

REVISTA DE **DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA**

DELITOS ECONÓMICOS • CONTRAVENCIONAL •
GARANTÍAS CONSTITUCIONALES • PROCESAL PENAL •
EJECUCIÓN DE LA PENA

DIRECTOR

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

ÁREA PROCESAL

MIGUEL Á. ALMEYRA

COORDINADORES

MATÍAS BAILONE
GABRIEL IGNACIO ANITUA

EDITOR RESPONSABLE

FRANCISCO J. CROCIONI

COMITÉ ACADÉMICO

EDUARDO AGUIRRE OBARRIO (ARGENTINA 1923-2011)
CARLOS JULIO LASCANO (ARGENTINA)
LOLA ANIYAR DE CASTRO (VENEZUELA)
LUIS ARROYO ZAPATERO (ESPAÑA)
DAVID BAIGÚN (ARGENTINA 1926-2015)
NILO BATISTA (BRASIL)
ROBERTO BERGALLI (ARGENTINA)
JORGE DE LA RUA (ARGENTINA 1942-2015)
EDGARDO ALBERTO DONNA (ARGENTINA)
LUIGI FERRAJOLI (ITALIA)
JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA (CHILE)
JULIO B. J. MAIER (ARGENTINA)
SERGIO MOCCIA (ITALIA)
FRANCISCO MUÑOZ CONDE (ESPAÑA)
ESTEBAN RIGHI (ARGENTINA)
GLADYS ROMERO (ARGENTINA 1933-2014)
NORBERTO SPOLANSKY (ARGENTINA)
JUAREZ TAVARES (BRASIL)
JOHN VERVAELE (HOLANDA)
JOSÉ SAEZ CAPEL (ESPAÑA)

THOMSON REUTERS

LA LEY

COMITÉ DE REDACCIÓN

GABRIEL IGNACIO ANITUA
FERNANDO ARNEDO
JAVIER BAÑOS
RICARDO BASÍLICO
VERÓNICA BILCZYK
MARÍA LAURA BÖHM
JOSÉ ÁNGEL BRANDARIZ GARCÍA
LEONARDO BROND
CARLOS CARAMUTI
ROBERTO MANUEL CARLÉS
CARLOS CHIARA DÍAZ
MELINA DE BAIROS MOURA
JAVIER DE LUCA
HORACIO DIAS
MATÍAS EIDEM
DANIEL ERBETTA
ADRIÁN FERNÁNDEZ
RUBÉN E. FIGARI
MARIANO GUTIÉRREZ

JUAN MANUEL LEZCANO
MANUEL MAROTO CALATAYUD
JULIANA OLIVA
LORENA PADOVAN
JORGE PALADINES RODRÍGUEZ
MARCELA PAURA
GABRIEL PÉREZ BARBERÁ
JONATHAN POLANSKY
PABLO QUALINA
RODRIGO M. RASKOVSKY
MARCELO RIQUERT
GUIDO RISSO
CRISTINA SÁNCHEZ HENRÍQUEZ
MÁXIMO SOZZO
PABLO TELLO
VALERIA VEGH WEIS
MYRNA VILLEGAS DÍAZ
JONATAN WAJSWAJN
VERÓNICA YAMAMOTO
DIEGO ZYSMAN QUIRÓS

CON EL AUSPICIO DE

ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA (ALPEC)

Criterios uniformes para el envío de colaboraciones

Los trabajos de doctrina y/o comentarios jurisprudenciales deben ser remitidos vía e-mail a laley.redaccionjuridica@thomsonreuters.com
Los mismos deben ir acompañados del currículum vitae del autor y sus datos de contacto.

ISSN: 0034-7914

REGISTRO NACIONAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL: EN TRÁMITE

IMPRESO EN LA ARGENTINA - Propiedad de La Ley Sociedad Anónima - Tucumán 1471 - CP1050AAC - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina - Tel.: (005411) 4378-4841

Nota de la Dirección: las opiniones vertidas en los comentarios firmados son privativas de quienes las emiten.

SUMARIO

<i>In memoriam</i> Esteban Righi Por Raúl Eugenio Zaffaroni	VII
---	-----

DERECHO PENAL

DOCTRINA

Autoría en aparatos organizados de poder y su recepción jurisprudencial en el derecho penal internacional Por Diego A. Bosio	3
Los comportamientos alternativos conforme a derecho Por Walter O. Zárate	15
El legado del caso "Belén": la conservación de la prueba como clave de la inocencia Por Pierina D'Amico	22
El decreto de necesidad y urgencia con relación a la extinción de dominio y su óbice constitucional Por Solange J. Capuya y Ángel Kahl	32
En contra de un "derecho psicópata" Por Hernán D. Grbavac	43
La extensión del paradigma de la seguridad ciudadana al ámbito escolar en Chile Por Sofía Brito Vukusich, Maximiliano Guerra Díaz, Juan Mena Valdés y Gabriel Quintanilla Jerez	53

PROCESAL PENAL

DOCTRINA

El derecho a su derecho: la inconstitucional renuncia "coaccionada" que instrumenta el Código Procesal Penal bonaerense Por Verónica Bilczyk	69
--	----

