitada por la acusación. Al igual que en la primera parte del debate, debe atenerse a lo que las partes incorporan, sin excepción.

La inclusión de esta audiencia en las legislaciones procesales favorece la reducción de la discrecionalidad judicial que comúnmente se puede observar al momento de establecer el monto y la modalidad de la pena. La propia dinámica de los debates orales del sistema inquisitivo reformado genera que la disquisición acerca de la pena quede en un segundo lugar, no sólo por el actuar de las partes en relación con los elementos de prueba que se aportan, sino también en las fundamentaciones judiciales para su determinación.

Este cambio de paradigma en la organización del debate viene a poner en crisis lo que señala Magariños:

La mayor parte de las decisiones judiciales en punto a la determinación de la pena pone de manifiesto con toda claridad que la graduación y elección de la pena en cada caso, se encuentra librada más que al arbitrio a la arbitrariedad del juzgador, sin que las decisiones se presenten sobre la base de una justificación racional, limitándose, por lo general, a la mera remisión de lo establecido en los arts. 40 y 41 del código de fondo.<sup>8</sup>

**Ampliación del concepto de determinación judicial de la pena:** si bien este segundo objetivo puede ser un tanto ambicioso a simple vista, se propone que la determinación de la pena abarque cuestiones

---

8. Magariños, Mario, "Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena", en *Determinación Judicial de la Pena*, Buenos Aires, Editores Del Puerto, 1993, p. 71.

vinculadas a su ejecución y que actualmente dependen del servicio penitenciario exclusivamente. No es novedad que, en términos generales, el juez toma su decisión respecto de la cuantía de la pena y la modalidad de cumplimiento, y que queda en manos de la administración penitenciaria el tratamiento del condenado en todas sus aristas.

En forma contraria, nuestra Constitución Nacional afirma en su artículo 18 que

Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para la seguridad y no para el castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice.

Los jueces deben ser los responsables de la determinación de la pena más allá de las funciones del servicio penitenciario como auxiliares de sus decisiones. Las medidas que se tomen en el marco del tratamiento penitenciario pueden afectar derechos esenciales del condenado agravando las condiciones de encierro; por ello la necesidad de que sea el juez quien controle el respeto de las garantías y el que determine las circunstancias del cumplimiento de la pena. Sobre este punto, se deben repensar las prácticas instaladas en las cárceles y en el control judicial, al momento de imponer la pena, para avalar los principios de un sistema judicial democrático.

En esta dirección han avanzado los códigos procesales modernos, los cuales además de establecer una audiencia específica sobre la pena suelen indicar que “se debatirá su modalidad de cumplimiento”. Esta modalidad de cumplimiento puede ser entendida como la posibilidad de que las partes discutan cuestiones vinculadas al tratamiento del condenado y a las actividades que debe llevar a cabo durante el cumplimiento de la sanción, sean ellas obligatorias o voluntarias y según las características del caso e intereses del condenado.

En función de ello, cuando se hace referencia a la determinación de la pena no se puede sostener que sólo alude a su cuantificación. Por el contrario, en la determinación de la pena se deben contemplar condiciones vinculadas a su cumplimiento, como pueden ser: el período en que el condenado ingresa al tratamiento, las actividades culturales y educativas que puede realizar, el establecimiento donde debe cumplir la condena, el sector o grupo donde debe ser alojado y la determina-

ción de los tiempos en que puede acceder a beneficios si se cumplen los objetivos del tratamiento, entre otras definiciones que hoy recaen en el servicio penitenciario.

El juez de ejecución penal o el juez del tribunal oral, según corresponda, desde hace ya un tiempo tiene responsabilidades sobre el control judicial de la condena. Es decir, luego de que varias de las condiciones de la pena sean definidas por el servicio penitenciario. ¿Por qué dar intervención a un juez a partir de la apelación del condenado ante la decisión administrativa y no permitir que el juez de debate oral tome decisiones sobre la modalidad de cumplimiento? ¿Por qué esperar a la impugnación para que se aseguren las garantías que deben ser reconocidas en todas las etapas del proceso penal? El primer paso fue establecer el control judicial de la ejecución, lo cual ha sido un gran avance, pero se debe comenzar a pensar la determinación de la pena y las condiciones de su ejecución desde el momento en que la persona ha sido declarada culpable y corresponda la aplicación de la sanción penal.<sup>9</sup>

