

**PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD DEL JUZGADOR. SU  
PROYECCIÓN EN LA SENTENCIA DE LOS TRIBUNALES  
COLEGIADOS**

***INMUTABILIDAD DEL JUZGADOR, DESINTEGRACIÓN DEL  
TRIBUNAL, IN DUBIO PRO REO Y SENTENCIA PENAL***

***CUANDO LA MINORÍA OBLIGA A LA MAYORÍA EN UN  
TRIBUNAL COLEGIADO PENAL***

Por JOSÉ RAÚL HEREDIA<sup>1</sup>

**“...las sentencias penales son  
los únicos actos jurídicos cuya  
validez depende de su verdad”**

**FERRAJOLI.**

**I. INTRODUCCIÓN**

Reunido este Congreso bajo el lema “*Para repensar el proceso, revisemos los principios*”, procuraré aquí proyectar el esencial *principio de imparcialidad del juzgador* –que tiene que ver también con la independencia del juez<sup>2</sup>- al ámbito de la sentencia penal, ello, con el propósito de examinar su funcionamiento en el

---

<sup>1</sup> Académico Correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias

<sup>2</sup> “Como hemos tenido ocasión de analizar, la independencia despliega su eficacia en un momento previo al ejercicio de la función jurisdiccional, mientras que la imparcialidad tiene lugar en el momento procesal, esto es, durante el desarrollo de la citada función” [*La imparcialidad judicial*, Joan Picó i Junoy - Id. vLex: VLEX-EF486].

momento culminante del procedimiento –“La sentencia, en su conjunto, constituye el acto más importante” [Leone]- en que se resuelve sobre la culpabilidad o inocencia del imputado con la consecuencia, en el caso de condena, de la aplicación de una pena que puede ser de prisión efectiva.

En juego otro principio, el de la *identidad física del juzgador*, las sentencias pronunciadas por tribunales colegiados suscitan materia para el análisis.

Tradicionalmente, se ha considerado que, planteadas las cuestiones a resolver por el tribunal que debe dictar sentencia tras el debate en el procedimiento penal, la mayoría va obligando a la minoría. De modo que, en un tribunal compuesto por tres jueces, si dos de ellos coinciden en que una cuestión debe resolverse de una determinada manera, el tercero queda vinculado por esa decisión y está obligado a analizar y resolver la cuestión siguiente partiendo de la premisa ya sentada por la mayoría, aunque él no la haya compartido.

En esta nota reflexionamos acerca de esa postura clásica en relación con la garantía de la imparcialidad del juzgador - específicamente entendida ella a nuestros fines aquí como independencia del juzgador de toda injerencia extraña aun de otros jueces o tribunales- y del *in dubio pro reo*, o, mejor, de la posición menos desfavorable, siempre, para el imputado, entre otros principios que igualmente relacionamos.

De esa suerte, queda dicho que nos ocuparemos de examinar la validez de la sentencia penal dictada sin unanimidad de criterios de los jueces en relación con estas dos garantías que son esenciales para que exista un *juicio constitucional*, a saber: la independencia del juzgador y el derecho del acusado a una

sentencia absolutoria cuando media duda razonable *-in dubio pro reo-* o su derecho a una decisión menos desfavorable.

## II. DOS ANTECEDENTES DESENCADENANTES DE LAS REFLEXIONES QUE AQUÍ SE EXPONEN

Diré enseguida cómo se nos ha despertado la inquietud por el tema que aquí tratamos.

**1. Una sentencia penal inválida.** En el ejercicio del ministerio de la defensa, en oportunidad del desarrollo del debate –celebrado ante tres jueces profesionales que conformaban la Cámara del juicio, aplicándose el sistema mixto o inquisitivo reformado- hube de intervenir asistiendo a uno de los imputados; se produjo allí la siguiente secuencia de actos y de decisiones. En el inicio, en el marco de las llamadas *cuestiones preliminares*, aduje, entre otras, la insubsistencia<sup>3</sup> de la acción penal por vencimiento del plazo de duración del procedimiento. Soslayo los fundamentos en concreto, porque solo me interesa destacar que uno de los jueces se

---

<sup>3</sup> Palabra que he adoptado, empleada por la Corte in re “Mozatti”, fallo que luego referencio, y por los doctores Fayt y Bossert en su disidencia in re “Kipperband” - 16-03-1999; T. 322 P. 360-. En este precedente, los doctores Petracchi y Boggiano, también en disidencia, destacaron: “...este Tribunal ha reconocido varias veces la relación existente entre ‘duración razonable del proceso’ y ‘prescripción de la acción penal’ (confr. causa ‘Baliarde, José’, supra cit.; Fallos: 306:1688 y 316:1328 -en los que se consideró que constituía un apego ritual injustificado la postergación del planteo de prescripción al momento de la sentencia-; 312:2075 -caso en el que se admitió por analogía la aptitud de la prescripción, a pesar de no encontrarse expresamente prevista en la norma entonces en discusión, para producir los efectos de otras formas de finalización del proceso favorables al imputado-). / De estos precedentes se desprende que el derecho del imputado a que se ponga fin a la situación de indefinición que supone el enjuiciamiento penal puede encontrar tutela en la prescripción de la acción”. Como he recordado en otras ocasiones, la posición que quedó en minoría aquí se adoptó definitivamente por la Corte desde el fallo “Barra” [09-03-2004; T. 327 P. 327] en el que la mayoría de votos concurrentes se remitió a las disidencias en “Kipperband”.

pronunció aceptando el planteo y sostuvo la falta de acción en el caso. Los otros, dos, en cambio, rechazaron la cuestión y el debate continuó.

Allí mismo noté –e hice notar a la Cámara- que el tribunal había quedado en verdad desintegrado, porque resultaba contradictorio que continuara entendiendo el juez que se había decidido por la ausencia de potestad persecutoria del Estado. Sin embargo, la posición fue desestimada y clausurado el debate se arribó a la deliberación y a la sentencia. A fin de una mejor comprensión, llamaré B al juez que antes se había pronunciado por la insubsistencia de la acción, A al que votó en primer término y C al tercero.

El juez A resolvió negativamente la cuestión de cargo o de culpabilidad respecto de mi asistido. Los jueces B y C, en cambio, se decidieron por la culpabilidad. El juez A fijó una pena de cuatro años y cuatro meses –el delito atribuido era de administración fraudulenta en la figura simple, con amenaza de pena de entre un mes y seis años-, el juez B hizo lo propio y el C votó por una pena algo mayor. De esa suerte, mi defendido resultó condenado, obsérvese, por un tribunal en el que uno de los jueces, votando en primer término, entendió que él no era culpable, y en el que otro de los jueces se había pronunciado por la insubsistencia –prescripción- de la acción penal, y, ello no obstante, al votar en segundo término resolvió en contra del imputado la cuestión de culpabilidad.

Aunque, como se verá, sostendré de *lege ferenda* que se trata de una sentencia inválida, entiendo de todos modos, aun de *lege lata*, que medió un error grave de los jueces porque quien votó en segundo término ni siquiera estaba obligado por la postura del primero para decidir por la culpabilidad –desde que aquél votó negativamente y lo liberaba de ese modo de la supuesta carga legal-

y, en cambio, sí estaba obligado –por razones de estricta lógica- por su postura inicial respecto de la falta de acción<sup>4</sup>, defensa que renové en el alegato final. Además, en todo caso, el juez del primer voto pudo adoptar la pena mínima –de un mes- desde que entendía que era inocente la persona a quien le aplicaba la sanción y el del segundo pudo hacer lo propio, desde que entendía que la acción estaba prescripta. Aunque no me satisface, por las razones que expondré, esta solución era la menos desfavorable para el acusado.

**2. Un antiguo precedente.** Interesa remontarse a un precedente de la Corte Suprema<sup>5</sup> en que ella dijo: “(...) *Corresponde dejar sin efecto la sentencia de la Cámara de Apelaciones de Resistencia que absolvió a los acusados, por el voto del tercer juez*

---

<sup>4</sup> Hay que hacer notar que ni siquiera la ley procesal penal aplicada en el caso exigía esa solución. Ella –ley 3155, Código mixto ya derogado- estableció: “357. Normas para la deliberación. El tribunal resolverá todas las cuestiones que hubieran sido objeto del juicio, fijándolas, en lo posible, dentro del siguiente orden: las incidentales que hubiesen sido diferidas, las relativas a la existencia del hecho delictuoso, participación del imputado, calificación legal que corresponda, sanción aplicable, restitución, reparación o indemnización demandada y costas. / Los jueces emitirán su voto motivado sobre cada una de ellas o en forma conjunta en el orden que resulte de un sorteo que se hará en cada caso. El tribunal dictará sentencia por mayoría de votos, valorando las pruebas recibidas y los actos del debate conforme a las reglas de la sana crítica, haciéndose mención de las disidencias producidas. / Cuando en la votación se emitan más de dos opiniones sobre las sanciones que correspondan, se aplicará el término medio”. Obsérvese que la ley preveía que las disidencias se hicieran constar y que ella no previó, en cambio, esta disposición contenida en la ley italiana que cito en el texto: “Todos los jueces emiten su voto sobre cada cuestión, cualquiera que haya sido el que hayan emitido sobre las otras”. Tampoco consagraba la norma la reserva.

<sup>5</sup> Reseñó el Tribunal la materia del fallo del siguiente modo: “2°) Que el pronunciamiento absolutorio de los querellados se dictó por la decisión de tres jueces: El Dr. G. C. consideró insuficiente la prueba y, por tanto, votó por la absolución; el Dr. S., al contrario, juzgó probado el hecho y que sus autores eran responsables por el delito de defraudación; el tercer juez que integró la sala, Dr. D. F., Presidente del Superior Tribunal de Justicia, fue llamado a hacerlo en virtud de la disidencia de los dos componentes naturales. A pesar de que opinó que los procesados delinquieron, aunque en grado de tentativa, votó en definitiva por la absolución, en virtud de que el art. 29 de la Ley Orgánica de los Tribunales del Chaco sólo autoriza al juez que integra la sala a optar por el criterio de uno de los votos disidentes”.

*integrante de la sala, que lo hizo por la absolución, en virtud de que el art. 29 de la ley orgánica de los tribunales del Chaco obliga al juez que integra la sala a optar por el criterio de uno de los votos disidentes, no obstante opinar que los procesados eran responsables del delito, pero en grado de tentativa*<sup>6</sup>. Antes, dijo la Corte que *“La interpretación de normas procesales no puede prevalecer sobre la necesidad de acordar primacía a la verdad jurídico objetiva, que es concorde con el adecuado servicio de la justicia y compatible con la garantía de la defensa en juicio”*.

Añadió entonces el Tribunal cimero esta doctrina, que ha repetido a lo largo del tiempo: *“Es violatoria de los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional y debe ser dejada sin efecto la sentencia cuya fundamentación no constituye derivación razonada del derecho vigente, en aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa”*.

Recuerdo también lo que dijo el Procurador General en su dictamen, en tanto juzgo que anticipa de modo inmejorable el tema que me preocupa: *“La forma en que el a quo ha interpretado y aplicado el art. 29 de la ley orgánica del Poder Judicial de la Provincia del Chaco, trae como consecuencia que **un juez, pese a estar convencido de que en autos se han probado los hechos que configuran una tentativa de defraudación, deba optar entre absolver a los imputados o condenarlos como autores de delito consumado, y vote contradiciendo su propia argumentación**”*. [Destacado mío]. Y culminó el Procurador: *“Es evidente, a mi entender, que lo resuelto en tales condiciones viola la garantía de la*

---

<sup>6</sup> In re “Mozatti, Camilo y otro”, 1969, T. 274, P. 273. Se trata del mismo expediente en el que nueve años después la Corte se pronunció sobre el plazo razonable de duración del proceso penal. Escribimos el apellido con una “z” porque así está escrito en la página de la Corte, aunque es posible ubicarlo con dos “z”. Con esta última grafía se encuentra el segundo fallo [1978; T. 300 P. 1102], al que también me refiero.

*defensa en juicio, que exige, tratándose de tribunales colegiados, que los fallos expresen la convicción de la mayoría de sus miembros, derivada razonadamente del derecho aplicable a las circunstancias comprobadas de la causa*". Es claro que las leyes han podido y pueden exigir unas veces la unanimidad y otras veces mayorías específicas, como trataré de mostrar.

**-N-**. En rigor, creemos que aquel fallo hoy podría criticarse desde un doble respecto. Primero, el reenvío constituyó una nueva oportunidad en el procedimiento penal para condenar al imputado –afectación de la garantía del *ne bis in idem*-. Segundo, si el tercer integrante del tribunal, llamado a desempatar, hubiese mantenido su criterio original, entonces, no hubiera mediado sentencia ya que cada uno de los jueces dijo una cosa distinta. Lo tiene dicho la misma Corte Suprema: "*Es inválida la sentencia de Cámara, si se presenta como una mera colección o sumatoria de opiniones individuales o aisladas de los integrantes del tribunal, ineficaz para conformar la voluntad mayoritaria del órgano colegiado (Disidencia del Dr. Eduardo Moliné O'Connor)*"<sup>7</sup>, doctrina que, en rigor, está consolidada en el alto Tribunal. Véase: "*Corresponde dejar sin efecto la decisión que rechazó el recurso de casación, si no se constituyó la mayoría absoluta de los miembros del tribunal para resolver, ya sea sobre la procedencia formal del recurso, o acerca del fondo del asunto*".<sup>8-9</sup>. En rigor, la absolución era lo que correspondía en aquel precedente.

Se podría añadir como crítica que esa sentencia de la Corte implicó prolongar indebidamente, en perjuicio del imputado, el proceso. Ya por entonces,

---

<sup>7</sup> In re: I. 77. XXIII.; Inversores Ganaderos SA. c/ Pini de Beccar Varela, C. María s/ cobro de pesos. 23/06/1992. T. 315, P. 1354.

<sup>8</sup> B. 85. XXII.; Brizuela, Gustavo Nicolás -casación- (Autos: "Brizuela, Gustavo Nicolás c/ Antonio R. Karam y César R. Karam - medidas preparatorias). 07/06/1988. T. 311, P. 937.

<sup>9</sup> También: "Corresponde dejar sin efecto la sentencia que hizo lugar a la demanda por el cobro de salarios, si habiendo incurrido el juez de cámara preopinante en contradicción entre los fundamentos vertidos y la propuesta de decisión que finalmente formula, omitido pronunciarse otro de los integrantes de la sala, el voto del restante no puede configurar, por sí sólo, la resolución del tribunal, que aparece entonces desprovista de la mayoría requerida indispensablemente para su validez como acto jurisdiccional emanado del cuerpo colegiado de alzada" [A. 304. XXI.; Alarcón Saldivia, Raúl y otros c/ Viplastic S.A.C.I. 29/10/1987. T. 310, P. 2236].

la Corte pudo decir –téngase presente que ya había fallado el caso “MATTEI”, en 1968, Fallos 272:188- lo que dijo nueve años más tarde en el mismo expediente. Repárese en lo siguiente: cuando la Corte anuló la sentencia de absolución – agosto de 1969-, el procedimiento llevaba entonces dieciséis años desde la denuncia –agosto de 1953-<sup>10</sup>.