Encuadre legal y determinación de la pena Por Leonardo César Fillia	100
Los estándares para la restitución de inmuebles en el ámbito penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires Por Daniel A. Fariña	111
La privatización de la acción penal en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación (ley 27.063) Por Diomedes Guillermo Rojas Busellato	120
Competencia legislativa en materia de juicio por jurados Por Marcos F. Leguizamón	125
A un año del fallo por el homicidio de Diana Sacayán: los tribunales y el acceso a la justicia de las personas travestis y trans Por Yamila Rodríguez	134
El Estado como querellante: el caso de la Unidad de Información Financiera Por Martín Federico Chasco	146
Expulsión y traslado de extranjeros sometidos a proceso penal: ¿materialización de derechos o violación de garantías? Por Dino Minoggio	155
<u>NOTA A FALLO</u>	
El extrañamiento como pena accesoria y causal de extinción de la pena Por Solange J. Capuya y Juan José Name	167
EXTINCIÓN DE LA PENA / Condenado expulsado del país. Levantamiento de la prohibición de reingreso al país. Disidencia (CF Casación Penal)	167
<i>EJECUCIÓN DE LA PENA</i>	
<u>DOCTRINA</u>	
Las mujeres en las cárceles: una realidad de invisibilidad Por Inés M. De Olmos y Vanina Danzo	185
<i>POLÍTICA CRIMINAL</i>	
<u>DOCTRINA</u>	
La Corte Interamericana de Derechos Humanos contra el encarcelamiento masivo Por Lucas Ciarniello	199

CRIMINOLOGÍA

DOCTRINA

La "guerra psicológica" en el genocidio argentino Por Adriana S. Taboada	213
Michel Foucault y los aportes de una historia política de la verdad a la Teoría del Derecho Por Juan E. Ortiz	226
Lo que se cree, lo que se escribe: dos preguntas cruciales para la sociología de la justicia penal Por Ezequiel Kostenwein	246
Prevención del delito en Argentina y América Latina Por María Laura Adamoli	261

Competencia legislativa en materia de juicio por jurados

POR **MARCOS F. LEGUIZAMÓN**

Sumario: I. Introducción.— II. Distintas posturas.— III. Desarrollo.— IV. Conclusiones.

I. Introducción

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, el pasado 26 de febrero fijó en su agenda un listado de once causas trascendentes a ser resueltas durante el primer semestre del año en curso. Entre ellas, se encuentran los autos “Canales” en la que, según el dictamen del Procurador General de la Nación (1), se trata de una presentación directa —como consecuencia de la denegación del recurso extraordinario federal— por medio de la cual, entre otros agravios, el recurrente cuestionó la instauración del juicio por jurados en la provincia de Neuquén, por considerar que no constituye una facultad provincial sino federal, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 24 y 75, inc. 12, de la CN.

Más allá de que existen razones de índole práctica —y política— para que la Corte convalide tal legislación local y, de ese modo, acompañar el fenómeno legislativo que se viene dando a nivel provincial con la instauración del juicio por jurados en las distintas organizaciones judiciales estatales, entiendo que desde el punto de vista *histórico y hermenéutico* esta es la solución correcta.

II. Distintas posturas

Las cláusulas que hacen alusión específica al juicio por jurados, como las que se refieren a la distribución de competencias entre el Estado federal y las provincias, han generado divergencias en torno a qué esfera de poder corresponde legislar sobre la materia.

Así, un sector de la doctrina entiende que tal facultad corresponde al Congreso de la Nación,

(1) Dictamen disponible en: https://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2018/ECasal/junio/C_Mariano_CSJ_461_2016_RH1.pdf.

mediante el dictado de una ley con vigencia para el ámbito federal como provincial.

Asimismo, dentro de este grupo, y ante la inacción del Congreso, un sector entiende que las provincias pueden ejercer esta facultad hasta tanto el Gobierno federal legisle sobre la materia. En tanto que otros autores afirman que, aún en este supuesto, las provincias no pueden dictar normas sobre jurados.

A su vez, siempre dentro del grupo que considera como competente al Congreso para legislar sobre esta materia, una parte entiende que lo debería hacer a través de una *ley marco o base*, cuya reglamentación correspondería a las provincias. Esta pareciera ser la posición de la Corte Suprema (2).

Otro grupo de autores, por el contrario, entienden que corresponde a la Nación y a las provincias en el ámbito de sus respectivas jurisdicciones.

Y, por último, otro sector entiende que el juicio por jurados solo es obligatorio para el ámbito federal y no así para las provincias.

A nivel doctrinario, originariamente, prevaleció la postura de que la implementación del

(2) En este sentido dijo: “Si bien no cabe duda de que los códigos procesales son materia de legislación provincial en función de la cláusula residual, la existencia de disposiciones procesales en el Código Penal y la facultad del Congreso Nacional para dictar las leyes que requiera el establecimiento del juicio por jurados, parecen indicar que el Estado Federal ejerce cierto grado de legislación y orientación en materia procesal, con el fin de lograr un mínimo equilibrio legislativo que garantice un estándar de igualdad ante la ley” (CS, “Verbitsky”, CS, Fallos: 328:1146).

juicio por jurados era una atribución que correspondía al Congreso de la Nación y que las provincias debían aguardar que la Nación estableciera el instituto. Asimismo, frente a la inacción del Congreso, se empezó a concebir la facultad de las provincias de implementar el jurado (3). Ello pudo obedecer a la autoridad de la postura del *primer comentarista* de la Constitución (4), o al hecho que las cláusulas que aluden al jurado se hayan interpretado sin mayor detenimiento (5). En este sentido, no puede soslayarse que

(3) El primer autor que propuso esta alternativa —hasta lo que pude indagar— fue BAS, Arturo, “Derecho público provincial. Conferencias”, Ed. Domenici, Córdoba, 1909, ps. 400 y ss.