Definición de determinación judicial de la pena

La determinación o individualización judicial de la pena ha sido entendida a lo largo del tiempo como una división o cooperación entre diversas agencias del Estado. En este sentido, a partir de la obra de Saleilles<sup>10</sup> se ha considerado que la individualización de la pena se lleva a cabo en forma organizada en tres fases: la legislativa, la judicial y la administrativa, haciendo referencia a la sanción de la ley que establece una pena, a la decisión judicial sobre el caso concreto sobre la base de la ley y la función del servicio penitenciario en el marco de su ejecución. Zaffaroni critica esta visión de la determinación de la pena por considerar que es el Derecho Penal (agencia judicial) el que debe contener el poder punitivo estatal de otras agencias, incluso al momento posterior a la sentencia.

9. Sin dudas, la determinación judicial de la pena será diferente en los casos en que los condenados se encuentran en prisión preventiva, debido a que ya están institucionalizados dentro del Servicio Penitenciario.

10. Saleilles, Raymond, *La individualización de la pena*, Estudio Social del Delito, 1898.

De esta manera, también realiza una distinción en cuanto a la determinación de la pena y su cuantificación y apoya la idea de que la decisión judicial no puede quedar en el plano de lo cuantitativo. Sostiene que

La cuantificación y el resto de la determinación son actividades judiciales prácticamente inescindibles, dado que no se concibe juzgador que fije una cuantía de pena sin establecer la clase, o la forma de imposición o de cumplimiento, sin perjuicio de posponer algunas precisiones de determinación.<sup>11</sup>

Por otro lado, Patricia Ziffer define la determinación de la pena del siguiente modo:

La determinación de la pena puede ser definida como el acto mediante el cual el juez fija las consecuencias de un delito. En contra de lo que parece indicar su designación no se trata únicamente de la elección de la clase y monto de la pena, sino que el concepto hace referencia también a cuestiones que se relacionan con el modo de ejecución de la pena establecida, tales como la suspensión de la ejecución, el cumplimiento en un establecimiento determinado o bajo ciertas condiciones, la imposición de deberes especiales, la indemnización del daño o la forma de pago de la multa, entre otras. Se trata de un acto complejo, en el cual según las disposiciones legales, se debe dar cumplimiento a las diferentes funciones de la reacción penal estatal frente a la comisión de un hecho punible.<sup>12</sup>

Estas definiciones dejan ver la relevancia de la decisión judicial respecto del desarrollo de la ejecución penal y permiten distinguir la necesidad de una determinación de la pena que no se limite a cuestiones básicas, como el monto y modalidad en sentido estricto. Partiendo de aquí, se propone un concepto más amplio, que permita que el juez a cargo de imponer la sanción pueda definir además cuestiones específicas sobre la ejecución penal, que al ser impuestas aisladamente de la determinación judicial (como es hoy en día) pueden afectar principios y garantías del derecho penal de fondo y forma, como por ejemplo la intrascendencia de la pena, la proporcionalidad mínima, el principio de lesividad, el principio de humanidad y, por supuesto, el de defensa.

---

11. Para profundizar, ver: Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2002, p. 994.

12. Ziffer, Patricia S., *Lineamientos de la determinación de la pena*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2015, p. 23.

En otras palabras, la determinación de la pena en el marco de un conflicto requiere de la delimitación de todos los aspectos que la constituyen para que el condenado pueda efectivizar sus derechos. Veremos el alcance de la audiencia y las posibles discusiones que pueden darse allí a partir de un concepto amplio de determinación de la pena.

Objetivos de la audiencia de determinación de la pena

Todas las audiencias que se realizan en el marco de un proceso penal tienen determinados objetivos que deben ser cumplidos. Si bien es cierto que las audiencias suelen ser dinámicas y no rígidas, esta es una audiencia contradictoria, que requiere de la toma de decisiones sobre puntos concretos de la determinación de la pena.