Bien entendido que se trataba de un procedimiento escrito, ya que en el sistema de enjuiciamiento mixto o en el acusatorio ello no podría haber ocurrido de ese modo –la convocatoria a un tercer juez, el Presidente del Superior Tribunal en el caso, para dirimir la discrepancia entre los dos jueces naturales- sin afectación del principio de *identidad física del juzgador*, que exige que sean los mismos jueces que intervinieron en el debate quienes deliberen y dicten la sentencia.

Es trascendente reparar en que la Corte descalificó el fallo de absolución y remitió al tribunal de grado para que se pronunciara nuevamente, dejando señalado que era arbitrario obligar –por una previsión legal- a un juez a emitir una opinión diversa a la que había sustentado. Claro que en aquel precedente ya no podían ser los mismos jueces quienes cumplieran el señalamiento del Tribunal.

Llamo la atención sobre ello porque entiendo, adelantando conclusiones, que es más exigible esa solución en el supuesto de la condena del imputado cuando ésta es pronunciada obligando a mutar su opinión a un juez disidente que, en rigor, se pronunció

---

<sup>10</sup> Se desprende ello de la secuencia de actos que la misma Corte consignó al declarar la prescripción de la acción penal, en la segunda intervención en el expediente. Dijo en esa segunda sentencia: “El sometimiento de personas a proceso penal durante veinticinco años, con detenciones por distintos lapsos y con restricciones surgidas de las condiciones impuestas a la excarcelación, hace que su situación, en términos de prolongación insólita y desmesurada, se tome equiparable a la de una verdadera pena que no deriva de sentencia condenatoria firme, y que sólo se sustenta en semiplena prueba de autoría y culpabilidad”. / “Aunque el escrito de apelación no haya suscitado claramente la cuestión que la Corte estima necesario resolver con carácter de excepción, corresponde que por la materia institucional involucrada el Tribunal asuma la responsabilidad de volver las cosas a su quicio por imperio de la Constitución, y que directamente, después de subsistencia del proceso penal durante veinticinco años, declare la insubsistencia de todo lo actuado con posterioridad al auto de prisión preventiva, y la prescripción de la acción penal, sin perjuicio de los derechos patrimoniales de las partes”. [Mozzatti, Camilo y otro. 1978, T. 300, P. 1102].



negativamente en la cuestión de cargo o de culpabilidad, estructura de la sentencia penal regulada en nuestras leyes procesales.

### **III. EL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD**

1. No me detendré en el examen de este principio. Me interesa destacar que en “QUIROGA”, la Corte Suprema nos ha dicho que la imparcialidad del juzgador debe existir en todas las etapas del proceso, sin que cuadre hacer distinciones, ha dicho el alto Tribunal, acerca de su menor o mayor grado de avance.

Y propongo que nos situemos en el momento crucial en que el tribunal se reúne para dictar la sentencia después del debate. Digo que si la imparcialidad es esencial en todo el procedimiento, en el momento de la sentencia es cuando adquiere su máxima significación constitucional. Ese ideal de imparcialidad –nos dice el doctor Julio Maier que la imparcialidad de los jueces que integran el tribunal es una utopía, pero sí se puede medir la mayor o menor proximidad con ese ideal, como casi todos los principios que rigen de alguna manera al Estado<sup>11</sup>- supone que los jueces no están sometidos a presiones externas pero tampoco internas, esto es, las que pudieren provenir del seno del propio Poder Judicial.

Aquí, propicio que examinemos la vigencia del principio – garantía constitucional- en relación con la estructura de la sentencia penal en que la mayoría, en un tribunal colegiado, impone su criterio a la minoría, en cuanto ésta debe abandonar su posición. Específicamente, en un primer abordaje, deseo referirme al caso del tribunal colegiado integrado por tres miembros permanentes, que es

---

<sup>11</sup> En su intervención en la Legislatura de la Provincia del Chubut en oportunidad de informar sobre el Código que proyectó para esa provincia, sancionado por la ley 4566, Sesión del 9 de diciembre de 1999.

el que adoptan de modo generalizado nuestras leyes rituales para determinados asuntos penales.

De paso, subrayo en este punto que la división de las tareas de los jueces penales es más o menos discrecional: quiero significar que suele atribuirse a tribunales unipersonales competencia en delitos hasta un monto de pena máximo, contenido en la ley penal como amenaza, y los considerados más graves, con amenaza de pena superior, a un tribunal colegiado.

De esa suerte, la cuestión que me ocupa no sucede en el tribunal unipersonal: si el juez está convencido de la culpabilidad del imputado dictará sentencia de condena y si abriga alguna duda, lealmente, aplicará el *in dubio pro reo*. La suerte del imputado, entonces, depende del criterio de un solo juez aunque luego pueda recurrirse su decisión ante un tribunal superior, normalmente de integración plural.

En el tribunal colegiado puede haber más de un criterio, por lo que las leyes procesales han imaginado un mecanismo –debe entenderse desde ya que tan falible y discrecional como otros instrumentos de la técnica procesal- para preservar especialmente otro principio importante cual es el de la *identidad física del juzgador*. Consiste en dividir las cuestiones a resolver y en examinar en un orden preestablecido una a una, imponiéndose la mayoría –en un tribunal de tres, dos jueces- sobre la minoría en cada una de ellas. De ese modo, se asegura que los tres jueces que han participado en el debate deliberen y decidan todas las cuestiones. El juez que quedara en minoría en una cuestión, es obligado a decidir sobre la siguiente cuestión sin que pueda oponer su disidencia precedente.

Si los criterios fueren tres diversos, no existiría sentencia. Si así se dictara, ella sería nula. Antes, como no se ha arribado a un criterio único o mayoritario, corresponde absolver.

El aspecto que ocupa ahora mi atención es la imposición del criterio que debe aceptar el juez que ha quedado en minoría. Para decirlo sin más dilaciones, si él ha considerado que el imputado es ajeno al hecho que se le atribuye, correspondiendo entonces en su entendimiento la absolución, ello no obstante, por esa imposición del criterio de los otros dos jueces, si se pronunciaran por la intervención del imputado en el hecho, debería, a pesar de su opinión, condenar y aplicar pena a quien ha considerado en realidad inocente.

2. Para no ir más atrás en el tiempo, recordaré que el Código de Procedimiento Penal Italiano de 1930<sup>12</sup>, previó lo siguiente:

Art. 472. *Clausura del debate y pronunciamiento de la sentencia.* (...)

La sentencia es deliberada por los mismos jueces que han participado en el debate, sin interrupción, salvo...etc.

(...)

Art. 473. *Normas para la deliberación de la sentencia.* Al deliberar la sentencia el presidente somete separadamente a decisión las cuestiones prejudiciales, las incidentales cuya decisión haya sido diferida, las de hecho y las de derecho referentes a la imputación y después, si es necesario, las referentes a la aplicación de las penas y de las medidas de seguridad. Todos los jueces emiten su voto sobre cada cuestión, cualquiera que haya sido el que hayan emitido sobre las otras.

(...)

Cuando en la votación se manifiesten más de dos opiniones, los jueces que han votado por la pena más grave se reúnen con los que han votado por la pena más próxima en grado a la más grave hasta que llegue a resultar la mayoría. En cualquier otro caso, cuando sobre una cuestión hay paridad de votos, prevalece la opinión más favorable al imputado.

---

<sup>12</sup> V. Vincenzo MANZINI, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, trad. Santiago SENTÍS MELENDO y Marino AYERRA REDÍN, Prólogo de Niceto ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Ed. Jurídicas Europa – América, Bs. As., Tomo V, p. 452.

El Código de Córdoba de 1939<sup>13</sup>, que reconoció en el citado ordenamiento italiano una de sus fuentes principales, especialmente a través del Proyecto “Antelo”<sup>14</sup>, dispuso:

Normas para la deliberación – 426. El Tribunal fijará las cuestiones a resolver dentro de lo posible en el siguiente orden: las incidentales, las relativas a la existencia del hecho, a la participación del imputado, y a la calificación legal que corresponda. Dictará sentencia por mayoría de votos sobre lo alegado y probado, conforme a su libre convicción.

Clariá Olmedo explicaba lo siguiente<sup>15</sup>:

La votación debe hacerse separadamente con respecto a cada una de las cuestiones, a medida que vayan siendo discutidas y quedarán resueltas por mayoría de votos (...) Si en una cuestión no se consigue unanimidad, el vocal disidente queda vinculado a lo resuelto por la mayoría en cuanto a la discusión y decisión de las cuestiones siguientes. En consecuencia, **deberá dar por cierto o exacto lo que la mayoría opinó y decidió, sin tener en cuenta el sentido de sus votos minoritarios anteriores ni los fundamentos que lo determinaron en cada una de las votaciones ya agotadas**. Esto justifica la necesidad de un correcto orden de las cuestiones sometidas a la deliberación.

Por lo general la votación se resuelve entre dos alternativas, en cuanto se limita a afirmar o negar el contenido de la cuestión: se acoge o se rechaza la cuestión previa; se cometió o no el hecho; participó o no en él el imputado, etc., y en definitiva desemboca en la inocencia o culpabilidad del acusado (...). [*Resaltados míos*].

---

<sup>13</sup> Sobre este Código, véase “*LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL PROCESO PENAL SEGÚN EL CÓDIGO DE CÓRDOBA*”, por A. VÉLEZ MARICONDE – BS. AS., 1942 (publicado en la Revista JURISPRUDENCIA ARGENTINA. En Biblioteca de la Facultad de Derecho, UNC, 17-10-30 / 343.1 (824.3) / V / 10894.

<sup>14</sup> Sobre este Proyecto véase “*BASES DE UN PROCESO PENAL – EL PROYECTO DE MARIO ANTELO*”, por ALFREDO VÉLEZ MARICONDE, CÓRDOBA, ESTAB. GRÁF. COMERCIO Y TRIBUNALES, 1937 [en Biblioteca de la Facultad de Derecho, UNC, 22-11-5 / 343.1 (82) / V / 8301].

<sup>15</sup> Tratado de Derecho Procesal Penal, VI, Ediar, 1967, pp. 320/321.

En nota a pie, propone este ejemplo: “Podría ocurrir que un vocal niegue la participación, otro afirme autoría y el tercero sostenga complicidad secundaria. En tal caso, la cuestión debe desdoblarse en dos: 1. ¿Participó o no el imputado?, la que resultará afirmativa dado el sentido de los dos últimos votos; 2. ¿El imputado es autor o cómplice secundario?, ante lo cual el primer vocal deberá decidirse para formar mayoría”<sup>16</sup>. Ya es posible establecer en este punto la preocupación que nos anima, porque el juez que se ha pronunciado por la no participación del imputado debe, sin embargo, decidir la divergencia votando por una u otra posición, las dos contrarias al imputado, que en definitiva significaría la aplicación de una pena a quien él ha considerado ajeno al hecho.

El doctor Julio Maier resaltó la importancia en el planteo de la cuestiones, dando ejemplos en que una división arbitraria de la *cuestión de cargo*<sup>17</sup> conduce a absurdos en la conclusión. Y remite a Ernst Beling [trad. Fenech, parágr. 58, IV, ps. 185 y ss.], “quien

---

<sup>16</sup> *Ibidem.*, nota 551.

<sup>17</sup> Así tradujo el doctor Maier la palabra *Schuldfrage*, dando esta razón: “Hemos traducido *Schuldfrage* por *cuestión de cargo*, pues abarcando la expresión todo lo que se refiere a la acción humana que se imputa (hecho) en relación con una norma jurídica abstracta, lo que usualmente designamos como *infracción* o genéricamente *delito* cuando nos referimos al derecho penal, el traducirla literalmente por cuestión de culpabilidad o responsabilidad podría hacer pensar en una de las expresiones mencionantes de uno de los capítulos de la construcción dogmática del delito: el reproche puramente subjetivo, conocimiento y voluntad no viciados. / Las consecuencias jurídica de una acción punible que en el párrafo se especifican aparecen mencionadas usualmente bajo el rótulo de *Strafrage*” [LA ORDENANZA PROCESAL PENAL ALEMANA, comentario al párrafo 263, p. 229]. Juan-Luis Gómez Colomer la tradujo, en cambio, como *cuestión de culpabilidad*: “263 [Votación]. (1) Para cada resolución en perjuicio del acusado sobre la cuestión de culpabilidad y las consecuencias jurídicas del hecho, será necesaria una mayoría de dos tercios de los votos. / (2) La cuestión de culpabilidad abarcará también las circunstancias previstas especialmente por la Ley penal, que excluyeran la punibilidad, la disminuyeran o la aumentaran. / (3) La cuestión de culpabilidad no abarcará los supuestos de la prescripción” [EL PROCESO PENAL ALEMÁN, p. 366 y p.602 (Diccionario Alemán-Español, voz *Schuldfrage*).

explica detalladamente la manera correcta de formular las cuestiones”<sup>18</sup>.

**-N-**. Explicaba Beling: “III. A la recepción de la prueba sigue la proposición de las cuestiones a los jurados (parágrs. 290-298 de la OPP). El presidente proyecta las cuestiones y la corte las establece definitivamente. Si se solicita la proposición de una cuestión, la corte solo puede rechazarla por cuestiones de derecho. Las cuestiones deben ser propuestas de tal manera que sea posible su contestación con ‘sí’ o con ‘no’. Por esto, no son de proponer verdaderas cuestiones alternativas, que incluyen un ‘o’ en el sentido de ‘aut’; una cuestión con ‘o’ es sólo admisible si este ‘o’ tiene el significado de ‘sive’ (así, ‘en o inmediatamente después del nacimiento’ [parágr. 217 del CP]). No se debe incluir en *una* cuestión varios hechos del acusado y tampoco los hechos de varios acusados; no se puede proponer una cuestión colectiva. La fórmula de las cuestiones debe atenerse siempre a las palabras del derecho penal material.

Nunca debe faltar la *cuestión principal*, esto es, si el acusado es culpable en el sentido del auto de apertura. La fórmula jurídica debe contener las palabras de la *ley penal* de que se trate en el sentido propio, añadiéndose la ‘forma de aparición’ del hecho (tentativa, instigación, etc.). El hecho tiene que ser individualizado de manera que se lo pueda distinguir de otros. Además, debe considerarse admisible una *especificación*, aunque esto es discutido, vale decir, que se añadan las circunstancias de hecho en las que deben hallarse los conceptos jurídicos. La cuestión principal puede, entonces, rezar, p. ej., como sigue:

‘¿El acusado es culpable de haber matado, el 13 de enero de 1902, en Berlín, a un hombre, el guarda de fábrica PHylax residente en Berlín y de haber ejecutado la muerte con reflexión?’