(4) En este sentido, Domingo Faustino Sarmiento —firme impulsor del jurado— señalaba: “Siendo atribución del Congreso... dictar leyes para la introducción del juicio por jurados, las Constituciones de las provincias como las legislaturas ordinarias nada tienen que hacer a este respecto, pues sus mismos representantes en el Congreso federal legislan en común sobre todos estos puntos y para todas las provincias” SARMIENTO, Domingo Faustino, “Comentarios de la Constitución de la Confederación Argentina”, Santiago de Chile, septiembre de 1853, p. 226. Incluso, el Informe de la Comisión examinadora de la Constitución federal de la Convención del entonces Estado de Buenos Aires [1860], encargada examinar la Constitución de 1853 —de la que el sanjuanino era parte— justificó la propuesta de incluir lo que hoy es el art. 32 de la CN, con el fin de aventar una posible intervención indebida del gobierno federal, frente a las facultades del Congreso de dictar de dictar las leyes que requiera el establecimiento del juicio por jurados. Así decía el mencionado Informe sobre el particular: “Aun considerando los abusos de la palabra escrita como verdaderos delitos (que en realidad no son sino actos dañosos a la sociedad) ellos no podrían caer bajo la jurisdicción nacional, como no caen los delitos comunes, y sería un contrasentido que fuese tribunal nacional un jurado de imprenta, y no lo fuese un juzgado civil o criminal. Del contexto de la Constitución no resulta que tal haya sido su suerte, pero entendiéndose generalmente de otra manera por los publicistas argentinos que concurrieron a su confección, teniendo el Congreso por el inc. 11 del art. 64, la facultad de dictar las leyes que requiera el establecimiento del juicio por jurados, y existiendo precedentes (aunque no de un carácter legal), que hacen presumible una intervención indebida del gobierno federal, en materia tan privativa de la soberanía provincial, es prudente precaverse contra tales probabilidades, como lo hicieron los Estados de Norte-América en las enmiendas que presentaron al Congreso”. RAVIGNANI, Emilio (dir.), “Asambleas constituyentes argentinas”, Ed. Peuser, Buenos Aires, 1937, t. IV, p. 773.

(5) Señala Oscar R. Pandolfi, en alusión al art. 24 de la Constitución, que “salvo los indicios que aportan Sarmiento y Alberdi, y el senador Del Valle Iberlucea, ningún

muchos autores interpretaron las normas constitucionales sin hacer a un lado su postura contraria a la institución.

Por mi parte, entiendo que el juicio por jurados es obligatorio para las provincias por imperio del art. 24 de la Constitución; que la facultad del Congreso, contenida en el art. 75 inc. 12 del texto fundamental, solo hace alusión a una ley federal, y que las modalidades estipuladas en el art. 118 de la Ley suprema son solo aplicables a ese ámbito.

III. Desarrollo

En primer lugar, cabe tener presente que las provincias conservan todo el poder no delegado por la Constitución al Gobierno federal (art. 121 CN). Tal principio, que implica que la competencia de las provincias es la regla en tanto que la del Gobierno federal es la excepción, es el que debe ser tenido en cuenta a la hora de deslindar atribuciones de una y otra esfera de poder (6). Sobre tal pauta de interpretación hay consenso (7).

También hay acuerdo en que las provincias conservaron la atribución de *administrar justicia*, en consecuencia, de organizar sus tribunales y de dictar los códigos de procedimientos, siempre bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declara-

comentarista de la Constitución Nacional —s.e.u.o.— ha explicado o intentado interpretar esta cláusula, que a primera vista, parece tan oscura”, PANDOLFI, Oscar R., “La anomia argentina y las excusas justificantes. ¿De quién es la competencia para legislar en materia de jurados, de la Nación o de las provincias?”, en AA.VV., *Juicio por jurados*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, t. I, p. 228.

(6) En este sentido, Joaquín V. González al comentar esta cláusula señalaba que “ha consagrado todo el derecho histórico argentino contenido en los estatutos y pactos anteriores. Esta es la regla general y comprensiva para dirimir en todo caso los conflictos posibles entre los dos órdenes de gobiernos, y según ella, el de la Nación, siendo conferido por las provincias, es expreso, limitado y excepcional”. GONZÁLEZ, Joaquín V., “Manual de La Constitución argentina”, actualizado por Humberto Quiroga Lavié, con referencia a la Constitución de 1994, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2001, p. 631.

(7) Más allá que circunstancialmente la Corte suprema amplió la esfera de atribuciones del Gobierno federal en menoscabo de las autonomías provinciales, EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, “Tratado de Derecho constitucional”, Ed. Depalma, Aires, 1999, t. V, Buenos p. 704.

ciones y garantías de la Constitución Nacional (art. 5º CN).

Sin embargo, como vimos, las divergencias surgen en torno a qué esfera de poder es la competente para implementar el juicio por jurados: si es el Congreso para todo el país —ámbito federal y provincial— o, por el contrario, son el Gobierno federal y las provincias en el ámbito de sus respectivas jurisdicciones o, por último, que tal institución solo debe regir para el fuero federal.

A mi modo de ver —más allá de la *regla de deslinde* (art. 121 CN) que debe ser señora en la materia— la atribución de implementar el juicio por jurados es una facultad *conservada* (8) por las provincias.

En efecto, dice el art. 24 de la Ley principal: “el Congreso de *promoverá* la reforma de la actual legislación en todos sus ramos, y el establecimiento del juicio por jurados”. A partir de tal disposición, a mi modo de ver, es un error sostener que el Congreso tenga la atribución de legislar para toda la Nación sobre la materia pues, para la Constitución, *promover* no equivale a *legislar* o *dictar*.

Sobre el particular resulta útil, a los efectos de desentrañar las prescripciones del art. 24 de la CN, la controversia que surgió en la *Convención Constituyente de 1852/1853*, al momento de discutirse las facultades del Congreso de dictar los *códigos de fondo*. En este sentido, advirtió Salustiano Zavalía —quien pretendía que el dictado de la *legislación de fondo* sigan conservando las provincias al estilo de la Constitución norteamericana— que el art. 24 “no dice que el Congreso *dictará* esas leyes sino que las *promoverá*; dos palabras de bien distinta acepción”(9).