La pena deberá ser impuesta sobre la base del hecho que se le haya atribuido al condenado y la calificación jurídica que le fue adjudicada por el hecho en cuestión. Esto no podrá variar en la audiencia de determinación de la pena debido a que la fijación de los hechos y el derecho aplicable hacen a la existencia y función constitucional del jurado popular. Será entonces un límite para las partes y para el juez lo decidido por el jurado.

Veamos cada uno de los puntos que deben ser discutidos y decididos es el desarrollo de esta audiencia.

La sanción aplicable al imputado

En la audiencia se determinará la sanción aplicable al condenado, según las penas principales y accesorias que establece el Código Penal de la Nación. Es decir, las partes podrán discutir sobre la aplicación de una pena de prisión, multa y/o inhabilitación, la indemnización, la reparación, el decomiso, etcétera. Por otro lado, podrá discutirse la aplicación de determinadas medidas de seguridad, como pueden ser las educativas o curativas, relativas a la finalización de estudios o la obligación de cumplir con algún tratamiento contra el consumo de drogas o alcohol.

Se debe hacer una salvedad respecto de las medidas de seguridad en los casos de personas declaradas inimputables en juicio oral, y en función de ello absueltas. Si bien la discusión acerca de la constitucionalidad de las medidas de seguridad que recaen sobre personas declaradas inimputables ha sido siempre un debate intenso en la doctrina y la jurisprudencia, la justicia penal sigue haciendo uso de ellas. Para comenzar a modificar las prácticas del tratamiento de las personas con padecimien-



to mental se ha sancionado la Ley N° 26657 (Derecho a la Protección de la Salud Mental), la cual brinda un nuevo paradigma en la materia con el fin de proteger los derechos fundamentales de estas personas.

Sobre esta órbita, la justicia penal, al momento de declarar inimputable a una persona, debe establecer su absolución o sobreseimiento (según corresponda). Al instante en que un juez toma esta decisión cesa la jurisdicción penal, por lo que ya no está facultado para establecer una medida de seguridad y debe remitir la causa a la justicia civil para que actúe en función de la Ley de Salud Mental y determine el tipo de tratamiento que la persona declarada inimputable tiene que recibir conforme a lo establecido en la legislación correspondiente.

Existe jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal, que ha tomado decisiones en este sentido afirmando que

... los sujetos declarados incapaces por incapacidad psíquica deben quedar fuera del sistema penal pues lo contrario resulta violatorio del principio *nullum crimen sine culpa*, y es conveniente evitar la superposición de competencias judiciales, siendo la civil el ámbito de mayor especialización.<sup>13</sup>

También la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la CABA ha determinado que

... los preceptos establecidos en la ley 26.657, específicamente en sus arts. 1°, 6°, 8°, 14° y 31°, y el Programa Interministerial de Salud Mental Argentino –PRISMA– fijan para el Estado el deber de garantizar que las internaciones impuestas a personas con padecimientos mentales, como son las medidas de seguridad –que, además, tienen el objeto de recuperar y preservar la salud del paciente y no la finalidad propia de una sanción penal de prisión–, deberían recibir un tratamiento conforme a las condiciones de “internación involuntaria”. Así, bajo dicho régimen se garantiza el ejercicio de los derechos humanos de las personas en su relación con los servicios de salud mental, revistiendo especial protagonismo el “órgano de revisión” previsto en el artículo 38 de la ley. Por ello, el eventual tratamiento de internación a que deban ser sometidos los individuos que han sido evaluadas como “riesgosas” para sí o para terceros, será materia exclusiva de la justicia civil en términos del artículo 482 del código de fondo.<sup>14</sup>

13. Causa N° 12644, “Gómez”, de la Sala I, rta. el 13 de abril de 2010.

14. Sala I -42.217- F., R. E. Medida de seguridad 24/131 - Expediente N° 3903/12.

### La duración o cuantificación de la sanción

La determinación de la pena hace referencia a la posibilidad de establecer el tiempo de duración o cuantificación de la sanción según incumba. Es decir, se debe debatir acerca del tiempo durante el cual una persona cumplirá pena de prisión, el tiempo de inhabilitación, la cuantificación de la multa o la cantidad de dinero o bienes que deben ser decomisados. Respecto de las medidas de seguridad –ya sostuve que no deberían aplicarse en los casos de inimputabilidad–, debe discutirse no sólo el término de la medida, sino también los períodos de revisión para identificar si puede ser revocada por haberse cumplido los objetivos para los cuales se impusieron.