Si existe la posibilidad de una apreciación jurídica del hecho distinta de la del auto de apertura, se debe poner una *cuestión auxiliar* para el caso de una contestación negativa a la cuestión principal. Su construcción es la misma que la cuestión principal (¿es el acusado culpable...?). Eventualmente, pueden añadirse a la cuestión principal o a la cuestión auxiliar, para el caso de su contestación afirmativa, *cuestiones accesorias*. Estas son cuestiones mediante las que se

---

<sup>18</sup> *ibídem*.

debe contestar sobre determinadas circunstancias del hecho (circunstancias atenuantes; con respecto a menores y sordomudos, el discernimiento necesario para conocer la punibilidad [cfs. 'Code d'instr. crim., art. 340: "¿l' accusé a-t-il agi avec discernement?"]; causas de supresión de la pena; causas de atenuación o agravación de la pena [parágr. 295, 297, 298 de la OPP].

Excepto las partículas que se acaban de mencionar, que deben ser propuestas en una cuestión accesoria, no se puede separar nada de la cuestión de la culpabilidad, sea que ésta esté como cuestión principal o auxiliar, para formular cuestiones separadas. La cuestión: '¿es el acusado culpable?' abarca toda la cuestión de la culpabilidad, inclusive los aspectos de la antijuridicidad, de la culpabilidad, de la punibilidad, etc.; es inadmisibile poner una cuestión separada relativa a la legítima defensa, a la embriaguez, a la calidad de diputado, etc. La necesidad que tienen los jurados de analizar todos estos aspectos está ya en la cuestión: '¿es el acusado culpable?'. Todos estos puntos pertenecen a los llamados '*subintelligenda*'. Pues, para elaborar la fórmula de la cuestión, sirven, como se dijo antes, sólo la ley penal, en el sentido propio (entonces, en cuanto se trate del Código Penal, los parágrs. 80 y sigts.) y las normas sobre la 'forma de aparición' del hecho. Pertenecen también a los ya mencionados '*subintelligenda*', p. ej., las circunstancias de carácter jurídico penal internacional, que deben ser calificadas según los parágrs. 3 y sigts., y, además, la aplicabilidad de la vieja o de la nueva ley penal (parágr. 2 del CP). Es materia de la instrucción jurídica llamar la atención de los jurados sobre los '*subintelligenda*' que no están expresados en la cuestión"<sup>19-20</sup>.

---

<sup>19</sup> Hemos tomado las citas de BELING, ERNST –DERECHO PROCESAL PENAL – LIBRERÍA ASSANDRI, CORDOBA – 1943 – TRAD. ROBERTO GOLDSCHMIDT Y RICARDO C. NÚÑEZ – PRÓLOGO ENRIQUE MARTÍNEZ PAZ (DIRECTOR GENERAL DEL INSTITUTO DE DERECHO COMPARADO) – se pide\_ 25-6-34 / 343.1/ B/8192, en biblioteca de Derecho de la Facultad de CBA. - *EL DEBATE PRINCIPAL ANTE LOS JURADOS, EN PARTICULAR* (PARÁGR. 63. págs. 168 ss), y no de la obra que cita Maier.

<sup>20</sup> "...II. Todas las decisiones concernientes a la relación procesal, al derecho de acción penal y a la constitución del proceso (autos, sentencias formales) competen a los tres magistrados profesionales (a la 'corte'). Si la corte considera deficiente la relación procesal, cierra el procedimiento. El "banco de los jurados" no entra en tal caso en función. Sobre la causa misma deciden: / 1. Los jurados deciden obre la cuestión de la culpabilidad y la de las circunstancias atenuantes, y (contrariamente al derecho francés, al inglés y al prusiano) no sólo lo que se refiere al hechos, sino también bajo el aspecto jurídico, cuestión de hecho y de derecho (parágr. 81 de la LO, parágrs. 262, 297 de la OPP); / 2. La corte decide sobre la cuestión de la

Más allá de la exigencia del correcto planteamiento de las cuestiones<sup>21</sup>, se observa que siempre el juez que queda en minoría es obligado a abandonar su decisión inicial. Señalaba NÚÑEZ:

El voto de la Mayoría sobre una cuestión obliga a la Minoría, pues aquella es la que decide sobre cada punto objeto de las cuestiones. V.gr,

---

pena, excepto la cuestión relativa a las circunstancias atenuante (y sobre la cuestión relativa a las demás medidas que se pueden imponer en el proceso penal: la composición, la colocación en casa de corrección, etc.)...“V. Después, los jurados dan su veredicto contestando a las cuestiones que les han sido propuestas y haciéndolo conocer por boca de su jefe. En la votación sobre la cuestión de la culpabilidad decide la mayoría de dos tercios, exigida por el parágr. 262 de la OPP, y en la relativa a las circunstancias atenuantes, la simple mayoría; el derecho alemán no siguió el ejemplo del derecho anglo-americano, que exige la unanimidad para el veredicto. En consecuencia, en caso de negación de circunstancias atenuantes se debe mencionar que esta decisión fue tomada por más de seis votos, y en caso de cualquier otra decisión perjudicial al acusado, por más de siete votos (parágrs. 301-8 de la OPP). / Si la corte considera que el veredicto dado a conocer es formalmente incorrecto o deficiente en relación al fondo (vale decir, deficiente con respecto a su integridad, claridad o armonía intrínseca), ordena un procedimiento de rectificación, esto es, los jurados tienen que remediar el defecto; tratándose de un defecto sobre fondo, no están obligados bajo ningún aspecto, por su veredicto anterior (parágrs. 309-312 de la OPP). / “VI. Si resulta un veredicto sin defectos, se lo ‘proclama’ al acusado, el que debe abandonar la sala de sesiones en el momento en que los jurados se retiran para su deliberación, pero debe ser introducido nuevamente en esta oportunidad. Si contiene un ‘no culpable’, la corte debe absolverlo inmediatamente. Si dice ‘culpable’, después de la proclamación del veredicto se concede la palabra a las partes, y sólo luego dictará sentencia la corte (parágrs. 314 y sigts.). En general, la corte no puede apartarse del veredicto de los jurados, sino que debe fundarse en él. Una excepción rige para el caso en que por unanimidad considera que éstos se han equivocado sobre el fondo de la causa en perjuicio del acusado; en este caso, se remite la causa a los jurados de la sesión próxima para un nuevo debate (parágr. 317; la llamada casación del veredicto de los jurados). / “VII. El documento de la sentencia debe contener, como la sentencia dictada en el procedimiento que no se realiza ante los jurados, encabezamiento, dispositivo, motivos y firma. Los motivos pueden ser, por supuesto, sólo los de la corte (excepto la cuestión de las circunstancias atenuantes); sin embargo, los motivos se integran por la referencia al veredicto, que, por consiguiente, queda incorporado en cierto modo a la sentencia (parágr. 316 de la OPP). Pero aun así subsiste un gran defecto: los motivos que han conducido al veredicto siempre permanecen desconocidos, y esta es otra circunstancia que exige la abolición de los jurados”. *ibídem*.

<sup>21</sup> “El presidente resumirá el negocio, hará notar a los jurados las principales pruebas en pró y en contra del acusado; concluirá recordándoles con sencillez las funciones que tienen que llenar, y fijando con claridad las diversas cuestiones que deban decidir con relación al hecho, a su autor y a la intención. (168) L 16 y 29 de Setiembre de 1791, 2ª. part., tít. VII. *Código de Instrucción Criminal Francés*.



si sobre la cuestión relativa a la existencia del hecho imputado, la Mayoría decidiera, en contra de la Minoría, que no hubo agresión de la víctima al victimario, al contestar la cuestión relativa a la calificación legal, la Minoría debe atenerse a esa decisión; o no sería admisible que en contra de la Mayoría, un Juez se pronunciara por la incompetencia del Tribunal y que, negándose a votar la siguiente cuestión el Tribunal quedara desintegrado (Vélez Mariconde, *Proyecto de 1968*, p. 47). Sin embargo, la inobservancia de ese deber no está sancionada con nulidad...<sup>22</sup>

Como se advierte, expresada así, la cuestión nos conduce a repensar si ello no implica violentar la imparcialidad del juez.

En lo que sigue, examinaré en aproximaciones sucesivas las aristas que presenta el tema.

#### **IV. OTROS ANTECEDENTES**

En verdad, podría desalentar mi examen y posteriores conclusiones este pronunciamiento de la Corte Suprema:

(...) toda vez que el voto de la mayoría en una decisión previa obliga a la minoría en todo tribunal colegiado, resulta improcedente que ésta se niegue a intervenir, dejando desintegrada a la Corte (Fallos: 310: 2845). Por lo tanto corresponde pronunciarse sobre el mérito de los recursos extraordinarios interpuestos<sup>23</sup>.

O este otro:

(...) Que los argumentos relativos al modo en que se obtuvo la mayoría necesaria para apereibir al señor magistrado tampoco pueden ser atendidos, pues sólo reflejan una dogmática discrepancia del recurrente

---

<sup>22</sup> Código P. Penal de la Pvcia. de Córdoba, 1986 (1978), p. 377, com. Art. 410.

<sup>23</sup> Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. (Poblete) - causa N° 17.768-. S. 1767. XXXVIII.; 14-06-2005; T. 328 P. 2056.

con una regla esencial en el funcionamiento de todo cuerpo o tribunal colegiado, consistente en que sus miembros deben deliberar hasta tanto alcancen el consenso necesario para tomar decisiones con las mayorías requeridas por los textos normativos de aplicación al caso. / De ahí, pues, que una vez obtenida esa mayoría en la conclusión alcanzada, las diversas opiniones que los miembros del cuerpo fueron sustentando durante el curso de la deliberación son absolutamente irrelevantes en la medida en que el debate y el intercambio de ideas tienen por objeto, precisamente, que los discursos argumentativos y el peso de las razones invocadas persuadan y convencan a los demás integrantes del cuerpo de dejar de lado las opiniones inicialmente sostenidas para sumarse a otra que hará mayoría y será, por ende, la única conclusión válidamente adoptada por el órgano de que se trata<sup>24</sup>.

Sin embargo, sin desalentarme, por lo contrario, traigo a colación un voto del Juez Adolfo R. Vázquez, cuando integraba la Corte Suprema, por lo que de él trasciende en orden a la imparcialidad en concreto de un juez.

Dijo:

(...) Si bien, dado el carácter colegiado del Tribunal, una mayoría de jueces puede imponerse a una minoría a los efectos de pronunciar sentencia, no parece, en cambio, que tal modo de proceder sea aceptable en la etapa preliminar al dictado del fallo, máxime cuando de ello deriva una privación para uno o más jueces del derecho-deber de formar una opinión más acabada sobre el mérito de la causa del modo que lo ha entendido más conveniente, esto es, con previa opinión del Ministerio Público...

Que, aparte de lo anterior, debe ser considerado que a los fines del dictado de un válido fallo por esta Corte que sea la resultante de una deliberación libre y completa por parte de todos y cada uno sus jueces, cuando cualquiera de ellos exprese la necesidad de contar con la previa opinión del Ministerio Público para posteriormente expresar su voto, no

---

<sup>24</sup> Resolución N° 1225/2006; Barbarosch, Alfredo. 10/08/2006. T. 329, P. 3109.

puede una circunstancial mayoría imponerle un camino distinto, como sería el de obligarlo a votar sin contar con dicha previa intervención fiscal. Que lo contrario constituye un avasallamiento a la tarea de juzgar, pues si bien es claro que dado el carácter colegiado de este Tribunal, una mayoría de jueces puede imponerse a una minoría a los efectos de pronunciar sentencia, no parece, en cambio, que tal modo de proceder sea aceptable en la etapa preliminar al dictado del fallo, máxime cuando de ello deriva, como aquí ocurre, una privación para uno o más jueces del derecho-deber de formar una opinión más acabada sobre el mérito de la causa del modo que -según un recto leal saber y entender- lo ha entendido más conveniente, esto es, con previa opinión del Ministerio Público, que en autos fue refrendado por tres Jueces de este Tribunal.

Es que, como resulta evidente, una mayoría no puede condicionar, ni menos obligar, a una minoría ni aun a un solo Juez del Tribunal, cualquiera sea, a que se aparte o deje de lado el modo en que entiende cumplirá más apropiadamente su función de juzgar. Admitir otra cosa, importa validar un límite inaceptable al ejercicio de la función de juzgar que compete a cada juez de la Corte en forma individual y autónoma, y que lógicamente no puede quedar subordinada a voluntades ajenas. J.A. 22-10-03. E.D. 03-11-03, nro. 179.

En estos supuestos, la Corte Suprema "dará" vista al Procurador General (art. 33, inc. a, ap. 5 º, segundo párrafo, ley 24.946). Tal conjugación verbal da cuenta del carácter imperativo de la cuestión, y de que el Tribunal solamente puede excepcionar tal vista en los supuestos taxativos previstos en la norma, extremo este último que lógicamente supone una decisión interna del Tribunal -previa al dictado de la sentencia- que tenga el consenso de todos y cada uno de los jueces. Y puesto que tal consenso no es más que la suma de voluntades individuales, la expresión de estas últimas no puede ser obstaculizada cuando cualquier juez entienda que para darla necesita previamente del dictamen del señor Procurador General. De hecho, el dictamen del Procurador es imprescindible inclusive para el caso de que un juez decida oponer su disidencia frente a una mayoría que pretenda imponer una solución distinta. Si esa disidencia no cuenta con la previa vista ordenada por el citado artículo de la Ley Orgánica del Ministerio Público, habría de concluir

que tampoco podría ser pronunciada, lo cual es inaceptable porque coarta el poder decisorio del juez de que se trate, tornando tal pronunciamiento en un acto jurisdiccional írrito.

8º) Que, finalmente, partiendo de la premisa de que toda sentencia para revestir el carácter de acto jurisdiccional válido, debe integrarse con la totalidad de las opiniones que conformen la mayoría, eventuales votos coincidentes y disidencias, no resulta ocioso destacar que la negativa dada por la mayoría del Tribunal al pedido de uno de sus miembros de oír previamente al Ministerio Público, equivale a cohonestar una suerte de subordinación a tal mayoría de la jurisdicción que individualmente compete a cada juez del Tribunal, con efectos equivalentes a los de una delegación de jurisdicción no prevista por la ley. Y, en este orden de ideas, es bien sabido que ninguna autoridad judicial puede delegar en otra su propia jurisdicción, salvo los casos establecidos por la ley (Chiovenda, G., Instituciones de Derecho Procesal Civil, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1940, vol. II, pág. 76), ninguno de los cuales se presenta en el sub lite<sup>25</sup>.