Más esclarecedor resulta el debate que se dio en el Congreso años más tarde, en ocasión discu-

(8) O lo que es lo mismo, facultad no delegada o inherente. No es apropiado hablar de facultad reservada, pues estas son las expresamente retenidas por las provincias a través de pactos especiales al tiempo de su incorporación. Tal es el caso del entonces Estado de Buenos Aires mediante el Pacto San José de Flores del año 1859 y las entidades autonómicas que en el futuro se incorporen a la federación.

(9) RAVIGNANI, Emilio (dir.), ob. cit., p. 529.

tirse el Proyecto de ley de los senadores Nicasio Oroño y Daniel Aráoz que —con la supresión del art. 1º— se iba a convertir en la ley 483 (10). El proyecto originario preveía que “desde el 1º de Enero de 1872, ningún delito del fuero ordinario, sea de la jurisdicción federal o provincial, podrá ser penado en la República sin previo juicio por jurados” (art. 1º) y que “el Poder Ejecutivo nombrará una Comisión de dos personas idóneas que proyecten la *ley de organización del Jurado* y la de *enjuiciamiento en las causas criminales ordinarias de jurisdicción federal...*” (art. 2º).

Se advierte que el proyecto pretendía, por un lado, *promover* el juicio por jurados tanto para la Nación como para las provincias (art. 1º); y, por el otro, *legislar* sobre este para la jurisdicción federal (art. 2º).

En este sentido Salustiano Zavalía, consecuente con la postura que había adoptado en la Convención de 1852/53, señalaba: “El art. 24 de la Constitución impone al Congreso argentino la obligación de promover el juicio por jurados. La palabra *promover* no solo importa los medios *directos* si no los *indirectos* que el pueblo argentino pueda establecer para hacer que las provincias procedan de la misma manera. Ahora en cuanto al modo y la forma de proceder, creo que es la opinión general dejarlo librado a las provincias, y la prueba está en que en el art. 108 (11) no está enumerada la atribución de organizar el juicio por jurados... Hay dos cosas señor presidente: *promover* el establecimiento de los jurados y *organizarlos*. El Congreso argentino no tiene atribución para organizar en el fuero provincial, pero si tiene en virtud del art. 24, la facultad de promover en toda la República Argentina el establecimiento del juicio por jurados” (12).

En análogo sentido, explicaba el senador Oroño, uno de los autores del proyecto de ley: “En cuanto a nosotros, creemos haber deducido de la Constitución y de una manera indudable el dere-

(10) Por la importancia que, estimo, tiene su debate para interpretar las cláusulas constitucionales, transcribí parte de estos.

(11) Actual art. 126.

(12) DSCSN, junio 28 de 1870, 17ª reunión, 14ª sesión ordinaria, p. 150.

cho pleno del Congreso para *promover* por una parte y para *dictar* la ley por otra...”(13).

Y luego agrega en relación con el art. 1º del proyecto: “La ley de procedimientos que las provincias tienen derecho a establecer... no restringe esa facultad sino que la deja plena y entera”(14).

Incluso, de la lectura de los diarios de sesiones del Congreso, se evidencia que ningún legislador puso en duda la competencia de las provincias para legislar sobre jurados. Más bien, se advierte que el art. 1º del proyecto fue suprimido, pues no se consideró conveniente compeler con un plazo perentorio a aquellas para que legislen sobre la materia. En este sentido, esclarecedora resulta la intervención del senador Ángel Navarro, quien no estaba de acuerdo con la fijación de un plazo fatal a las provincias: “Promover no es dictar, no es ordenar, promover es solamente *aconsejar, persuadir*. Lo mismo sucede respecto de otras de las atribuciones del Congreso que habla de proveer a la seguridad de las fronteras, continuar con el trato pacífico con los indios y promover su conversión al catolicismo, y sería absurdo decir que promover su conversión al catolicismo es forzarlos, o decretar que hayan de ser católicos cosa que no podemos hacer sin incurrir en absurdo”(15).

En una posición contraria sobre este punto, se encontraba el senador Manuel Quintana, quien afirmaba: “Es una facultad y un deber del Congreso argentino establecer los jurados para toda clase de causas del fuero nacional o provincial. Se dice, señor presidente, que esa medida compulsoria que se pretende establecer para compeler a las provincias a dictar las leyes que organicen el jurado, va a traer la impunidad de los delitos...”(16).

Y más adelante refiere: “Pero cuando le acordamos a las provincias todo el tiempo necesario para dictar las leyes reglamentarias del jurado ofreciéndole al mismo tiempo por modelo la

ley del jurado para las causas del fuero nacional solo una incuria verdaderamente criminal por su parte podría producir la impunidad de los delitos por falta del tribunal que debiera juzgarlos (17).

Como se dijo, prevaleció la opinión de la Comisión de legislación, que aconsejaba la supresión del art. 1º. En este sentido, explicaba su miembro informante senador Wenceslao Colodrero: “Cuando tuve el honor de exponer a la Cámara los fundamentos que había tenido la Comisión para aconsejar a la Cámara que se suprimiera el art. 1º del proyecto... dije entonces que la Comisión consideraba innecesario... jamás invoqué la inconstitucionalidad de ese proyecto”(18).

Y luego agregó: “La Comisión, al aconsejar que se suprima el art. 1º del proyecto... es porque ha creído *innecesaria* esa prescripción, desde que la Constitución había facultado a las provincias para establecer el jurado en sus respectivas jurisdicciones toda vez que ellas lo creyeron necesario. Por consiguiente, creía que no habría necesidad de ese medio indirecto de compulsarlos, para lo cual el Congreso tal vez careciese de facultad”(19).