### La modalidad de cumplimiento de la pena

Sobre la modalidad de cumplimiento, se debe fijar si la persona condenada debe cumplir su pena en prisión o si, por el contrario, se le aplica una condena condicional. En referencia a la pena de multa, podrá definirse el modo de cumplimiento conforme lo establece el artículo 21 del Código Penal.

Sucede lo mismo con las medidas curativas y educativas, se debe definir cuáles serán sus alcances (horas que debe cumplir, actividades que debe realizar en el marco de las medidas, objetivos que debe alcanzar en determinado tiempo, etc.).

En los casos en que se determine una pena de prisión, se deben establecer cuestiones referidas a la modalidad de cumplimiento según las pautas establecidas en la Ley N° 24660 (Principios y Modalidades Básicas de la Ejecución) y el Decreto N° 396/99 (Reglamento de las Modalidades Básicas de la Ejecución). Es fundamental que las partes puedan tener incidencia en el tratamiento que el condenado debe tener dentro del establecimiento penitenciario y se esclarezcan los objetivos que debe cumplir la pena privativa de libertad en el caso puntual.

La acusación y la defensa deben tener la posibilidad de presentar prueba respecto del período en que el condenado debe ingresar al tratamiento progresivo y de solicitar la realización de determinadas actividades educativas, profesionales, laborales y sociales, como también el ingreso a programas especiales.

## El lugar de cumplimiento de la sanción

Al igual que la definición del tratamiento individual para la persona condenada, en esta audiencia debe discutirse y definirse el lugar de cumplimiento de la pena. Se debe evaluar la posibilidad de cumplir la condena con prisión domiciliaria cuando se reúnan los requisitos necesarios, o definir el establecimiento en el cual debe instalarse el condenado. En este último caso, también es preciso especificar el sector o grupo en el cual la persona debe alojarse.

Básicamente, la audiencia de determinación de la pena se circunscribe a estos cuatro ejes. Es cierto que los últimos dos puntos son los más difíciles de implementar y efectivizarse, conforme a la realidad actual de nuestros servicios penitenciarios y a las prácticas que tienen respecto de la administración de la pena. Empero, es importante que comencemos al menos a discutir sobre estas cuestiones para ampliar el concepto de determinación de la pena y no dejar libradas a la administración del servicio penitenciario medidas que deben ser decididas por el juez de cada caso y luego controladas por el juez de ejecución. El tipo de tratamiento que recibirá una persona, el lugar donde debe alojarse y las actividades que debe realizar se relacionan con la modalidad de cumplimiento y con los objetivos que persigue el Estado en la imposición de una pena, cuyo único autorizado para determinarla es el juez.

Los jueces de ejecución tienen mayor posibilidad de intervenir durante la etapa de ejecución en las cuestiones vinculadas a la libertad del condenado. En cambio, no hay intervención judicial en lo que respecta a la determinación y planificación de la ejecución y condiciones del cumplimiento, circunstancia por demás conflictiva si consideramos la relevancia que tiene para la vida de un ser humano el encierro, la obligación de cumplir con una medida de seguridad y las condiciones que rodean a estas circunstancias en la concreción de otros derechos.

## Alcances de la audiencia de determinación de la pena

El establecimiento del juicio bifásico, como también suele denominarse a la separación del debate, obliga a las partes y al juez a diferenciar el contenido y los objetivos de cada una de las etapas. Esto no es un detalle menor, si consideramos que existen circunstancias de hecho que pueden influir gravemente en la cuantificación de la pena y que

deben necesariamente ser definidas por el jurado popular más allá de toda duda razonable.

Como se ha mencionado, esta segunda etapa del debate se encuentra limitada por la declaración de culpabilidad de los jurados respecto de los hechos y el derecho aplicable. Es decir que los jueces, al momento de determinar la pena, no podrán valorar cuestiones de hecho que funcionen como agravantes o atenuantes que no hayan sido atribuidas por el jurado en su veredicto.