Hago notar estas dos cosas: primero, el principio de la mayoría en los tribunales colegiados –que yo no pretendo discutir-, al que se ha referido el doctor Vázquez y es el principio sentado por la Corte, no conlleva que se le imponga a un juez cambiar su opinión. Reténgase que la Corte menciona el intercambio de opiniones en la deliberación que permite alcanzar el consenso necesario para tomar decisiones con las mayorías requeridas por los textos normativos de aplicación al caso. Consenso, supone que media convencimiento pero nunca imposición de unos sobre otros. Segundo, que el doctor Vázquez se refirió a un momento preliminar, antes de la decisión final, y enfatizó allí que debía preservarse la

---

<sup>25</sup> Competencia N° 117. XXXIX.; Notificación remitida por el juez federal con competencia electoral, autos N° 42/03 caratulado "Barrionuevo, José Luis c/ Juzgado Electoral y de Minas de Catamarca y otro s/ amparo". Mayoría: Moliné O'Connor, Fayt, Belluscio, Petracchi, López. Voto: Vázquez. Disidencia: Abstención: Boggiano, Maqueda. 04/07/2003. T. 326, P. 2298.

independencia del juez frente a la opinión, en mayorías, de los otros integrantes del tribunal, aunque ese juez estuviera solitario en su postura. Ese mismo criterio debe imperar -y con mayor razón- en el momento culminante del procedimiento penal que es el dictado de la sentencia. Para la Corte, como principio, no se presenta la dificultad, porque las disidencias se hacen constar y la sentencia se emite con mayoría. Ningún juez es obligado a cambiar de opinión.

Puedo, además, relacionar esta aseveración de la doctora Carmen M. Argibay, Jueza de la Corte Suprema, contenida en el considerando 18) de su voto concurrente en un fallo en el que el Tribunal remitió a “QUIROGA”:

18°) Por otra parte, debe pensarse qué ocurriría si trasladásemos el argumento de control que se brinda como justificación del artículo 348, 2° párrafo, CPPN, para el hipotético caso de querer implementar un sistema de vigilancia similar respecto de los jueces. En tal supuesto, nadie dudaría en calificar como un escándalo que, bajo el argumento de revisión republicana, se asignase a determinados funcionarios el rol de imponer a un juez el contenido de una sentencia porque la que éste ha dictado se considera insatisfactoria. Doy este ejemplo al solo efecto de demostrar que, en realidad, es posible pensar en controles menos invasivos de las competencias constitucionales<sup>26</sup>.

Señalo que esto mismo, *mutatis mutandi*, se debe poder decir de la imposición del contenido de su voto a un juez por otros jueces, de su misma jerarquía y en el mismo caso que juzgan. Incluso, el criterio que se ha difundido en nuestros tiempos, el de la *horizontalidad*, lleva a cuestionar la vinculación de los jueces a los fallos plenarios y aun a las doctrinas legales que emanan de los Tribunales Superiores y Cortes de provincias.

---

<sup>26</sup> V., CS, Alas, Leonardo Fabián s/ recurso de casación. A. 138. XL.; 30-08-2005; T. 328 P. 3271.

## V. LA DELIBERACIÓN. LA DECISIÓN

1. La influencia del derecho procesal continental europeo y específicamente de la legislación procesal penal italiana es incuestionable entre nosotros. MANZINI explicó que a la deliberación se procede en *Cámara de consejo*, expresión más bien referida al lugar, cerrado, en que ella se verificaba. Bajo el título de “*Inmutabilidad del colegio*”, se refirió este autor a la *identidad física del juzgador* pero sin emplear estas palabras. Es importante retener que él subrayó que las reglas se aplicaban también a los debates de impugnación, por lo que nosotros proyectamos a éstos nuestras reflexiones.

Cito a MANZINI en diversos tramos de sus explicaciones<sup>27</sup>:

(...) En la deliberación colegiada hay que distinguir dos *momentos*: el individual (discusión y votación) y el colectivo (decisión). El colegio no tiene conciencia ni convicciones propias; son los miembros singulares de él quienes las tienen y quienes las expresan y unifican mediante la votación, de la que resulta la decisión. Esta no es un acto de los jueces singulares, sino del colegio: de manera que, formada la decisión, la opinión y la voluntad personal de los jueces no tiene ya poder alguno.

*Objeto* de la deliberación de la sentencia del juez colegiado del mérito son los extremos de la imputación. La deliberación se hace mediante la resolución de dos órdenes de cuestiones, el primero de hecho, el segundo de derecho, lo que da lugar a un doble silogismo.

(...) La materia de este examen, que consiste en un análisis y en una síntesis, la dan exclusivamente los resultados de las pruebas que la ley no prohíba como fuentes de convicción del juez. Cada miembro del

---

<sup>27</sup> MANZINI, DERECHO PROCESAL PENAL, TRAD. DE SANTIAGO SENTÍS MELENDO Y MARINO AYERRA REDÍN, PRÓLOGO DE NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, E.J.E.A., BS. AS., 1953.

colegio, como ya lo hemos indicado, forma así su convicción individual según la particular significación que en su mente se determina a consecuencia del indicado análisis y de la mencionada síntesis. Fijada esta convicción, el juez la manifiesta al colegio mediante su voto.

(...) Todos los jueces deben votar sobre cada cuestión, cualquiera que sea el voto dado por ellos sobre las cuestiones anteriores (artículo 473, parágr. tercero). Las declaraciones de abstención no se admiten.

Todos los jueces que componen el colegio deben encontrarse en situación, para la validez de la deliberación, de realizar las indicadas operaciones intelectuales en condiciones normales (véase también vol. IV, n. 420, II).

Para la validez de la decisión es necesario que ésta sea deliberada, al menos por la *mayoría* de un voto (véase artículo 473 parágrafo tercero)... Puesto que el colegio es una entidad autónoma e indivisible que desarrolla su función mediante deliberación, no existe, o mejor, no tiene existencia jurídica, la voluntad de la minoría. La decisión de la mayoría es la decisión del colegio; todas las voluntades singulares se unifican en esa única decisión, al punto de que la sentencia debe ser firmada siempre por todos los votantes (arts. 474, 475, n. 5) y sin ninguna reserva...<sup>28</sup>

Aquí, en una nota a pie, el citado tratadista aclara: “*En cambio, en el sistema inglés, de la sentencia debe resultar tanto la opinión de la mayoría como la de la minoría o la de cada uno de los jueces disidentes*”.

Sigue:

(...) Como la deliberación es secreta, la eventual existencia de una minoría y el modo como se formó la mayoría, se sustraen a toda censura exterior, y nadie puede reclamar (art. 473, penúlt. parágrafo). **El hecho de que un juez pertenezca a la minoría solo puede tener el efecto, de orden interno e incensurable, de exonerarlo de la redacción de la**

---

<sup>28</sup> IV, Número 456, p. 478 y sigs. Y tomo II, nro. 115, p. 159 y sigs.

**sentencia, por no constreñirlo a motivar contra conciencia.**  
[Destacado mío].

Trataré de sostener que la solución del sistema inglés, que relacionó MANZINI, es la que mejor se compadece –por no decir que es la única que se compadece- con los principios superiores, de orden constitucional, que reclaman aplicación en la materia.

Interesa todavía citar otra nota a pie:

No se sabe con qué reglas se tomaban las decisiones en la Edad Media más remota. Después del año 1000, a imitación de lo que había establecido la ley romana sobre las citaciones, se asignó al voto del presidente eficacia prevalente. En las magistraturas colegiadas venecianas, en cambio, la mayoría de un voto no era suficiente para condenar, sino que eran necesarios, según los casos, los dos tercios, los tres cuartos, los cuatro quintos, los cinco sextos o los cinco octavos de los votos (véase también vol. I, p. 93). En otras partes se consultaba a un jurisconsulto, o se agregaban otros jueces, pero antes de hacerlo así, se repetía varias veces la votación (hasta cinco veces en Venecia). Véase Pertile, *Storia del diritto italiano*, II, 2, págs. 205 y sigtes. En la primera mitad del siglo XIX se discutió mucho en torno a la eficacia de las votaciones judiciales. Quien pretendía que la condena sólo podía pronunciarse en caso de unanimidad de sufragios; quien quería que, en caso de condena por mayoría, a cada voto contrario correspondiera una disminución de pena: unos exigían la mayoría absoluta, otros se contentaban con la mayoría simple. Barbacovi, *Della pluralità nei giudizi criminali (Raccolta di trattati e memorie di legislazione e giurisprudenza criminale*, Firenze, 1821, I, págs.. 26 y sigtes.), observaba: “Cuando el número de los jueces que condenan al acusado supera en dos o más votos el número de los que lo absuelven, estoy lejos de creer que deba quedar libre de toda pena, como debe quedar libre cuando no hay contra él más que la preponderancia de un solo voto. Lo que me propongo demostrar ahora es, no ser justo que la ley dé todo el poder a la pluralidad de las voces y no cuenten para nada los votos de la minoría: sino que



quiere la razón que la pena dictada por la mayoría sea templada y disminuida proporcionalmente al número de los votos que están a favor del acusado, quitando de la pena tantos grados cuantos son los votos de los jueces que no la estiman justa”. Concepto formalístico y, por así decirlo, mecánico. De Sonnenfels, *Sopra la maggioranza del voti nelle sentenze criminali* (Raccolta, cit., págs. 125 y sigtes.), en cambio, quería que ninguna condena pudiera pronunciarse sin la unanimidad de los votos: “Si la pluralidad de los votos basta para pronunciar la sentencia, puede muy bien ser condenado un inocente y absuelto un verdadero reo”. Pero ello puede ocurrir también con el peligroso sistema de la unanimidad. “Si la unanimidad de los votos está prescrita por las leyes, en el caso de que ésta no se efectúe sólo podrá ocurrir que un inocente, sin poder ser condenado, no sea absuelto (*non liquet*) o que un verdadero reo, sin tener asegurada también para el futuro la impunidad, no sea condenado por ahora”. Pero estas hipótesis no tienen ya sentido en el derecho vigente. Sobre la cuestión puede verse también: Petroni, *De iure suffragii*, Pavia, 1782; Boeklerus, *De calculo Minervae*; Cocceius, *De eo quod instum est circa num. suff*<sup>29</sup>.

MANZINI hacía notar que no quedaban en Italia colegios en número par y por tanto no era posible la mayoría absoluta como mayoría mínima (mitad más uno) no pudiéndose materialmente obtener la mitad de los votantes. Se exige entonces, decía, la mayoría relativa de los votantes o sea la mayoría de un voto. Y, en señalamiento que merece subrayarse a los fines de este trabajo, destacaba que en cuanto a la decisión de la sentencia, en los colegios mayores se exigía la mayoría absoluta, en los colegios menores no bastaba la mayoría. En 1343 se dispuso, señaló, que, en caso de disentimiento inconciliable, recurrieran los jueces al

---

<sup>29</sup> P. 162-163, nota 27

Dux<sup>30</sup>, quien establecía cuál debía ser la decisión. Ordinariamente, si en dichos colegios menores había disenso, se repetía por tres veces la votación y si no se lograba la unanimidad siendo tres jueces, se eliminaba uno por suertes, y los dos restantes tenían que ponerse de acuerdo en un sentido o en otro<sup>31</sup>.

2. Es preciso señalar que el sistema adoptado por los códigos procesales argentinos es el de la deliberación en secreto<sup>32</sup>, no el acuerdo público, para dictar sentencia [*Cámara del Consejo*<sup>33</sup>, en la terminología italiana]. Según Glasson, en la Edad Media el sistema era el de la publicidad. El secreto reconoce influencia del derecho canónico<sup>34</sup>. Clemente A. Díaz distingue entre sentencia colegial y sentencia pluripersonal: para formar la primera "cada miembro del tribunal se instruye por separado y privativamente de la causa y emite su voto, los que luego se cuentan en el acto de acuerdo". En cambio, "La sentencia pluripersonal es la negociación de la colegialidad: No se trata de saber qué opina cada uno de los

---

<sup>30</sup> "El dux (latín *dux*, líder) o dogo (del italiano *doge*, adaptación del veneciano *doxe*, y este a su vez del latín *dux*), era el más alto cargo oficial de la República de Venecia, vigente durante más de mil años, entre el siglo VIII y el siglo XVIII. Este título fue también utilizado durante un breve período en la República de Génova". También, Dux, príncipe o magistrado supremo de las repúblicas de Venecia y Génova [WIKIPEDIA].

<sup>31</sup> T. I, p. 93, El proceso véneto, en el CAP I, DESARROLLO HISTÓRICO, 7 bis.

<sup>32</sup> "La regla del secreto domina el procedimiento instructorio y el procedimiento en Cámara de consejo" [MANZINI, ob. cit., III, nro. 276 bis, p. 54].

<sup>33</sup> "...b) Procedimiento en Cámara de consejo (...) La expresión 'Cámara de consejo' sólo designa el procedimiento que se despliega sin debate público y no implica que deba hacerse ante un 'Consejo' o sea ante un colegio. La 'Cámara de consejo' es la sala adonde se retira el juez para deliberar, y se contrapone a la sala de las audiencias. Se ha tomado un término de lugar para designar una determinada forma de procedimiento y no ya para indicar que ella exija pluralidad de jueces" [*ibidem.*, p. 56].

<sup>34</sup> Vid. "ACUERDOS PÚBLICOS O PRIVADOS PARA DICTAR SENTENCIA EN LOS TRIBUNALES COLEGIADOS", por Juan Manuel OLCESE, en JA., 1988-III, 780-783.

miembros del tribunal, sino qué opina el tribunal, que es distinto" (Instituciones de derecho procesal, t. I).