Por último, cuando se hizo alusión a una “ley general para toda la Nación” —en los términos del actual art. 75 inc. 12 CN— lo que se pretendió fue cuestionar el art. 1º del proyecto (senador Colodrero) o, por el contrario, convalidarlo (senadores Navarro, Bartolomé Mitre, y ministro Nicolás Avellaneda) pero, de ningún modo, se intentó legitimar una supuesta atribución del Congreso para dictar —lo que hoy se denomina— una “ley marco” sobre jurados o, menos aún, justificar que esta fue una competencia delegada por las provincias a la Nación. Tales hipótesis nunca formaron parte de la discusión.

(17) *Ibidem*, p. 162.

(18) *Ibidem*, p. 152.

(19) *Ibidem*, ps. 161-162. En análogo sentido se había referido el miembro informante de la Cámara baja, diputado Ocantos en donde se aprobó el proyecto en general y se rechazó el art. 1º. (Conf. DSCDN, “Cuadragésima novena sesión ordinaria del 9 de setiembre de 1870”, ps. 584 y ss.). De la misma forma procedió Diputados en su segunda intervención ante la insistencia del Senado (Conf. DSCDN, “12 sesión ordinaria del 31 de julio de 1871”, ps. 22-23).

(13) DSCSN, septiembre 22 de 1870, 54ª reunión, 48ª sesión ordinaria, p. 671.

(14) *Ibidem*.

(15) DSCSN, junio 30 de 1870, 18ª reunión, 15ª sesión ordinaria, p. 155.

(16) *Ibidem*, p. 160.

Así, por la primera postura el senador Colodrero decía: “No creo que el inc. 11 del art. 67 de la Constitución autoriza al Congreso para dictar leyes generales que obligan a toda la Nación, no solamente en la jurisdicción nacional, sino también en la jurisdicción provincial, y las provincias tienen a la vez esa misma facultad. Esto no puede ser exacto. El inc. 11 del art. 67, señor, es *correlativo* al art. 108. El inc. 11 dice que el congreso dictara leyes sobre naturalización, ¿y por dónde puede deducirse que estas leyes generales sobre naturalización pueden ser también dictadas por las provincias? ¿No están expresos en el art. 108 todos los poderes delegados a provincias como lo poderes delegados a la Nación? Por consiguiente, las leyes generales que puede dictar el Congreso para toda la República, son para la jurisdicción nacional, y no para la jurisdicción provincial...”(20).

Por la postura contraria, el senador Mitre exponía: “El inc. 11 de las atribuciones del Congreso... dice... Es decir, *leyes generales* que deben regir a todos tanto en la jurisdicción provincial como en la nacional”(21).

Agregando luego: “Si el Congreso argentino, no obrando a la letra y espíritu de este artículo, promoviese solamente la reforma de la legislación en el fuero nacional, no estaría arreglando a la letra y al espíritu de la Constitución... No se ha prohibido a las provincias legislar sobre este punto, pero han delegado esta facultad en el Congreso... Por consecuencia, creo que el proyecto primitivo ha llenado un vacío, de manera que cada provincia pueda dictar la Ley de Procedimientos, y que el Congreso por su parte ha correspondido a la alta confianza que el pueblo le otorgó”(22).

Por su parte Navarro señalaba: “Las palabras *leyes generales para toda la Nación* no quieren decir de ninguna manera que sean para el orden provincial... el congreso no tiene facultades de dictar leyes para el orden provincial sino para el orden nacional... El art. 108 habla de lo que no pueden hacer las provincias... Es pues una facultad de las provincias, dictar la Ley de Procedi-

mientos para el orden provincial y el Congreso solo se ha reservado la facultad de dictar leyes para el orden nacional”(23).

Y, a su turno, el Ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública, Nicolás Avellaneda decía: “Yo resumiría del modo siguiente todo lo expuesto y sacaría estas consecuencias: si resuelve el Congreso que no tiene facultad para dar ley general, promueva y fomenta el jurado por todos los medios directos e indirectos, difundiendo escritos que muestren la necesidad de él, confiando a una comisión que redacte el proyecto a fin de proponerlo a la aceptación de las provincias; pero no haga un ensayo del jurado como un ejemplo porque sería muy pernicioso. En otro extremo de la cuestión: si el congreso resuelve que tiene facultad, debe entonces... extender a todos los casos el procedimiento; este es el camino que debe seguirse”(24).

Insisto, la discusión versó solo sobre el art. 1º del proyecto que, finalmente, resultara suprimido. Es decir, se debatió si el Congreso podía o no compeler a las provincias a implementar el jurado. En ese único sentido fue utilizado el concepto de “ley general para toda la Nación”(25). Ningún legislador insinuó —fuera de ese plazo perentorio— que el Congreso tenía facultades para legislar sobre jurados en el ámbito provincial (26) ni tampoco surge de ese debate que las provincias no se hallen obligadas a implementar el jurado (27).

(23) DSCSN, septiembre 22 de 1870, p. 673.

(24) *Ibidem*, ps. 670-671.

(25) En ese mismo sentido José Domínguez —autor de uno de los proyectos de ley de jurados presentados al Congreso— utilizó esa terminología: “Si por una ley especial se fijara en seguida un término para que cada provincia, según sus circunstancias especiales, adoptase la reforma, el juri quedarla al fin establecido en toda la República, y abierta una nueva era para la administración de la justicia criminal”. DOMÍNGUEZ, José, “Del juicio por jurados en materia criminal”, Proyecto de ley para su establecimiento en la Capital de la República, Penitenciaria, Buenos Aires, 1884, p. 22.

(26) De hecho, las palabras de Mitre en cuanto que las provincias “han delegado esta facultad en el Congreso” solo hacían alusión a la atribución que se pretendió arregar el Congreso de compeler a las provincias a que legislen sobre jurados.