A pesar de que se ha sostenido que los jueces cuentan con cierto margen de discrecionalidad al momento de imponer una sanción, la separación del debate favorece a limitarla. En primer término, por la posibilidad de presentar pruebas para la mensuración de la pena y, en segundo lugar, porque los agravantes relacionados con la base fáctica deberán ser parte de la acusación del juicio y probados por el jurado para poder ser valorados en la etapa de cesura.

Aquellas agravantes y atenuantes que se vinculen con cuestiones del hecho (como puede ser el uso de armas de fuego, la participación del condenado en el hecho, la intervención de menores, el fin de aterrorizar a la población, el vínculo familiar, o la calidad de funcionario público del acusado) serán decididas en el marco de la primera etapa del debate y, si esto no hubiera sido considerado por el jurado, no podrán incorporarse en la audiencia de cesura.

Ergo, cuando estas circunstancias hayan formado parte del veredicto del jurado pasarán a ser valoradas en la determinación de la pena al igual que las cuestiones socioeconómicas y personales del condenado. Estas, en su conjunto, deben ser consideradas para ponderar la pena pero, en función de su relevancia, para aumentar o disminuir su cuantificación y regular su modalidad de cumplimiento.

Aunque esto parece sencillo, ha generado serias discusiones al momento de regular el alcance de la audiencia de determinación de la pena en nuestro país. En algunas legislaciones, como en la ley de juicio por jurados de la provincia de Buenos Aires, se dispuso que en la audiencia de determinación de la pena se fije la calificación jurídica. Esto debe ser analizado como un error en la redacción y entendido como la posibilidad que tienen las partes de poder discutir agravantes

y atenuantes dentro del marco de la calificación jurídica establecida por el jurado popular para que el juez decida.<sup>15</sup>

A pesar de ser una obviedad, cabe decir que los juicios orales se desarrollan para probar hechos y no tipos penales o calificaciones jurídicas, más allá de que en el marco de un conflicto penal sean inescindibles. La función que cumplen las instrucciones al jurado es, en definitiva, lo que permite enlazar el hecho con el derecho que lo subsume. Por lo tanto, el juez de cesura de juicio sólo podrá evaluar los agravantes y atenuantes vinculados al hecho que se hubiera probado, sin posibilidad de incorporar de oficio otros y sin permitir que las partes puedan incorporar situaciones fácticas no discutidas en la primera etapa de debate sobre las cuales el condenado no pudo defenderse.

La Corte Suprema de Estados Unidos ofrece jurisprudencia que avala esta postura frente a los agravantes o atenuantes que se vinculan con el hecho y que forman parte del derecho aplicable. De esta manera, los fallos colaboran en regular el orden y contenido de cada fase del debate en función de las garantías procesales del imputado. Entre algunos de los ejemplos del *common law*, pueden mencionarse:

- “Apprendi vs. New Jersey”: Apprendi efectuó varios disparos hacia el interior de la vivienda de una familia afroamericana. Fue imputado por posesión en segundo grado de un arma de fuego con fines ilícitos, que tiene una pena de entre 5 y 10 años de prisión. Dentro de la imputación no se mencionó la ley estatal que reprime los crímenes de odio, y que puede incrementar la pena si se encuentra probado que los disparos se cometieron con el fin de intimidar a una persona o grupo de personas en razón de su raza. Luego de que Apprendi se declarara culpable por los disparos –no por el odio racial– el fiscal planteó un pedido de incremento de la pena y el juez consideró probado que el tiroteo estuvo motivado por la raza de las víctimas. En consecuencia, condenó a Apprendi a una pena de 12 años de prisión. El condenado interpuso recurso manifestando que la cláusula constitucional del debido proceso exigía que el prejuicio racial

---

15. Sobre este punto, ver Harfuch, Andrés, *El Juicio por jurados en la provincia de Buenos Aires. Ley provincial 14543 anotada y comentada. El modelo de jurado clásico*, op. cit., p. 128.

debía ser probado, *más allá de toda duda razonable*, ante un jurado. Finalmente la Corte Suprema de Justicia falló a su favor. En este caso la Corte estableció que, con excepción del hecho de una condena anterior, cualquier hecho que incremente la pena por un delito más allá del máximo legal prescrito debe ser sometida a un jurado y probado por sobre toda duda razonable. Citó además jurisprudencia anterior que apoyaba esta visión, y entre algunos de los fundamentos que mencionó, cabe destacar los siguientes:

La cláusula del debido proceso legal de la 5ª Enmienda y las garantías de notificación de los cargos y del juicio por jurados de la 6ª Enmienda requieren que todo hecho –que no sea un hecho establecido por una condena anterior– que tenga como consecuencia incrementar el máximo de pena por un delito, debe ser:

1. incluido en un requerimiento acusatorio;
2. sometido a un jurado; y
3. probado más allá de toda duda razonable.<sup>16</sup>

Es inconstitucional que una legislatura remueva del jurado la determinación de los hechos que incrementan la escala legal de la pena a la que se expone al imputado de un delito. Está igualmente claro que tales hechos deben ser establecidos por pruebas que superen toda duda razonable.<sup>17</sup>

El derecho al debido proceso legal de la 14ª Enmienda, visto en conjunto con el derecho al juicio por jurados de la 6ª Enmienda, otorgan al imputado un derecho a obtener la determinación por un jurado de su culpabilidad, más allá de una duda razonable, respecto de cada uno de los elementos del delito que se le atribuye.<sup>18</sup>

Un esquema estadual que mantenga fuera del alcance del jurado hechos que expongan al imputado a una pena mayor o adicional podría dar lugar a serias objeciones constitucionales.<sup>19</sup>

---

16. Citando el fallo “Jones v. United States”, 526 US 227.

17. Ídem.

18. “Winship”, 397 US 358, 364.

19. “McMillan v. Pennsylvania”, 477 US 79.

- “Blakely vs. Washington”: Blakely llegó a un acuerdo de culpabilidad con el fiscal para evitar llegar a un juicio oral. Se declaró culpable del secuestro de su exesposa. Los hechos conforme a su declaración eran suficientes para aplicarle una pena máxima de 53 meses de prisión, pero el juez impuso una sentencia de 90 meses al determinar que Blakely había actuado con *deliberada crueldad* (es una de las razones contempladas en la ley para apartarse de la escala punitiva original). El condenado interpuso recurso afirmando que el procedimiento de medición de la pena lo privó de su derecho constitucional federal a que fuera un jurado el que determinara, por sobre una duda razonable, todos los hechos legalmente esenciales en que se funda la pena.

En este caso, la Corte Suprema de Estados Unidos estableció que desde que los hechos que sustentan la condena excepcional que recayó en contra de Blakely no fueron ni admitidos por él, ni determinados por un jurado popular, la pena impuesta violaba su derecho a un juicio por jurados de la 6ª Enmienda. Aquí volvieron a aplicar la regla establecida en “Apprendi”, por la cual todo hecho que incremente la pena debe ser probado por un jurado popular.

En ese mismo sentido, ofreció algunos argumentos en favor de lo sentenciado en “Apprendi”:

La verdad de cada acusación contra el imputado debe luego ser confirmada por el sufragio unánime de doce de sus iguales y vecinos.

Cuando un juez inflige una pena que no surge del veredicto del jurado, quiere decir que el jurado no ha determinado todos los hechos que la ley señala como esenciales para fundar la pena, y el juez se excede en su autoridad legítima.

“Apprendi” hace cumplir este modelo, asegurando que la autoridad del juez para aplicar una pena derive totalmente del veredicto del jurado. Sin esta restricción, el jurado no podría ejercer el control que los Constituyentes quisieron.

En conclusión, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos ha definido que en la audiencia de determinación de la pena, no podrán establecerse circunstancias fácticas que la acusación no hubiera presentado como agravantes del delito y que los jurados hayan

tenido como ciertos. No podrá alterarse el veredicto del jurado en su base fáctica y jurídica.