Dice DE LA VEGA, en una antigua nota<sup>35</sup>, que para los tribunales colegiados el principio de la motivación<sup>36</sup> de la sentencia es doblemente imperativo, porque la fundamentación es impuesta respecto de cada una de las cuestiones que se decidan, sean de hecho y de derecho. En nuestro sistema, la decisión tomada entre

---

<sup>35</sup> Carlos DE LA VEGA, "*FORMAS DE LA SENTENCIA – FALTA DE FUNDAMENTACIÓN DE LA MISMA. NULIDAD*", en JA., 1919-III, 461-494. Es interesante recordar que este autor examina las normas de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires de 1873. Cito: "Artículo 170.- En las causas en que la prueba no se defiera al jurado, los tribunales colegiados, que conozcan de ellas, originariamente o en virtud de recurso, establecerán primero las cuestiones de hecho y enseguida las de derecho, sometida a su decisión, y votarán separadamente cada una de ellas en el mismo orden. / Artículo 171.- El voto en cada una de las cuestiones de hecho o de derecho, será fundado, y la votación principiará por el miembro del tribunal que resulte de la insaculación que al efecto debe practicarse. / Artículo 172.- Los procedimientos ante los tribunales son públicos; sus acuerdos y sentencias se redactarán en los libros que deben llevar y custodiar, y en los autos de las causas en que conocen, y publicarse en sus salas respectivas de audiencia, a menos que a juicio del tribunal ante quien penden, la publicidad sea peligrosa para las buenas costumbres, en cuyo caso debe declararlo así por medio de un auto. / Artículo 176.- Las sentencias que pronuncien los jueces y tribunales letrados en lo Civil, Comercial o Criminal serán fundadas en el texto expreso de la ley, y a falta de éste, en los principios jurídicos de la legislación vigente en la materia respectiva, y en defecto de éstos en los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso". El actual artículo 168, establece: "Art. 168 – Los tribunales de justicia deberán resolver todas las cuestiones que les fueren sometidas por las partes, en la forma y plazos establecidos al efecto por las leyes procesales. / Los jueces que integran los tribunales colegiados deberán dar su voto en todas las cuestiones esenciales a decidir. Para que exista sentencia debe concurrir mayoría de opiniones acerca de cada una de ellas". Dijo que la estructura del Poder Judicial de la Provincia databa de la Constitución de 1873, que no tocaron las reformas de 1878 y 1889. Sostuvo que la Constitución siguió la ley procesal del Cantón de Ginebra, remitiendo, para corroborar su aseveración, a los debates de la Convención (discurso del convencional Pereyra, t. II, p. 1125). Y el modo de votación de las cuestiones lo ejemplifica con un tramo de la Exposición de Motivos de la ley de Procedimientos Civiles del Cantón de Ginebra, del Profesor E, BELLOT, autor de dicha ley, sobre la nulidad de un testamento.

<sup>36</sup> "Los estatutos constitucionales, lo mismo que las leyes y las decisiones de la justicia, deben ser motivados. La mención de los motivos es una garantía de verdad y de imparcialidad, que se debe a la opinión, y un medio de resolver las dudas ocurridas en la aplicación por la revelación de las miras que ha tenido el legislador, y de las necesidades que se ha propuesto satisfacer" [ALBERDI, *LAS BASES*].

varios debe ser una expresión de voluntad única que sea la decisión del Estado. La propuesta nuestra no altera este postulado.

**-N-**. La norma de la Constitución de Buenos Aires citada a pie de página – la contenida en el artículo 168- exige en ese nivel normativo que los jueces voten todas las cuestiones. Ello ha podido motivar un examen de sus alcances en sentencia de la Suprema Corte de esa Provincia, con disidencias. Hago notar que el doctor Hitters, por ejemplo, votó por la nulidad de la sentencia de grado por violación, a su entender, de esa exigencia constitucional, resultando su postura minoritaria, aunque obtuvo la adhesión de otros dos jueces<sup>37</sup>. Sin embargo, todo votaron las demás cuestiones y quienes se pronunciaron por la nulidad coincidieron en que los recursos de nulidad y de inaplicabilidad de ley eran infundados en el caso. Se trataba de un asunto de familia –divorcio-; en materia penal el tema merece, si cabe, una mayor atención aun. Creo que es un error identificar la obligación de votar todas las cuestiones con la necesidad de coincidir en el sentido de los votos. En el caso de la Suprema Corte de Buenos Aires, por ejemplo, es claro que las decisiones pueden adoptarse por mayoría.<sup>38</sup> Si se tratara de juicios orales, entonces, para los tribunales revisores deben imperar las mismas reglas que dejo señaladas.

Surge otro problema: el relacionado con los votos de adhesión en los tribunales colegiados. El Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires ha sentado, por mayoría, esta doctrina plenaria: “La fórmula de adhesión ‘voto en igual sentido por ser mi sincera e íntima convicción’ comprende la adhesión a los fundamentos, abasteciendo suficientemente la exigencia constitucional”<sup>39</sup>. Esto no podría decirse en Chubut, ya que la Constitución manda esto: “ARTICULO 169.- Las resoluciones judiciales deben ser motivadas, con adecuada fundamentación lógica y legal. En el caso de los órganos colegiados, la fundamentación es individual, aun cuando coincida con la conclusión de otro de los miembros”<sup>40</sup>.

---

<sup>37</sup> Ac 82867, 07/07/04, “P., S. B. c/l., D. s/Divorcio vincular”.

<sup>38</sup> Es lo que dice la Constitución, Artículo 168.

<sup>39</sup> “Causa nº 7903, y sus acollaradas causas nº 15311 y 15481, caratulada “Zapata, Horacio Miguel s/ Rec. de casación. Convocatoria a Acuerdo Plenario”, 23-03-2004.

<sup>40</sup> Sin embargo, véase lo que hubimos de decir en “*LOS COMPORTAMIENTOS INSTITUCIONALES, EL DERECHO Y LA VIGENCIA DE LAS CONSTITUCIONES*”

Otro fallo –éste, de un Tribunal de Morón- recordó, al declarar la inconstitucionalidad del artículo 22 del Código de la Provincia de Buenos Aires, reformado por la ley 13.943 – prevé que para el caso de delitos cuya pena máxima en abstracto no exceda de quince años de prisión o reclusión, el Tribunal en lo Criminal se formará con un solo juez-, que el “... canon 4º de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal (conocido como ‘Reglas de Mallorca’), (que) señala ‘El juzgamiento, en caso de delitos graves, deberá ser de la Competencia de Tribunales colegiados y, si se tratara de delitos leves o faltas, podrán ser de Tribunales unipersonales’...”. / “En consecuencia del texto mismo de las citadas Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia Penal se desprende el compromiso de los Estados que lo ratificaron de adaptar sus legislaciones a los principios emergentes de aquella normativa humanitaria supranacional”<sup>41</sup>. Estas Reglas que la República Argentina ha ratificado no son meras recomendaciones, sino que tienen obligatoriedad y para el Estado incumplidor podrían generar responsabilidad tal como lo ha declarado la CSJN en casos similares.

## VI. A MODO DE REFLEXIONES

1. Pretendo discutir, entonces, si es compatible con el paradigma constitucional del proceso penal aquella postura de MANZINI, a saber: “Puesto que el colegio es una entidad autónoma e indivisible que desarrolla su función mediante deliberación, no existe, o mejor, no tiene existencia jurídica, la voluntad de la minoría”<sup>42</sup>. Y, también, pretendo profundizar esta suerte de

---

*A propósito de la ley 4550 y las Acordadas 3202 y 3204 del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut* [LA LEY, 2000 - D – 380].

<sup>41</sup> Tribunal en lo Criminal N° 4 del Departamento Judicial Morón, causa n° 3026 (C.A.P), 15 de mayo de 2009.

<sup>42</sup> Esta solución se mantiene en códigos de base acusatoria. Santa Fe: “ARTÍCULO 138. Resoluciones de los Tribunales Colegiados. A fin de emitir pronunciamiento los miembros de Tribunales Colegiados establecerán los puntos sobre los que sea necesaria decisión. Acordarán un orden lógico de tratamiento de los mismos que permita resolver paulatinamente aquellos cuya definición resulte presupuesto de los otros; lo que se resuelva al respecto será tenido como definitivo a los efectos de la apreciación de los demás temas, debiendo sobre ellos pronunciarse los jueces no obstante la opinión que hubieran podido emitir

concesión al sistema a la que aludió MANZINI: “El hecho de que un juez pertenezca a la minoría solo puede tener el efecto, de orden interno e incensurable, de exonerarlo de la redacción de la sentencia, por no constreñirlo a motivar contra conciencia”.

2. Es menester, creo, retomar la exigencia constitucional del resguardo de la imparcialidad del juzgador que no tiene por qué ceder en el momento más trascendental del proceso, que es el de la sentencia.

Cito a FERRAJOLI:

La sujeción sólo a la ley, como premisa sustancial de la deducción judicial y a la vez única fuente de legitimación política, expresa, pues, la colocación institucional del juez. Esta colocación -*externa* a los sujetos en causa y al sistema político y *extraña* a los intereses particulares de unos y a los generales del otro- se hace patente en el requisito de la *imparcialidad* y tiene su justificación ético-política en los dos valores -la búsqueda de la verdad y la tutela de los derechos fundamentales- antes asociados a la jurisdicción. El juez no debe tener ningún interés, ni general ni particular, en una u otra solución de la controversia que está llamado a resolver, al ser su función la de decidir cuál de ellas es verdadera y cuál es falsa...

(...) Llamaré *imparcialidad (terzieta)* a la ajenidad del juez a los intereses de las partes en causa; independencia, a su exterioridad al sistema político y, más en general, a todo sistema de poderes; naturalidad, a que su designación y la determinación de sus competencias sean anteriores a la perpetración del hecho sometido a su juicio. Estos tres aspectos de la imparcialidad del juez requieren *garantías orgánicas* consistentes en otras tantas *separaciones*: la imparcialidad exige la separación institucional del juez respecto de la acusación pública; la independencia demanda su separación institucional de los otros poderes del estado y, por otra parte, la difusión de la función judicial entre sujetos

---

anteriormente. Si no se obtiene mayoría respecto al monto de la pena deberá aplicarse el término medio de todos los votos”. Chubut, artículo 329, IV., etc.

no dependientes entre sí; la naturalidad requiere su separación de autoridades comitentes o delegantes de cualquier tipo y la predeterminación exclusivamente legal de sus competencias. Resulta, en fin, superfluo añadir que la imparcialidad, más allá de las garantías institucionales, es un hábito intelectual y moral, que no difiere del que debe presidir cualquier forma de investigación y conocimiento.

Este conjunto de condiciones -orgánicas y culturales- definen la figura del juez que se deriva del principio de jurisdiccionalidad. Y determinan además una específica colocación política, tanto de los jueces como individuos, cuanto del orden judicial en su conjunto....<sup>43</sup>

Añado otra cita del mismo autor y obra:

(...) *La independencia externa e interna. La separación de poderes y el nacimiento de la figura del juez moderno.* La independencia del juez de cualquier otro poder, identificada como la segunda garantía orgánica, es una adquisición del moderno estado de derecho conexas, tanto teórica como históricamente, a la afirmación del principio de estricta legalidad y de la naturaleza cognoscitiva de la jurisdicción, por una parte, y de los derechos naturales o fundamentales de la persona, por otra. Si la legitimidad del juicio se funda en la verdad procesal, cuya decidibilidad depende de la determinación semántica de las leyes y por tanto de los vínculos exclusivamente legales de la jurisdicción, es claro que ésta requiere la independencia del juez no menos que su condición de tercero, para garantizar su imparcialidad y, en consecuencia, la igualdad de los ciudadanos. Por otro lado, si el juicio ha de estar dirigido a impedir arbitrariedades y abusos potestativos sobre las libertades individuales por parte de los poderes de gobierno, la independencia de los jueces es garantía de una justicia no subordinada a las razones de estado o a intereses políticos contingentes. Los fundamentos externos o políticos de la independencia son en definitiva los mismos –verdad y libertad- que legitiman la jurisdicción. Y exigen que la independencia de la función judicial esté asegurada tanto para la magistratura como orden, frente a los

---

<sup>43</sup> *Derecho y razón*, p. 579.

poderes *externos* a ella y, en particular, al poder ejecutivo, como al magistrado en calidad de individuo, frente a los poderes o jerarquías *internas* de la propia organización, siempre en condiciones de interferir de algún modo la autonomía del juicio...

Yo no podría mejorar estos fundamentos para sostener mi punto de vista.

3. Como había ya señalado el doctor Maier, en un tribunal integrado por tres jueces, la simple mayoría y los dos tercios resultan en los dos casos dos jueces. Es cierto lo que ha sentado la Corte Suprema de Justicia de la Nación –y se refleja aun en aquel voto del doctor Vázquez que he citado-, esto es, que la mayoría obliga a la minoría en un tribunal colegiado en el momento de la sentencia. Pero ello debe entenderse, no como la desaparición de las disidencias, si no, en el sentido de que la mayoría impone su solución sin obligar a modificar el criterio de los jueces disidentes. Ello queda a diario reflejado en todos los tribunales del país, incluyendo a la misma Corte Suprema.

De modo que las leyes procesales deben preservar la garantía de la imparcialidad del juzgador. Recuérdese lo que dispuso el Código italiano de 1930:

*“En cualquier otro caso, cuando sobre una cuestión hay paridad de votos, prevalece la opinión más favorable al imputado”.*

Se trata de retomar esa previsión pero introduciendo ahora el principio de imparcialidad –independencia- del juez, de cada juez. Así, en un tribunal de tres jueces se requerirá la unanimidad para la



declaración de culpabilidad. Bastará un juez para imponer la absolución o la situación menos desfavorable para el acusado desde que este principio –de imparcialidad- impide constreñir a un juez a modificar su opinión y en tanto la ley asumiría que un voto favorable al imputado significa, objetivamente, que mediaría una duda razonable.

En Argentina, es improbable la paridad porque los tribunales se integran normalmente en número impar. Pero las leyes han dispuesto y disponen que en tal supuesto, el de paridad, prevalezca la postura menos desfavorable para el imputado. En un tribunal de tres no queda otra solución que la que propicio, según creo, es decir, no imponerle al disidente la opinión de los otros dos sino entender que no bastan, para resolver en un sentido positivo la cuestión de cargo o de culpabilidad o de responsabilidad, dos votos.

**-N-**. Ya el doctor Maier había advertido que la cuestión de cargo debía votarse sin dividirla, como una única cuestión citando la Ley Orgánica de los Tribunales [LOJ (GVG)] alemana<sup>44</sup>. Recuerdo esas normas, citando los siguientes párrafos<sup>45</sup>:

**195 [Imposibilidad de rechazar la votación].** Ningún Juez o Escabino podrá rechazar la votación sobre una cuestión, basándose en que ha quedado en minoría en la votación sobre una cuestión precedente.

**196 [Mayoría absoluta: mayoría de opiniones].** (1) El Tribunal decidirá, en tanto la Ley no determine lo contrario, por mayoría absoluta de votos. / (2) Si con referencia a cuantías sobre las que se tenga que decidir, se formaran más de dos opiniones, de las cuales ninguna tuviera la mayoría, los votos dados a la suma más elevada se añadirán al cómputo de los votos dados a la inmediatamente inferior, hasta que resultare una mayoría. / (3) Si se formaran en una causa penal, independientemente de la

---

<sup>44</sup> “El error consiste en pretender separar lo que es inseparable, la acción humana y su relación con una norma abstracta que la califica, sólo posible de dividir a efectos de su estudio teórico” [Ob. cit., p. 229].

<sup>45</sup> Traducción de Gómez Colomer, ob. cit.

cuestión de culpabilidad, más de dos opiniones, de las cuales ninguna tuviera la mayoría, los votos más desfavorables para el inculpado se añadirán a los inmediatamente menos desfavorables, hasta que resultare la mayoría necesaria. Si se formaran en la cuestión de punibilidad dos opiniones, sin que ninguna tuviera la mayoría necesaria, valdrá la opinión menos desfavorable. / (4) Si resultara, en el Tribunal de Escabinos ocupado por dos Jueces y dos Escabinos, empate de votos en una cuestión sobre la que se tenga que decidir por mayoría simple, decidirá el voto del Presidente.