(27) Así, cuando el senador Colodrero cuestionó el art. 1º del proyecto que compelia a las provincias a implementar

(20) *Ibidem*, p. 162.

(21) *Ibidem*, p. 159.

(22) *Ibidem*, ps. 162-163.

Indudablemente, este ilustrado debate desarrollado a lo largo de dos períodos legislativos — transitó dos veces por la Cámara de Diputados y tres por la de Senadores— en el que intervinieron activamente un convencional del '53 (Zavalía), un ex presidente (Mitre), dos que iban a serlo (Avellaneda y Quintana) y toda una clase política prácticamente contemporánea a los hacedores de la Constitución, debe ser tenido en cuenta a la hora de precisar el alcance de las cláusulas constitucionales atinentes al juicio por jurados.

Entonces, el término *promover* del art. 24 de la CN, de acuerdo con el análisis de las *sesiones* de la Convención Constituyente de 1852/53 y del Congreso de la Nación, se puede concluir que no es *dictar* ni *organizar*; *promover* importa los medios *directos* y los *indirectos* (Zavalía); *promover* no equivale a *dictar*, ni a *establecer* (Oroño); *promover* no es *dictar*, *ordenar*, ni *decretar*, es solamente *aconsejar*, *persuadir* (Navarro); *promover* es *fomentar* por medios *directos* e *indirectos* (Avellaneda).

Coincido con los alcances atribuidos al término “promover”. En efecto, la función del Congreso no es solo legislativa (28), por ello, a mi criterio es un error sostener, a partir de lo que dice

el instituto dentro de un plazo perentorio, no lo juzgaba inconstitucional sino inconveniente. Entendía el legislador que las provincias lo debían implementar cuando lo juzgaren conveniente.

(28) De hecho, fundamentalmente del art. 75: el Congreso legisla, impone, modifica, reglamenta, decreta, contrae, aprueba o desecha, dispone, arregla, fija, acuerda, establece, crea, suprime, dicta, regla, provee, hace, da, admite, rechaza, adopta, determina, autoriza, concede, permite, suspende, habilita, conserva, promueve, rectifica, ejerce, protege, reconoce, garantiza, regula, asegura, sanciona, declara, faculta, revoca. Del resto del articulado de la Constitución: el Congreso sostiene (art. 2º), declara (arts. 3º y 3º), provee, decreta e impone (arts. 4º y 17), interviene (art. 6º), determina (art. 7º), consiente (art. 13), dicta (arts. 21 y 31), promueve (art. 24), fija (arts. 45 y 119), expide (art. 49), forma y sanciona (arts. 9º, 77 a 84), establece (art. 76), designa (arts. 85 y 86), remueve (art. 86), determina (arts. 88 y 118), prescribe (art. 117), autoriza y permite (art. 99, incs. 15 y 18), sofoca y reprime (art. 127). QUIROGA LAVIÉ, Humberto - BENEDETTI, Miguel Ángel - CENICACELAYA, María de las Nieves, “Derecho Constitucional argentino”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, t. II, p. 1046. En análogo sentido BIDART CAMPOS, Germán, “Manual de la Constitución reformada”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1997, t. III, ps. 142 y ss.

el art. 24 de la CN que el Congreso tenga competencia para legislar para toda la Nación sobre juicio por jurados.

De igual modo, a partir de lo que surge del art. 75 inc. 12, tampoco surge la facultad del Congreso de legislar sobre jurados para toda la Nación. En efecto, la atribución del Congreso de dictar “leyes generales para toda la Nación” solo hace alusión a los temas sobre naturalización, nacionalidad, bancarrotas, falsificación de la moneda corriente y documentos públicos del Estado, y no así a las que requiera el establecimiento del juicio por jurados, pues, sino la “coma” utilizada entre las palabras “Estado” e “y” carecería de razón de ser. Tal interpretación del art. 75 inc. 12, no solo se condice con el art. 24 sino con el 126 que —conforme explica el senador Colodrero— es *correlativo* de aquel (29).

Así, tal disposición empieza con una regla: “Las provincias no ejercen el poder delegado a la Nación” y, seguidamente, pasa a enumerar cuáles son las atribuciones que las provincias delegaron a la Nación (30) y, en consecuencia, no las pueden ejercer (31). Más allá que tal listado no puede considerarse como taxativo pues, fuera de esta disposición, existen otras atribuciones delegadas al gobierno federal y, por ende, prohi-

(29) En rigor, es correlativo a una serie de artículos que plasman las facultades que el Gobierno federal recibió de las provincias según se advertirá.

(30) Así, las provincias no pueden celebrar tratados parciales de carácter político (arts. 27, 75 incs. 22, 24, y 99 inc. 11); ni expedir leyes sobre comercio (art. 27 y 75 inc. 13), o navegación interior o exterior (arts. 26 y 75 inc. 10); ni establecer aduanas provinciales (arts. 9º y 75 inc. 10); ni acuñar moneda; ni establecer bancos con facultad de emitir billetes, sin autorización del Congreso Federal (arts. 75 incs. 6º y 11); ni dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería, después que el Congreso los haya sancionado; ni dictar especialmente leyes sobre ciudadanía y naturalización, bancarrotas, falsificación de moneda o documentos del Estado (75 inc. 12); ni establecer derechos de tonelaje (art. 11); ni armar buques de guerra o levantar ejércitos, salvo el caso de invasión exterior o de un peligro tan inminente que no admita dilación dando luego cuenta al Gobierno federal (arts. 75 inc. 25, 99 inc. 15 y 127); ni nombrar o recibir agentes extranjeros (art. 99 inc. 11).