La importancia de la decisión del jurado radica en la deliberación y veredicto del conjunto de doce personas extraídas de múltiples grupos de la sociedad, con intereses y pensamientos distintos, pero que probablemente estén mucho más próximos a la realidad cotidiana de los imputados que los propios jueces profesionales. Estas condiciones de los jurados contribuyen directamente a la determinación de los hechos porque las experiencias de vida, los puntos de vista y las actitudes configuran cómo la gente evalúa las disputas legales.<sup>20</sup>

## VENTAJAS DE LA DIVISIÓN DEL DEBATE

A lo largo del texto se han mencionado algunas de las ventajas de la separación del debate en dos fases, principalmente las tendientes a reducir los márgenes de discrecionalidad de los jueces al momento de ponderar la pena. Existen otras ventajas que deben ser señaladas por su importancia en el marco del desarrollo del juicio oral, entre ellas:

- Se crea un espacio concreto para presentar prueba sobre los agravantes y atenuantes que permiten determinar la pena. Las partes pueden presentar todas las pruebas que consideren pertinentes conforme a lo regulado en el artículo 41 del Código Penal, ofreciendo al juez la visión que debe tener sobre cada una de ellas.
- La discusión sobre la pena se lleva a cabo en el marco de una audiencia frente al juez, con contradicción, publicidad e inmediación, extendiéndose los principios del proceso penal acusatorio a la etapa de la determinación de la pena.
- La pena será ponderada en relación con la determinación fáctica y jurídica establecida por el jurado en la primera etapa del debate, que funcionara como un límite para la discrecionalidad judicial y a la posibilidad de que las partes incorporen agravantes o atenuantes no valoradas en el veredicto.

---

20. Ver Hans, Valerie P. y Gastil, John, *El Juicio por Jurados. Investigaciones sobre la deliberación, el veredicto y la democracia*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2016, citando a Norman Finkel, p. 25.



- En el caso de que la defensa tenga como teoría del caso *la no culpabilidad* del imputado, no será necesario que presente prueba para la determinación de la pena, como sucede actualmente. Podrá trabajar efectivamente sobre esta teoría sin generar contradicciones en las pruebas que presenta para determinar la pena y su teoría de no culpabilidad.
- Se garantiza el respeto del principio de mínima lesividad del proceso, ya que el Estado sólo se inmiscuirá en la vida privada de la persona cuando sea necesario para poder determinar la pena, luego de una declaración de culpabilidad que habilite la discusión sobre cuestiones personales y socioeconómicas.
- Se promueve la ampliación del concepto de determinación judicial de la pena, a partir de la posibilidad que tienen las partes de incorporar discusiones referidas al cumplimiento de la ejecución y tratamiento del condenado.

Todas estas cuestiones y ventajas que se desprenden de la regulación del juicio bifásico inciden en que la pena sea definida bajo parámetros objetivos y sobre centralidad en el marco de cualquier caso penal.

## CONCLUSIONES

Este breve abordaje del tema deja muchos interrogantes abiertos que deben ser desarrollados con mayor profundidad. No sólo en lo relativo a la audiencia de determinación de la pena, sino al desarrollo del juicio por jurados, que modifica la lógica del Poder Judicial y su vinculación con la sociedad.

Como se habrá de notar en todo el texto, adhiero a que la audiencia de determinación de la pena propone una nueva forma de pensar la problemática actual de la individualización de la sanción y del diseño del tratamiento del condenado. Es necesario comenzar a discutir algunas cuestiones de las prácticas y de la legislación vigente, que desapodera al juez del debate de estipular cuestiones esenciales del cumplimiento de la condena y las deja en manos del servicio penitenciario.

La administración debe ser un auxiliar que trabaje en función de cumplir con la pena encomendada judicialmente. Esta definición judicial deberá hacerse cargo de obtener información de calidad respecto

de las características del condenado, sea a través de la información que otorguen las partes o de la creación de algún organismo interdisciplinario que pueda recabar información sobre la persona condenada.

Quizás parezca ingenua (pero lejos está de querer serlo) la propuesta de ampliación del concepto de determinación judicial de la pena. Sólo pretendo generar algunas ideas sobre las posibles discusiones que podrían darse en el marco de esta audiencia, producto del veredicto de culpabilidad de un jurado ciudadano.

La pena que estructura todos los cimientos del Derecho Penal y Procesal Penal parece perder valor al momento en que una persona es declarada culpable, olvidando la necesidad de intentar al menos establecer una sanción justa y adecuada al caso concreto. Si es que podemos hablar de penas justas, esa es mi mayor incertidumbre.