Sigue después, en el párrafo 197, el último de la Ley, el orden de las votaciones<sup>46</sup>.

4. La cuestión puede ser intrincada. Roxin –a quien cita Gómez Colomer-, sentó estos principios generales: a) hay que votar primero los presupuestos procesales, por mayoría simple [párrafo

---

<sup>46</sup> A semejanza del Proyecto de 1987 y del Código Modelo para Iberoamérica, el doctor Maier proyectó para Chubut la siguiente norma: “49. Deliberación. Inmediatamente después de clausurado el debate, los jueces pasarán a deliberar en sesión secreta, a la cual sólo podrá asistir el secretario. / El tribunal apreciará la prueba según su libre convicción extraída de la totalidad del debate; sólo serán valorables, sometidos a la crítica racional, los medios de prueba obtenidos por un procedimiento permitido e incorporados al debate conforme a las disposiciones de la ley; la duda siempre favorece al acusado. / El tribunal resolverá por mayoría de votos. Los jueces podrán fundar separadamente sus conclusiones, o en forma conjunta cuando estuvieren de acuerdo. Las disidencias serán fundadas expresamente. / El tribunal decidirá primero las cuestiones relativas a su competencia y a la promoción o prosecución de la persecución penal cuando hubieren sido planteadas o hubieren surgido durante el debate, siempre que ellas puedan decidirse sin examinar la cuestión de culpabilidad. Si se decide proseguir, quien hubiere quedado en minoría deberá deliberar y votar sobre las cuestiones siguientes. / La decisión posterior versará sobre la absolución o la condena. En el caso del art. 35, el tribunal pronunciará sentencia, sin resolver la cuestión de la pena, y fijará audiencia para la continuación del debate o para el debate sobre la determinación de la pena, en caso de que sea necesario. / Prosigue la determinación de la pena o de la medida de seguridad y corrección aplicable, cuando el dispositivo de la decisión anterior lo torne necesario. Para decidir esta cuestión deliberarán y votarán todos los jueces, incluso aquellos cuya opinión haya quedado en minoría, quienes deberán atenerse al tenor de la condena o de la declaración que torna viable una medida de seguridad y corrección. / Cuando exista la posibilidad de aplicar diversas clases de pena o de medidas de seguridad y corrección, o, dentro de una misma clase, penas o medidas divisibles o indivisibles, el tribunal deliberará y votará, en primer lugar sobre la clase o especie de pena o medida, y decidirá por mayoría de votos. Si no fuere posible lograr la mayoría se aplicará la pena o medida intermedia. / Si la pena o medida decidida fuera divisible y no existiere mayoría en cuanto a la cantidad, se aplicará la que resultare de la suma y división de todas las opiniones expuestas”.

196, ap. (1) GVG (Ley Orgánica de los Tribunales)]; b) después hay que votar la cuestión de culpabilidad, por mayoría de dos tercios [parágrafo 263, ap. (1), StPO (Ley Procesal Penal); c) luego la cuestión de punibilidad, esto es, las consecuencias jurídicas del hecho, también por mayoría de dos tercios [parágrafo 263, ap. (1) StPO], d) finalmente, las costas, por mayoría simple.

En el jurado popular, el veredicto se extrae o por unanimidad –como ha sido históricamente-<sup>47</sup>, según diré después, o por una mayoría especial, dos tercios en algunas soluciones legales o nueve opiniones sobre un total de doce miembros, que significa una mayoría más agravada que los dos tercios, según otras leyes. Ello tiene que ver con la exigencia, de orden constitucional, de atenuar todo lo posible el margen de error y especialmente atender al beneficio de la duda en concreto.

**-N-**. Debe prestarse atención al caso de la Provincia de Córdoba, que ha instaurado un tribunal mixto<sup>48</sup>:

Art. 37.-Deliberaciones. INMEDIATAMENTE después de terminado el debate, bajo pena de nulidad, los jueces y jurados que intervengan, pasarán a deliberar en sesión secreta, a la que solamente podrá asistir el Secretario.

Art. 41.-Normas de la Deliberación. En la deliberación, el Tribunal resolverá todas las cuestiones que hubiesen sido objeto del juicio, fijándolas -si fuere posible- en el siguiente orden:

1) Las incidentales que hubiesen sido diferidas.

---

<sup>47</sup> El veredicto del jurado popular debía ser acordado por unanimidad de votos en el Proyecto que Florentino González y Victorino de la Plaza prepararon en cumplimiento de la ley 483. Nos hemos referido a ese Proyecto, entre otros trabajos, en *LECTURA CONSTITUCIONAL DEL PROCESO PENAL –OPÚSCULOS DE DERECHO PROCESAL PENAL*, Ediciones del Copista, Córdoba, marzo de 2010, -1-, P. 36, NÚMERO 4. En los proyectos presentados en la Cámara de Diputados de la Nación –V. Orden del Día 1330/98- se establecieron diversas mayorías, la mitad más uno de los miembros del jurado –que también variaba-, o dos tercios o un número fijo, para el veredicto de culpabilidad [véase *JUICIO POR JURADOS EN EL PROCESO PENAL*, Ed. AD-HOC, autores varios, Bs. As., 2000, pp. 431-496].

<sup>48</sup> Ley N° 9182.

- 2) Las relativas a la existencia del hecho delictuoso, con discriminación de las circunstancias jurídicamente relevantes.
- 3) La participación del imputado.
- 4) La calificación legal y la sanción aplicable.
- 5) La restitución o indemnización demandadas.
- 6) Imposición de costas.

Art. 43.-Mayorías. Las cuestiones planteadas en el Artículo anterior serán resueltas, sucesivamente, por mayoría de votos.

Art. 44.-Votación y Fundamentos. Los jurados y los dos jueces integrantes del Tribunal, con excepción del Presidente, votarán sobre las cuestiones comprendidas en los Incisos 2°) y 3°) del Artículo 41 y sobre la culpabilidad o inocencia del acusado.

Si mediara discrepancia entre los dos jueces y los jurados, y éstos formaran mayoría, la fundamentación lógica y legal de la decisión mayoritaria correrá por cuenta del Presidente de la Cámara, excepto que uno de los jueces técnicos haya concurrido a formar mayoría, en cuyo caso la fundamentación será elaborada por este. Si la decisión mayoritaria de los jurados no fuera unánime, los jurados que hayan emitido su voto en sentido contrario a la mayoría podrán adherir al voto de alguno de los jueces que concurrieron a formar la minoría.

En igual sentido, el Presidente de la Cámara deberá motivar la decisión minoritaria de los jurados cuando ninguno de los dos jueces hubiera votado en el mismo sentido que aquellos.

Escapa mi cometido aquí una crítica a esta ley, aunque no puedo dejar de decir que seis votos por la culpabilidad sobre un total de once no parece una solución razonable. Señalo que en ella no se especifica una mayoría especial, por lo que habrá de entenderse que se requiere mayoría de seis –más de la mitad-sobre diez. Entiendo que votan diez de los once miembros, los ocho “escabinos” y dos de los tres jueces permanentes, excluido el presidente del tribunal. De modo que podría mediar empate y en tal supuesto decidiría el presidente. Obsérvese que de modo expreso la ley prevé mayorías y minorías y no exige a ningún miembro modificar su opinión. Las disidencias quedan registradas.

**5.** En nuevo avance, propicio acudir a otros principios involucrados, como el *in dubio pro reo*, *favor rei*, y el principio *pro homine*.

Si lo que se trata es la cuestión de culpabilidad específicamente, la respuesta negativa de un juez, en un tribunal de tres miembros, resultaría definitiva para imponer la absolución. De

un lado, como hemos sentado, no se le podría imponer que modifique su criterio, y, de otra parte, hay que integrar aquí el principio del *in dubio pro reo*<sup>49</sup>: obsérvese que un juez es el treinta y tres por ciento del total del tribunal. Parece una importante proporción como para entender aplicable, de un modo objetivo, porque trasciende de la subjetividad de cada juez, el principio, constitucional, de la duda.

En tal caso -pretendo sostener- diríamos que es incierto el hecho o que existe duda sobre la participación o responsabilidad del procesado, por lo que nunca podría tener lugar una sentencia de condena en tanto la dubitación favorece al reo. La sentencia condenatoria sólo procede si hay certeza de culpabilidad:

(...) en el proceso penal, debido a la importancia de los intereses individuales involucrados, la sentencia de condena sólo puede ser el resultado de un convencimiento que esté más allá de toda duda razonable, acerca de la responsabilidad del acusado por un hecho punible (conf. Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica, en el caso “Winship”, 397 U.S. 358). [Del dictamen del Procurador EDUARDO EZEQUIEL CASAL, de 21 de diciembre de 2006, en P. 894. XXXIX. RECURSO DE HECHO. Palmiciano, Pablo Marcelo s/ causa N° 4551].

---

<sup>49</sup> Apréciase la antigüedad del principio: Destacó MANZINI [Ob. cit., II, p. 164, nota (32)], en situación de paridad, el principio general que los antiguos denominaban *calculus Minervae*. “La denominación *calculus Minervae*, se hace derivar de la *Ifigenia* de Eurípides, donde se imagina que la regla hubiera sido dictada por la propia Minerva (...) ‘Y esta ley para los demás que promulguen, que, aun con cálculos iguales, venza el reo’...Aristóteles, *Reth.*, c. 19, advierte que la regla tuvo valor desde la más remota antigüedad, consagrada por las religiones y adaptada por todos los pueblos civilizados (...) En el derecho romano la misma regla se recoge en la I., 38, D, 42, I (Paulo)...’Entre jueces iguales en número, si se profieren sentencias diferentes en las causas liberales, según lo constituido por el Divino Pío, se decide en favor de la libertad; pero en las otras causas por el reo, lo que hay que observar aun en los juicios públicos. En todos los juicios penales napolitanos el número de los jueces era igual, a fin de poder aplicar la regla en discurso (NICOLINI, *La Proc. pen.*, III, n. 1144). José II, emperador de Austria y Gran Duque de Toscana, acogió en su Código la misma regla, que fue también adoptada en el Piamonte por el Código de Carlos Felipe (art. 2253)”.

Y esa certeza únicamente se satisface mediante la concurrencia de la unanimidad en un tribunal de tres miembros – colegio menor- y de mayorías especificadas en cada caso, según sean los miembros del tribunal del juicio en colegios mayores. Retomo esta aseveración de MANZINI: “*Cada voto tiene idéntico valor en la deliberación*”<sup>50</sup> y la proyectó en la decisión. En estos últimos, dejando a salvo siempre –y haciendo constar- la opinión disidente<sup>51</sup>. ¿No es lo que dijo la Corte, para descalificar un fallo hace mucho tiempo, según he citado, a saber: *el art. 29 de la ley orgánica de los tribunales del Chaco obliga al juez que integra la sala a optar por el criterio de uno de los votos disidentes, no*

---

<sup>50</sup> Ob. cit, II, p. 173.

<sup>51</sup> Señaló MANZINI, en relación con la aplicación de la pena: “En el Código de proced. pen. de 1807 para el reino de Italia, estaba igualmente prescrito que si en la votación había habido disenso, se debía poner a votación, excluida la opinión más severa, la menos severa inmediatamente siguiente y si tampoco ésta conseguía la mayoría absoluta de votos, se debía proceder a la misma operación sobre la siguiente, hasta que, quedando sólo dos y debiendo los jueces determinarse por la una o por la otra, resultara finalmente la mayoría. Si había igualdad de voto, se debía adoptar la opinión más benigna. Esta regla se funda en el principio lógico de que quien ha demostrado querer lo más, tiene que querer lo menos. Contra esta regla, discutida ya desde los tiempos de las reformas napoleónicas, D. Riva, *Análisi ragionata del Cód. de proc. pen.*, Bologna, 1812, III, págs. 194 y sigtes., observa que, aplicándola, solo se tiene una voluntad presunta. Será verdad: pero presunta sobre la base de un axioma lógico. Por lo demás, **¿No sería reprochable acaso constreñir a los jueces a votar expresamente por una solución que consideran contraria a su conciencia?**” [ob. cit., II, p. 163, nota (30. *Destacado agregado*)]. Añadió, igualmente en relación con la pena, que la mayoría “...es la que da la mayor garantía de justicia, según el cálculo de probabilidades” [*ibidem.*, págs. 163-164]. Y recordó que “CONDORCET proponía que se aplicara el cálculo de probabilidades también a la organización de los colegios judiciales (...) a fin de que sus decisiones resultaran lo más conformes posibles a la justicia”. Proponía, agregó, un tribunal de 65 miembros y que la decisión se tomara con la mayoría de 9 votos, proposición que MANZINI descalificó en ácida crítica. Importa aun citar a MANZINI: “En la votación de las cuestiones distintas de las concernientes a la aplicación de la pena, se observa por analogía la regla del artículo 276, penúlt. parágr., *Cód. proc. civ.*: ‘Si acerca de una cuestión se proponen varias soluciones y no se forma la mayoría con la primera votación, el presidente pone a votación dos de las soluciones para excluir una, luego pone a votación la no excluida y la eventualmente restante, y así sucesivamente, hasta que las soluciones queden reducidas a dos, y sobre ella se hace la votación definitiva’”.

*obstante opinar que los procesados eran responsables del delito, pero en grado de tentativa?* Es decir, lo obligaba indebidamente.

Cabe recordar que Vélez Mariconde afirmaba que era erróneo incluir estas reglas en las disposiciones generales del Código, como se hace en otros códigos que siguen el ejemplo del Código Procesal Penal Nacional (art. 13, desde luego, se refiere al originario). Recuerda que la Constitución Nacional de 1949, en su art. 29, estableció expresamente el principio, según el cual en caso de duda deberá estarse siempre a lo más favorable al procesado, añadiendo que así se le acordó al principio una extensión exagerada. Puntualiza que: "La regla deriva de la Constitución pero rige tan sólo en el momento de dictar sentencia" (y no cuando el juez de instrucción deba resolver la situación del imputado). Por ello, agrega, que el Proyecto de Código para Córdoba de 1968 incluye la regla entre las normas para la deliberación de la sentencia (V. art. 410 Cód. de Córdoba de 1970); y culmina: "A mi criterio, aquí se trata de la duda que recae, en general sobre los hechos que sirven de base a la imputación, y no sobre la interpretación de la ley; es decir, que atañe a la existencia del hecho delictuoso o a cualquier circunstancia consumativa, a la participación del imputado, a su imputabilidad, a su estado psíquico"<sup>52-53</sup>.