(31) Salvo las de dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería, hasta que el Congreso los haya sancionado y de armar buques de guerra o levantar ejércitos ante un peligro tan inminente que no admita dilación.

bidas a los gobiernos provinciales (32), es claro que la no inclusión de las atribuciones atinentes al juicio por jurados responde perfectamente a la interpretación realizada del inc. 12 del art. 75 sin perjuicio, claro está, de la regla señera en la materia (art. 121 CN).

En consonancia, tal facultad debe leerse de la siguiente forma: “Corresponde al Congreso [...] dictar las [leyes] que requiera el establecimiento del juicio por jurados” (33). Ello significa que el Congreso solo tiene atribuciones para legislar sobre juicio por jurados a nivel federal.

Corolario de lo expuesto es que el art. 118 de la Ley fundamental solo es aplicable al ámbito *federal* (34). En efecto, esta disposición al encontrarse dentro de las *atribuciones del Poder Judicial de la Nación* (Segunda Parte, Título I, Sección III, Capítulo II), es de por sí suficiente para que no sea obligatoria para las provincias sin perjuicio que, claramente, es una *norma de organización* —por oposición a una *norma de conducta*— (35) de la justicia federal.

Así, que la disposición haga referencia a “*todos los juicios*” no significa que aluda también a los juicios de tramitación provincial. De hecho, el art. 116 cuando en un sentido similar habla de “*todas las causas*”, también alude solo a la competencia federal. De igual forma, cuando el art. 118 excluye del juicio por jurados a los que “*se deriven del derecho de acusación concedido a la*

Cámara de Diputados” hace alusión a un sistema de remoción de funcionarios del ámbito federal que no necesariamente se da —ni se debe dar— en las provincias. Asimismo, cuando tal disposición señala que “la actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiere cometido el delito”, recepitó el principio *forum delicti commissi* y también alude al ámbito federal, pues un delito de competencia provincial no podría ser juzgado fuera de ese ámbito —salvo que sus efectos tengan repercusión fuera de su territorio— y son en todo caso las autoridades locales las que establecen sus reglas de competencia con la limitación indicada (36). En tanto que, haciendo *excepción* a esta regla —la utilización del conector “pero” lo indica— la Constitución dispone que “cuando este se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el *derecho de gentes*, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio”, receptando, de ese modo, el principio de *jurisdicción universal* para las violaciones al *jus cogens* (37). Por otra parte, no se discute que las transgresiones a este derecho internacional sean también materia federal (38).

IV. Conclusiones

En síntesis, a mi modo de ver, por imperio del art. 24 de la CN, el juicio por jurados es obliga-

(32) Así, arts. 2º, 4º, 21, 23, 24, 26, 27, 30, 39, 49, 53, 60, 61, 64, 66, 71, 88, 100, 106, 112, 113, 118, 119 y 126. EKME-KDJIAN, Miguel Ángel, ob. cit., t. V, p. 762.

(33) ROSATTI, Horacio, “Tratado de Derecho Constitucional”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, t. II, p. 448.

(34) JOFRE, Tomás, “El nuevo Código de procedimiento penal de la provincia de Buenos Aires”, Ed. Abeledo, Buenos Aires, 1915, t. I, p. 21; SCHIAVO, Nicolás, “El juicio por jurados”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2016, p. 87.

(35) Esta clasificación es superadora de la tradicional división entre parte preceptiva y parte orgánica, puesto que más allá de su ubicación lo que interesa es determinarlas por su esencia propia. Así, dentro de la parte orgánica encontramos verdaderas normas de conducta (ej. Derechos de los pueblos indígenas: art. 75, inc. 17, CN), y a la inversa, en la parte dogmática aparecen varios casos de normas de organización (ej. estado de sitio: art. 23, CN). QUIROGA LAVIÉ, Humberto - BENEDETTI, Miguel Ángel - CENICACELAYA, María de las Nieves, ob. cit., t. I, ps. 66-67.

(36) Sin embargo, la CS al interpretar la jurisdicción de tribunales de derecho dijo que “lo dispuesto en el art. [118] de la CN... que “la actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiere cometido el delito” tiende evidentemente a salvaguardar la jurisdicción de los tribunales locales, en consonancia con lo que dispone el art. [75 inc. 12]. En cambio, desde el punto de vista de la jurisdicción de los tribunales federales solo cabe hablar de la Nación como una unidad, dentro de la cual la competencia territorial no tiene por qué estar necesariamente ajustada a los límites de las diferentes provincias” (CS, Fallos: 284:100).

(37) Otra posible excepción a esta regla es el que surge del art. 117 de la Norma fundamental, es decir, cuando un delito se subsuma en los taxativos casos de competencia originaria de la Corte Suprema que, al ser un tribunal —el único— que tiene competencia en todo el territorio del país, esta podría no coincidir con el lugar de comisión del delito.

(38) Así, el Congreso en parte reglamentó esta disposición, al disponer que “los crímenes cometidos en alta mar a bordo de buques nacionales o por piratas extranjeros, serán juzgados por el Juez de Sección del primer puerto argentino a que arribase el buque” (art. 3º inc. 1º, ley 48).

torio para las provincias y el Congreso solo debe promover su establecimiento en ellas. De acuerdo con el art. 75 inc. 12 del Texto fundamental, el Congreso solo tiene facultad para legislar sobre jurados en el fuero federal; y el art. 118 de la Ley suprema es solo aplicable a ese ámbito.

La exigencia del sistema de enjuiciamiento por jurados para las provincias surge del art. 24 de la Carta magna que, al está ubicado en la parte de *declaraciones, derechos y garantías*, es obligatorio para estas. En efecto, las provincias conservaron la atribución de *administrar justicia* siempre bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional (art. 5° CN). Lo expuesto significa que las provincias deben organizar su sistema de enjuiciamiento con jurados bajo las modalidades que les resulten más convenientes (art. 122 CN), pues las prescripciones del art. 118 no son obligatorias para las entidades autonómicas, tal como ocurrió en los Estados Unidos (39).