Tal vez convenga citar a FERRAJOLI:

---

<sup>52</sup> "Derecho Procesal Penal", 2da. edición, Ed. Lerner, Bs. As. 1969, t. II, pág. 49, ap. d; véase también la edición actualizada por Ayán y Cafferata Nores, cit. en com. al art. 1, t. III, pág. 67.

<sup>53</sup> Importa destacar que la Corte ha examinado el alcance en concreto del principio in dubio pro reo, abriendo el recurso extraordinario. Véase, entre otros: Vega Giménez, Claudio Esteban s/tenencia simple de estupefacientes -causa N° 660-. V. 1283. XL; RHE; 27-12-2006; T. 329 P. 6019. M. 794. XXXIX; RHE Miguel, Jorge Andrés Damián s/p.s.a. de homicidio. 12/12/2006. T. 329, P. 5628. Antiñir, Omar Manuel - Antiñir, Néstor Isidro - Parra Sánchez, Miguel Alex s/ homicidio en riña y lesiones leves en riña y en conc. real. A. 2450. XXXVIII. REX; 04-07-2006; T. 329 P. 2367.

...el modelo de derecho penal máximo, es decir, incondicionado e ilimitado, es el que se caracteriza, además de por su excesiva severidad, por la *incertidumbre* y la *imprevisibilidad* de las condenas y de las penas; y que, consiguientemente, se configura como un sistema de poder no controlable racionalmente por ausencia de parámetros ciertos y racionales de convalidación y de anulación. Debido a estos reflejos, el sustancialismo penal y la inquisición procesal son las vías más idóneas para permitir la máxima expansión e incontrolabilidad de la intervención punitiva y, a la vez, su máxima incertidumbre e irracionalidad. Por un lado, en efecto, la equivalencia sustancialista entre delitos y *mala in se*, aun cuando en abstracto pueda parecer un criterio más objetivo y razonable que el nominalista de la identificación del delito con lo que es declarado tal por el legislador, concluye en la ausencia del límite más importante al arbitrio punitivo que, además, es la principal garantía de certeza: la rígida predeterminación respecto del proceso de lo que es calificable como delito. Por otro lado, la investigación inquisitiva con cualquier medio de «verdades sustanciales» ilusorias más allá de los limitados recursos ofrecidos por el respeto a las reglas procesales conduce de hecho, y tanto más si se une al carácter indeterminado o valorativo de las hipótesis legales de desviación, al predominio de las opiniones subjetivas y hasta de los prejuicios irracionales e incontrolables de los juzgadores. Condena y pena son en estos casos «incondicionadas»: en el sentido de que dependen únicamente de la supuesta sabiduría y equidad de los jueces.

...He hablado hasta ahora de certeza e incertidumbre refiriendo genéricamente estos dos conceptos a la libertad de los ciudadanos de los castigos arbitrarios...

(...) La certeza perseguida por el derecho penal máximo está en que ningún culpable resulte impune, a costa de la incertidumbre de que también algún inocente pueda ser castigado. La certeza perseguida por el derecho penal mínimo está, al contrario, en que ningún inocente sea castigado, a costa de la incertidumbre de que también algún culpable pueda resultar impune. Los dos tipos de certeza y los costes ligados a las incertidumbres correlativas reflejan intereses y opciones políticas contrapuestas: por un lado, la máxima tutela de la certeza pública respecto



de las ofensas ocasionadas por los delitos; por otro lado, la máxima tutela de las libertades individuales respecto de las ofensas ocasionadas por las penas arbitrarias. Podemos disipar así el equívoco de una mítica «certeza» o «verdad» que sería perseguida por el garantismo cognoscitivista. La certeza, aun no absoluta, a la que aspira un sistema penal de tipo garantista no es ya que resulten exactamente comprobados y castigados *todos* los hechos previstos por la ley como delitos, sino que sean castigados *sólo* aquellos en los que se haya probado la culpabilidad por su comisión. En todo caso, ambas «certidumbres» son subjetivas y relativas, afectando a «verdades» igualmente opinables y probabilísticas. Su diferencia está sólo en los criterios opuestos con los que se obtienen.

La certeza de derecho penal mínimo de que ningún inocente sea castigado viene garantizada por el principio *in dubio pro reo*... Es el fin al que tienden los procesos regulares y sus garantías. Y expresa el sentido de la presunción de no culpabilidad del imputado hasta prueba en contrario: es necesaria la prueba - es decir, la certidumbre, aunque sea subjetiva- no de la inocencia sino de la culpabilidad, sin tolerarse la condena sino exigiéndose la absolución en caso de incertidumbre. La incertidumbre es en realidad resuelta por una presunción legal de inocencia en favor del imputado precisamente porque la única certidumbre que se pretende del proceso afecta a los presupuestos de las condenas y de las penas, y no a los de las absoluciones y de las no penas. Por lo demás, es ésta la forma lógica de todos los principios garantistas más arriba formalizados: los cuales, como se ha observado, establecen las condiciones necesarias en ausencia de las cuales no es lícito castigar y no las suficientes en presencia de las cuales no es lícito no castigar...

...La certeza de derecho penal máximo de que ningún culpable quede impune se basa en cambio en el criterio, opuesto pero igualmente subjetivo, *in dubio contra reum*. Indica una aspiración autoritaria<sup>54</sup>.

**6.** Juzgo de interés relacionar a esta altura un estudio sobre el jurado. Respecto del veredicto del jurado inglés, puede citarse el

---

<sup>54</sup> *Ob. cit.*, págs. 105-107.

estudio de LAGO, URRIZOLA, ZENTNER<sup>55</sup>, en el que se especifica que, constituido por doce miembros inicialmente, podría reducirse hasta en tres miembros, como máximo. El veredicto debe adoptarse, por regla, con la unanimidad de sus miembros. Un veredicto mayoritario puede permitirse si la deliberación del jurado se ha extendido por más de dos horas, aunque los jueces suelen intentar que sea unánime concediendo algún tiempo extra. Si el jurado está constituido por nueve miembros, solo es posible el veredicto unánime. En el jurado de doce miembros, son necesarios once votos; en el de once, diez, en el de diez, nueve.

El mismo estudio nos señala que en el jurado norteamericano la resolución debe adoptarse por la totalidad de los miembros del jurado, en el orden federal, aunque aclaran que la Suprema Corte ha considerado válidas decisiones adoptadas por nueve o diez de los doce jurados. Sin embargo, cuando se trata de jurados de seis miembros ha exigido la unanimidad en casos no menores<sup>56</sup>.

7. Puede examinarse el caso de un tribunal de cinco miembros: si se exigen cuatro quintos para la decisión de culpabilidad, es igual a cuatro votos. Si no hay cuatro votos por la condena, esta no podría pronunciarse. Es claro que esta tesitura supone que no se impone al o a los disidentes el deber de expedirse

---

<sup>55</sup> V. *LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL PROCESO PENAL*, en *SISTEMAS PROCESALES PENALES COMPARADOS*, Edmundo HENDLER, Director, AD-HOC, Bs. As., 1999, pp. 485-540. En esa misma obra puede verse *El sistema procesal penal de Inglaterra y Gales*, por ANITUA, CAPUCCIO y ZENTNER, pp. 269-368. Especialmente, véase en p. 313 el apartado 5.4.8.2. *Veredicto por mayoría*.

<sup>56</sup> En algunas regulaciones se ha exigido y se exige la unanimidad para la aplicación de la prisión o reclusión perpetua –como el Código de Perú, “Artículo 393 Normas para la deliberación y votación.- (...) 4. Las decisiones se adoptan por mayoría. Si ésta no se produce en relación con los montos de la pena y la reparación civil, se aplicará el término medio. Para imponer la pena de cadena perpetua se requerirá decisión unánime”.

sobre todas y cada una de las cuestiones, y un diseño correcto de la ley procesal u orgánica. Sometida a votación la cuestión de culpabilidad, si dos jueces la rechazan se impone la absolución ya que el principio de imparcialidad del juzgador impide exigirles a estos dos jueces que se expidan aplicando y cuantificando la pena a quien ellos han considerado no culpable. Además, debe entenderse –la ley debe consagrar- que dos votos sobre cinco implican, objetivamente, concurrencia de la duda razonable.

Resuelta la cuestión esencial, la de culpabilidad o de cargo, en sentido adverso al acusado, las otras deben resolverse bajo el mismo postulado, es decir, que dos jueces sobre cinco impondrán los criterios menos desfavorables para el imputado.

El tribunal del recurso del condenado se integra habitualmente también con tres jueces y se proyectan al debate en su seno los mismos principios.

Dos aclaraciones se imponen: una, que no podría entenderse que los jueces que votan positivamente la cuestión de cargo o culpabilidad, a su vez, se verían constreñidos, por la minoría, a adoptar una decisión que no comparten lo que igualmente se traduciría en violación a su independencia. Ello así, por cuanto no se les exige modificar su criterio, que, incluso, debe quedar reflejado en la decisión –desaparece entonces la reserva a que aludía MANZINI-, sino que la ley dispone que no alcancen sus votos para condenar al imputado.

La otra aclaración es que la exigencia al juez que ha quedado en minoría para continuar votando las cuestiones, conlleva la inicial postura del legislador de posibilitar la condena. De otro modo, si quien ha quedado en minoría se ha pronunciado en contra del imputado, -en la cuestión de cargo o de culpabilidad- los otros jueces imponen su criterio y debe absolverse. Resulta destacable

que algunas leyes disponen que, mediando discrepancias y no pudiendo formarse mayoría, quienes hayan votado por un criterio más desfavorable deben sumarse a quienes se han pronunciado por otro menos desfavorable. Esto es, hacen primar el principio de *favor rei* aunque no conservan la solución siempre o con el alcance que se pretende en esta nota.

## VII. CONCLUSIONES

Culmino retomando los principios, como en el comienzo de esta nota. Los desarrollos que he propuesto ponen en evidencia que en la estructura de la sentencia penal se encuentran vinculados estos principios:

- a) *Inmutabilidad o continuidad e identidad física del juzgador.*
- b) *Imparcialidad e independencia del juez.*
- c) *Favor rei*
- d) *Pro homine*
- e) *Tutela judicial efectiva*
- f) *Motivación y publicidad de la sentencia*

**a) *Inmutabilidad o continuidad e identidad física del juzgador.*** Una de las reglas fundamentales del debate es la *inmediación* que supone *oralidad, concentración, continuidad e identidad física del juzgador*<sup>57</sup>. Desde luego, no se propicia aquí que esas reglas -garantías- se modifiquen o alteren. Todas las leyes procesales -he citado algunas- consagran el principio: *la sentencia*

---

<sup>57</sup> Conf. MAIER, O.P.P., p. 185.

*es deliberada por los mismos jueces que han participado en el debate.*

**b) Imparcialidad e independencia del juez.** Sin afectar el precedente principio, propicio que se preserve, en el acto más importante -la sentencia- la imparcialidad e independencia de cada juez lo que supone que no debe quedar vinculado a los criterios de los otros jueces por el solo fundamento –de orden legal, exclusivamente- de que su criterio ha quedado en minoría. Ello se traduce en la exigencia de concebir otro modo para arribar al fallo – otro modo de entender la debida motivación- y no en el quebrantamiento del primer principio –identidad del juzgador-, puesto que quienes deliberan la decisión son solo los jueces que han intervenido en el debate. Supone que cada uno de los criterios emitidos quede registrado tal como fue concebido por su autor al votar y resolver cada cuestión.

La potencial desintegración del tribunal que provocaría el juez que ha quedado en minoría al mantenerse en su posición inicial, no es estrictamente tal si se advierte que, en rigor, el tribunal –el mismo que ha participado en el debate- no queda nunca impedido de pronunciarse. Otra cosa es cómo se pronuncia la sentencia. El tribunal no se desintegra pero no puede adoptar el criterio más desfavorable para el imputado sin resguardar este principio, el de la imparcialidad e independencia de cada juez que lo integra.

**c) Favor rei.** Este principio impera en el acto de la sentencia más que en ningún otro momento del procedimiento. Todo voto favorable al imputado tiene potencialidad para introducir la duda en el acto de la decisión. Por esto, la ley debería exigir en primera votación la unanimidad. Solo en una segunda votación debería

admitirse una mayoría agravada. Aunque en un colegio menor -tres jueces-, el voto de uno de los integrantes en favor de la absolución o de una postura menos desfavorable inclina la balanza en favor del imputado, porque un voto constituye en él el treinta y tres por ciento (33%) y dos tercios no deberían alcanzar. De otra forma, se le impone al disidente cambiar su postura. Esto no ocurriría en los colegios de mayor número –cinco o más jueces-, ya que se contemplarían las votaciones del siguiente modo: cuatro votos sobre cinco –aquí se exigirían cuatro quintos, como dije antes-, etc. Obsérvese que las personas no pueden dividirse, pero los números sí. Pero la ley debería señalar claramente en números exactos la exigencia en cada caso. Si se registrara paridad, entonces, significaría que la cuestión de cargo o de culpabilidad quedaría rechazada o debería adoptarse la posición menos desfavorable.

El mayor número hace decrecer la posibilidad de error y mejora la solución en términos de justicia, minimizando el principio de la duda. Se nos podría decir que siempre que medie una disidencia se daría la duda –y es esto, creo yo, lo que ha podido inspirar la exigencia de unanimidad-, pero no es lo mismo un voto sobre cinco que uno sobre tres. Y todos los criterios deberían hacerse constar<sup>58</sup>. Y el tribunal no se desintegraría por ello.

---

<sup>58</sup> Dispone el Código de Honduras: “ARTICULO 336.- Normas para la deliberación y la votación. El Tribunal, para resolver, sólo tendrá en cuenta las pruebas que se hayan ejecutado durante el debate, las que serán apreciadas en su conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica. / El Tribunal de Sentencia deliberará y votará respecto de todas las cuestiones debatidas en la primera fase del juicio oral, según el orden siguiente: / 1) Las relativas a la procedencia de la acción penal y las relacionadas con los incidentes que se hayan diferido para este momento; / 2) Las relativas a la existencia del hecho, su calificación y demás circunstancias del delito, a la participación que en él haya tenido el imputado y a los casos de con-curso de leyes o de delitos; y, / 3) En su caso, el mínimo y el máximo de la pena aplicable. / Las decisiones se adoptarán por mayoría de votos. El miembro del Tribunal que disienta, emitirá voto particular razonado”. El Código Procesal penal de la República Dominicana, establece: “Art. 333.- Normas para la deliberación y la votación. Los jueces que conforman el tribunal aprecian, de un

Recuérdese que en un jurado de nueve miembros se ha exigido por regla la unanimidad y que en nuestro país se han proyectado leyes de jurados exigiendo la unanimidad –González/ de La Plaza-, o más de dos tercios para un jurado de doce miembros, esto es, nueve, como se advierte en varios proyectos presentados en la Cámara de Diputados de la Nación y en el jurado contenido en el Código que el doctor Julio Maier preparó para Chubut.

Desde luego, no dejo de advertir que en nuestras leyes, como regla, no se ha adoptado el jurado popular y que, en cambio, la magistratura es de carácter profesional –a salvo tribunales mixtos como el Córdoba-. Pero el diseño constitucional de nuestro juicio penal reconoce fuente en aquel sistema del jurado. Y la debida motivación de la sentencia es una exigencia de jerarquía constitucional. Tienen jerarquía constitucional, también, los principios de imparcialidad e independencia del juez y del *favor rei*.

**d) Pro homine.** Ligado con el inmediatamente anterior, impera especialmente desde el derecho convencional y acudo a él para reforzar el criterio que sustentó, a saber: que debe cuidarse no tan solo el modo como se proponen las cuestiones –esto, de lege lata-, sino el modo en que las mismas se votan y resuelven preservando el principio de la duda razonable. Se ha dicho sobre él: “...un criterio hermenéutico que informa todo el Derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de

---

modo integral cada uno de los elementos de prueba producidos en el juicio, conforme las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de experiencia, de modo que las conclusiones a que lleguen sean el fruto racional de las pruebas en las que se apoyan y sus fundamentos sean de fácil comprensión. Las decisiones se adoptan por mayoría de votos. Los jueces pueden fundar separadamente sus conclusiones o en forma conjunta cuando existe acuerdo pleno. Los votos disidentes o salvados deben fundamentarse y hacerse constar en la decisión”.

*reconocer derechos protegidos o, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria*<sup>59</sup>.

**e) Tutela judicial efectiva.** La tutela judicial efectiva, derecho humano fundamental, integra el derecho a los recursos cuando la ley los prevé o cuando los tratados incorporados lo exijan, aunque la ley los omita. El derecho del condenado a un recurso en contra de la condena y de la pena [C. N., CADH, PIDCP] es incuestionable hoy en su versión más amplia [CorteIDH –“HERRERA ULLOA”-, Corte Suprema –“CASAL”-]. Si la postura minoritaria se desecha, no se hace constar en la sentencia -como lo imponen algunas leyes-, ello impide el correcto contralor por el tribunal revisor y afecta el derecho de defensa. Igualmente, aunque se hiciera constar, si la ley exige que el juez disidente modifique su postura inicial se afecta el derecho a la tutela judicial efectiva.

**f) Motivación y publicidad de la sentencia.** Aunque el secreto que se impone en el acto de la deliberación puede aceptarse –históricamente, no siempre ha sido así-, no es aceptable, en cambio, que quede en reserva cada opinión de los jueces que han concurrido a formar la decisión. Esto dicho para las leyes que imponen la reserva. Además de afectarse así el derecho al control de la sentencia por las partes, se quebranta el principio republicano

---

<sup>59</sup> CARPIO MARCOS, Edgar, “La interpretación de los derechos fundamentales” Palestra Editores Lima – 2004, Serie Derechos y Garantías No. 9, pág.28 y la referencia a PINTO, Mónica. “El Principio pro homine”. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, En ABREGU, Martín y Christian COURTIS (Compiladores) Editores El Puerto, Bs. As. 1997, p. 163.



de la publicidad de los actos de los poderes públicos nada menos que en el acto más esencial del procedimiento penal<sup>60</sup>.

Acudo nuevamente a FERRAJOLI:

“La última garantía procesal de segundo grado, que tiene el valor de una garantía de cierre del sistema SG, es la obligación de la *motivación* de las decisiones judiciales. Aunque se encuentren huellas de la motivación en las jurisdicciones estatutarias, en la eclesiástica de la Santa Inquisición (...) y antes aún en la de los magistrados romanos (...), el principio de la obligación de *reddere rationem* de las decisiones judiciales, y específicamente de las sentencias, es rigurosamente moderno. Encarecida por Bacon (...) y después por el pensamiento ilustrado (...), la obligación fue sancionada por primera vez en la Pragmática de Fernando IV de 27 septiembre 1774 (...); después por el art. 3 de la *Ordonnance criminelle* de Luis XVI de 1 de mayo de 1788 (...); posteriormente, por las leyes revolucionarias de 24 de agosto y 27 de noviembre de 1790 y por el art. 208 de la Constitución francesa de 1795, y, por fin, recibida a través de la codificación napoleónica por casi todos los códigos decimonónicos europeos (...). Mayores resistencias encontró la obligación de motivar en los sistemas anglosajones de tradición acusatoria a causa de la discutible idea de la incompatibilidad entre motivación técnica y veredicto de los jurados...”<sup>61</sup>.

---

<sup>60</sup> “Voltaire, *Comentario*, cit., XXIII, p. 159: «En fin, ¿por qué en algunos países las sentencias no son nunca motivadas? ¿Hay acaso vergüenza en dar el motivo de un juicio?, Condorcet, *Réflexions d'un citoyen non gradué sur un procès bien connu* (1786), en *Oeuvres*, cit., t. W, p. 152: «(El derecho natural) exige que todo hombre que emplee contra miembros de la sociedad la fuerza que ella le ha confiado, le rinda cuentas de las causas que le han movido a ello. En vano se diría que, en el fallo impreso, el escribano corrige con un título detallado este silencio insultante para la nación. Esto no es, aquí, más que un pretexto que encubre la culpable intención de reservarse el derecho de romper o de guardar silencio según motivos particulares»; J. Bentham, *Rationale of Judicial Evidence, specially applied to English Practice* (1827), en *The Works*, cit., VI, pp. 356 SS., donde la motivación se considera *altogether desirable* y objeto no de una obligación *of the legal Kind* sino sólo un deber *of the moral Kind* (p. 357)” [citado por FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, p. 691, nota 363].

<sup>61</sup> *Ob. cit.*, p. 622-3.

(...) “Es por la motivación como las decisiones judiciales resultan avaladas y, por tanto, legitimadas por aserciones, en cuanto tales verificables y refutables aunque sea de manera aproximativa; como la «validez» de las sentencias resulta condicionada por la «verdad», aunque sea relativa, de sus argumentos; como, en fin, el poder jurisdiccional no es el «poder tan inhumano»...puramente potestativo de la justicia del cadí, sino que está fundado en el «saber», también sólo opinable y probable, pero precisamente por ello refutable y controlable tanto por el imputado y por su defensa como por la sociedad<sup>62</sup>.

**-N-. Ejemplos.** En el ejemplo que dio CLARIÁ, que he recordado, en que un vocal niega la participación, otro afirma autoría y el tercero sostiene complicidad secundaria, en rigor, no puede haber sentencia de condena. Creo que no está bien desdoblar la cuestión, como él propuso. Recuerdo esta reflexión del doctor Maier: “El sistema, correcto según la doctrina alemana e ínsito en el parágrafo 195 que obliga a votar sobre todas las cuestiones (Karl Peters, parágrafo 52, 2, *b, bb*, p. 382), consiste en la votación única de la cuestión de cargo (*Totalabstimmung*)...”<sup>63</sup>.

Maier pone estos dos ejemplos: “A vota porque el hecho no existe, B porque existe pero lo ha perpetrado otra persona, C porque el imputado obró inculpablemente o su acción no es antijurídica. Tendríamos tres absoluciones por distintos motivos, pero si los dos primeros, puestos en la necesidad de votar y supuesto que fueron vencidos en sus votos mencionados, afirman las demás preguntas, el acusado resulta condenado. El error consiste en pretender separar lo que es inseparable, la acción humana y su relación con una norma abstracta que la califica, sólo posible de dividir a efectos de su estudio teórico”. El sistema de votación única de la cuestión de cargo evitaría este resultado, según el autor citado.

El otro ejemplo que da el doctor Maier es el siguiente: “Supongamos el ejemplo más sencillo de un delito tipo y otro calificado en que se vote primero por el delito tipo y luego por la circunstancia agravante. Primera votación, A sostiene la inculpabilidad del acusado, pese a dar por probada su acción como homicidio calificado, B el homicidio simple y C el homicidio calificado; el acusado resulta

---

<sup>62</sup> *Ob. Cit.*, p. 623.

<sup>63</sup> O.P.P, p. 229.

condenado por homicidio calificado, pese a que esta opinión sólo es sostenida por C. Si se votara cada cosa como cuestión única, primero el supuesto más grave y luego el menos grave, como corresponde, el acusado es condenado por homicidio simple”.

Entiendo que se hace un esfuerzo para arribar a la condena. En el ejemplo de Clariá, es evidente que si uno de los jueces no modifica su criterio –obligado por la ley, no por convencimiento-, entonces, no cabe si no la absolución porque hay tres posturas distintas. Y cabe igualmente, en mi opinión, según he procurado mostrar, si uno adhiere luego al criterio menos desfavorable pero el otro se mantiene en la negativa.

Obsérvese que en el desdoblamiento que propició el maestro cordobés, hay una compulsión a avanzar de todos modos hacia la condena, por esto se proponen diversamente las cuestiones. De lo contrario, corresponde la absolución como queda dicho. Y subyace también en los ejemplos del doctor Maier. Si un juez ha votado por la inculpabilidad del imputado nunca puede luego considerar que ha mediado un tipo penal agravado y aplicar después pena. Es este el absurdo que reflejo y me he propuesto discutir.

En el tribunal de tres miembros, solo cabe la absolución en estos ejemplos. En colegios mayores, puede resultar condena con el número de votos que he indicado solo como alternativa a los sistemas conocidos. El juez que ha votado por la inculpabilidad no es obligado a cambiar ese criterio, que mantiene al votar las otras cuestiones, esto es, siempre por la negativa y en favor del acusado. El tribunal no se desintegra, es el mismo que participó en el debate y la o las disidencias se hacen constar y se computan –es decir, no se ignoran- en la decisión final.

En definitiva, se trata, en la decisión, de establecer la *responsabilidad penal* definida como quiere FERRAJOLI, esto es, como el conjunto de las condiciones normativamente exigidas para que una persona sea sometida a pena<sup>64</sup>.

---

<sup>64</sup> *Ob. cit.*, p. 91. También: “Las garantías penales, al subordinar la pena a los presupuestos sustanciales del delito -lesión, acción y culpabilidad- serán efectivas en la medida que éstos sean objeto de un juicio en el que resulten aseguradas al máximo la imparcialidad, la veracidad y el control. Por eso las garantías procesales, y en general las normas que regulan la jurisdicción, se llaman también «*instrumentales*» frente a las garantías y a las normas penales, designadas en cambio como «*sustanciales*».

Cito, finalmente:

Por último, una cuarta condición institucional de la responsabilización social de los jueces es la *personalización* de todas las funciones judiciales, sean decisorias o de acusación: a través de la institución del juez monocrático de primer grado y la consiguiente supresión de la distinción entre tribunales y preturas y, por otro lado, mediante la introducción de la obligación de dar cuenta, en todas las decisiones colegiadas, del eventual disenso de uno o varios componentes del tribunal y de sus votos particulares... Porque, en efecto, uno de los principales factores de la irresponsabilidad de los jueces, es el anonimato en el que a veces se esconde su actividad. Con la personalización de las funciones judiciales, la paternidad de los juicios no estaría referida a entidades anónimas como el Tribunal, la Corte de Apelación, la Corte de Casación, la Sección Instructora, la Magistratura y otras abstracciones similares, sino a los magistrados concretos que toman las decisiones, o que participan en ellas, y que, así, quedarían expuestos personalmente al juicio y a la crítica de la opinión pública. Especialmente, el voto particular en las decisiones colegiadas comporta la corresponsabilización de todos los integrantes del órgano colegiado, sin posibilidad para ninguno de instalarse cómodamente en las decisiones de la mayoría o bajo la cobertura de la minoría. Y, sobre todo, es un decisivo factor de ruptura de la coartada del puro «tecnicismo» y «neutralidad» de la decisión, al hacer posible que salga al exterior, no, como ahora sucede, una sola «verdad» -es decir, una sola interpretación de la ley y una sola valoración de los

hechos y de las pruebas- sino verdades distintas y en contraste, capaces de suscitar la atención, el debate, la crítica informada y, de ese modo, el control público sobre las actuaciones de los jueces<sup>65</sup>.

Es claro que la admisión de esta postura nuestra implica considerar inconstitucionales las leyes procesales que obligan a un juez a desentenderse de su opinión precedente, si ha quedado en minoría, específicamente en la cuestión de cargo o de culpabilidad, y concurrir a decidir las demás cuestiones planteadas. Y, desde luego, nulas las sentencias así dictadas.

---

<sup>65</sup> FERRAJOLI, *ob. cit.*, pp. 602-3. En la pág. 673, nota 260, puede leerse: “En favor del «juez único» mejor que colegiado «porque responde al concepto de mayor responsabilidad», se pronunció L. Lucchini, *o. c. p.* 179. La publicidad de las opiniones discordantes en los tribunales colegiados fue criticada por Hegel con el peculiar argumento de que expresan «puntos de vista aun particulares» en contraste con el carácter universalmente válido de las sentencias (*Principios de la filosofía del derecho*, cit., 224, p. 296). Sobre los orígenes de la *dissenting opinion* en las deliberaciones públicas de la *Common Law Courts* y de la *House of Lords* en su función de órgano de última instancia, y sobre la recepción de la institución en el procedimiento civil soviético, cf. M. Taruffo, *La motivazione della sentenza civile*, cit., pp. 347 ss. Sobre la perspectiva de una personalización del juez como factor de responsabilización –mediante la introducción del «juez monocrático» y/o la institución del *disenso*–, cf. L. Ferrajoli, *Per una riforma dell'ordinamento giudiziario*, en «Problemi del Socialismo», 1973, 18, pp. 810 ss.; G. Zagrebelsky, *Il giudice monocratico: prospettive di riforma*, en «Rivista di Diritto processuale», 1981, pp. 330 ss.; A. Baldassarre, *L'opinione dissenziente' e l'intervista di Amadei*, en «Democrazia e Diritto», 1981, 1-2, pp. 238 ss.; S. C. Panza y A. Reposo, *Le «dissenting opinions» ancora alla ribalta*, en «Quaderni costituzionali», 1981, pp. 595 ss. Sobre el carácter «difuso» del poder judicial como «rasgo sobresaliente y peculiar de la jurisdicción», véase E. Capaccioli, *Forma e sostanza dei provvedimenti relativi ai magistrati ordinari*, en «Rivista italiana di Diritto e Procedura penale», 1964, pp. 273 ss.; S. Senese, *Sovranità popolare*, cit. La ley n. 117 de 1988 sobre la responsabilidad civil, que fue la ocasión para introducir la institución de la publicidad del disenso, lo rechazó de manera irresponsable, introduciendo el disenso oculto con el alambicado sistema del «sobre sellado», justamente censurado por la sentencia n. 18 de 1989 por la Corte constitucional, que ha afirmado, entre otras cuestiones, la plena legitimidad constitucional de la *dissenting opinion*”.