Esto significa que las provincias deben implementar el juicio por jurados (arts. 5° y 24 CN) pero tienen la libertad de hacerlo bajo las modalidades que les resulten convenientes, esto es, bien podrán implementar el *jurado de acusación*, el sistema *clásico* o *escabinado*, para algunos o todos los delitos, exigir unanimidad u otra mayoría para decidir, etc. Siempre, claro está, implementando un sistema de jurados que tenga incidencia en la administración de justicia —y no un rol meramente simbólico— con las lógicas consecuencias que trae aparejado este sistema de enjuiciamiento, juicio oral y público, contradicción e intermediación.

(39) La principal fuente de la Constitución Nacional y —junto con la Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1811— una de las principales fuentes en esta materia, también dejaba a los estados miembros la organización del jurado. De hecho, al sancionarse esa Constitución en 1787 el jurado ya regía en las colonias y había tantos modelos de jurados como estados miembros. Sobre el particular, en aquel país, las disposiciones sobre jurados contenidas en la Constitución federal, durante casi dos siglos, fueron interpretadas que solo regían en ese ámbito. KING, Nancy J., “The american criminal jury”, *Law and Contemporary Problems*, 1999, p. 43, disponible en: <http://www.law.duke.edu/journals/62LCPKing>.

Este es, a mi modo de ver, el sentido *histórico* y *hermenéutico* de las cláusulas constitucionales.

La prueba más contundente de que, de este modo, las provincias y la Nación se distribuyeron la competencia sobre la regulación del juicio por jurados es la *Constitución de Buenos Aires de 1873* (40). De la lectura de su ilustrado debate —en el que también tuvieron activa participación José Benjamín Gorostiaga y Juan María Gutiérrez (41)— y del texto que en definitiva fue sancionado, surge que esa Convención provincial no solo legisló sobre juicio por jurados, sino que lo hizo con *mayor amplitud* que su par nacional pero, a la vez, se *subordinó* a la Constitución Nacional (arts. 5° y 24).

Así, con relación a lo primero, expresamente previó el *jurado de imprenta* (art. 10), el *jury para las causas civiles y comerciales* (arts. 161 y ss.); el *jury para las causas criminales* previendo un jurado de *acusación* y otro de *juicio* (art. 174); y un *juicio de responsabilidad política por jurados* para los funcionarios municipales (art. 204). En todos los casos, condicionó la operatividad del instituto a la ley reglamentaria.

En cuanto a que esa Convención se *subordinó* a la Constitución Nacional, surge del debate que generó la atribución que preveían los arts. 166 y 177 del proyecto, en cuanto a que la legislatura podía *suprimir* el juicio por jurados. Sobre el particular José A. Ocantos fue quien llevó la voz en la oposición: “La facultad que atribuye este proyecto a la Legislatura de la Provincia para suprimir los juicios por Jurado... es una novedad completamente contraria a los principios constitucionales de la Provincia, a los principios que establece la Constitución Nacional de la República, contra la cual no podemos ir, y de la cual no podemos prescindir. Dice un artículo de la

(40) Reincorporada a la Nación Argentina, luego de la reforma constitucional de 1860, se hizo necesario modificar la Constitución que Buenos Aires había dictado en 1854 como Estado independiente.

(41) Sin dudas, los convencionales más influyentes de la Convención de 1852/53. Ambos, miembros de la Comisión de negocios constitucionales —encargada de redactar el Proyecto de Constitución— y miembros informantes de esta. Asimismo, hay consenso de que Gorostiaga fue el redactor del preámbulo y de la parte orgánica, en tanto que Gutiérrez fue redactor de la parte dogmática.

Constitución Nacional, que todos los habitantes de la República tienen derecho a ser juzgados por Jurados... Esto dice la Constitución Nacional, y no se le ocurrió decir, por cierto, que al Congreso Legislativo de la Nación le incumbiere suprimir, cuando lo creyese conveniente, esta gran garantía constitucional... Entonces digo que así como el Congreso Soberano de la Nación, cuyas leyes están sobre la Constitución y sobre las leyes de la Provincia, no tiene facultad de suprimir esta gran garantía constitucional que se llama Jurado, así también la Constitución de la Provincia, que no puede pretender ponerse sobre la Constitución Nacional, menos puede pretender atribuir a la Legislatura el derecho a de suprimir esa garantía constitucional”(42).

Finalmente, triunfo la posición de que la legislatura local no tenía atribuciones para *suprimir*

(42) VARELA, Luis V. (dir.), “Debates de la Convención constituyente de Buenos Aires, 1870-1873”, Ed. Impresiones oficiales, La Plata, 1920, ps. 1217-1218.

el jurado, confiriéndole en cambio la facultad de *modificarlo o limitarlo*.

Esta convención provincial y su producto, demuestran que las provincias se encuentran plenamente habilitadas a legislar sobre juicio por jurados, incluso con mayor amplitud que los supuestos expresamente previstos en la Carta Nacional; pero, a la vez, el límite —el piso— es el que surge de su art. 24. Así, cuando en seno de la Convención de Santa Fe Zavalía afirmaba que “el gaje más importante de las provincias era sin duda la facultad de dictar leyes adecuadas a su organización, costumbres y peculiaridades, leyes menos fastuosas más sencillas y q consultasen mejor sus intereses”, Gorostiaga le contestó: “Esas peculiaridades tendrían lugar solo en un Código de procedimiento... pero sin romper con esto su unidad”(43). Esa unidad viene, precisamente, del límite que surge del art. 24 del Texto fundamental. ♦

(43) RAVIGNANI, Emilio (dir.), ob. cit., p. 529.

.....