

El juicio por jurados a personas menores de edad en la provincia de buenos aires

Guillermo Salvador Leibig¹

I. Introducción

El día 18 de noviembre del año 2021 la sala quinta del tribunal de casación penal de la provincia de buenos aires integrada por los doctores Fernando Luis María Mancini, Mario Eduardo Kohan y María Florencia Budiño en el marco de la causa No. 108431 caratulada «G.N.E s/ recurso de queja» decidió declarar mal denegado y hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensora oficial, Dr. maría Elia Klappenbach, y en consecuencia revocar la resolución dictada por el juzgado de responsabilidad penal juvenil No. 2 confirmada por la sala II de la cámara de apelación y garantías en lo penal del departamento judicial de la plata, permitiendo la implementación del juicio por jurados a favor del menor de edad G.N.E.

Este fallo es histórico en la provincia de buenos aires, debiendo destacarse el dictamen de la fiscal adjunta del tribunal de casación penal doctora Alejandra Moretti que siguiendo el criterio de objetividad que destaca la actuación del ministerio público fiscal dictaminó a favor del recurso de casación interpuesto por la defensa oficial del imputado. Sin embargo, este fallo desemboco en un recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por la representante del ministerio público fiscal doctora María Laura D'

¹ Abogado por la Universidad Nacional de Mar del Plata (tom. XVIII, fol. 426, CAMDP). Auxiliar en la Unidad Funcional Descentralizada del Partido de General Alvarado, Departamento Judicial de Mar del Plata. Especialización en Derecho Penal en curso en la Universidad Nacional de Mar del Plata (UNMdP). guillermoliebig85@gmail.com

Gregorio que, al ser denegado por el tribunal de casación penal, la misma interpuso recurso de queja ante la suprema corte de justicia de la provincia de buenos aires que revoco el fallo dictado por el tribunal de casación penal en el marco de la causa p. 136.880-q, caratulada «D' Gregorio, María Laura e. -fiscal adjunta subrogante del fiscal titular interino del tribunal de casación penal-s/ queja en causa No. 108.431 del tribunal de casación penal, sala V» donde en la resolución dictada el día 28 de septiembre del año 2022 la suprema corte denegó rotundamente la posibilidad de una persona menor de edad a ser juzgado por un jurado popular.

Atento a la diversidad de opiniones encontradas en la jurisprudencia provincial y sin perjuicio de reconocer que es una temática compleja, en este trabajo me propongo analizar la temática intentando brindar una respuesta al interrogante de si es posible en la provincia de buenos aires de conformidad con la legislación vigente en la materia que una persona menor de edad sea juzgada por un jurado popular. A tales fines, en los próximos apartados realizare un análisis de la legislación que regula el régimen penal juvenil tanto a nivel nacional como provincial y su compatibilidad con el juicio por jurados realizando un abordaje constitucional del instituto analizando la ley provincial 14543, repasando las opiniones de la doctrina nacional en la materia y analizando la jurisprudencia mencionada, así como también las decisiones judiciales de tribunales de otras provincias relacionadas con la temática propuesta.

II. El juicio por jurados. Recepción constitucional de la ley provincial 14.543

La constitución nacional hace mención en tres oportunidades al juicio por jurados en los arts. 24, 75 inc. 12 y 118:

Artículo 24: «El Congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todos sus ramos, y el establecimiento del juicio por jurados. [...]».

Artículo 118 «Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución. [...]».

Articulo 75 inc.12 «Corresponde al Congreso: Inc. 12. Dictar [...] leyes generales para toda la Nación [...] que requiera el establecimiento del juicio por jurados».

Como podrá apreciarse surge del mismo plexo constitucional la intención de los convencionales constituyentes en la implementación del juicio por jurados, más aún en los juicios penales. En palabras de Julio Maier «Nuestra Constitución, en varios artículos (24, 75 inc. 12 y 118) establece la necesidad de que la sentencia penal sea dictada con la colaboración de jueces accidentales, no permanentes ni profesionales, que no formen parte de la burocracia judicial»². En el mismo sentido, el programa constitucional histórico de 1853-1860 de la mano de Alberdi receptó un modelo estrictamente basado en el *common law* y la constitución de Filadelfia de 1787 que contemplaba el juicio por jurados clásico o *anglosajón* como piedra angular de todo su sistema de justicia, tal como sostiene Maier «No cabe duda de que nuestro mandato constitucional proviene del art. III, Sección 2da de la Constitución de los Estados Unidos de América, a través del texto del art. 117 de la Constitución Federal de los Estados Unidos de Venezuela de 1811, casi idéntico a nuestro art. 102 CN originario, hoy art. 118»³.

La decisión constitucional de establecer el juicio por jurados no es de ninguna manera arbitraria, sino que se corresponde a la perfección con la propia ideología política que la Constitución siguió. No existe duda de que ella es hija del Iluminismo; y está probado con suficiencia que este movimiento promovía un cambio total en la administración de justicia penal, con una mirada atenta al modelo de instituciones vigentes, por entonces, en Inglaterra, y que conservaba los principios fundamentales impuestos por los sistemas de enjuiciamiento criminal de Grecia (derecho ático) y Roma republicanas, consistentes en el regreso a un juicio público y al tribunal integrado por ciudadanos, accidentalmente traídos a juzgar sobre los conflictos penales que se presentaban en el seno social⁴.

² Maier, J. B. J. (2004). *Derecho procesal penal* (Tomo I, 2.^a ed., 3.^a reimp.). Buenos Aires: Editores del Puerto, p. 775.

³ Maier, J. B. J. (2004). *Derecho procesal penal* (Tomo I, 2.^a ed., 3.^a reimp.). Buenos Aires: Editores del Puerto, p. 460.

⁴ Maier, J. B. J. (2004). *Derecho procesal penal* (Tomo I, 2.^a ed., 3.^a reimp.). Buenos Aires: Editores del Puerto, p. 777.

Con respecto al origen del juicio por jurados no podemos dejar de mencionar lo formulado por el magistrado de la corte suprema de justicia de la nación doctor Horacio Rosatti en su voto en el *leading case* en esta temática «Canales»

Que, sin perjuicio de consignar valiosos antecedentes medioeves, previstos para ciertos estamentos (clérigos, señores feudales, militares), la participación popular en la función judicial surge con la conformación moderna de la teoría de la división de poderes y la extensión del concepto de ciudadano. Fue el Barón de Montesquieu quien en 1748 escribió: «El Poder judicial no debe dársele a un Senado permanente, sino ser ejercido por personas salidas de la masa popular, periódica y alternativamente designadas de la manera que la ley disponga, las cuales formen un tribunal que dure poco tiempo, el que exija la necesidad. De este modo se consigue que el poder de juzgar, tan terrible entre los hombres, no sea función exclusiva de una clase o de una profesión; al contrario, será un poder, por decirlo así, invisible y nulo. No se tienen jueces constantemente a la vista; podrá temerse a la magistratura, no a los magistrados (Montesquieu, «Del espíritu de las leyes», Libro Décimo-primero, Capítulo VI, Porrúa, México, 1982, trad. Nicolás Estévez, pág. 105)⁵.

Por lo expuesto y del análisis de las normas constitucionales citadas anteriormente se concluye que el juicio por jurados no sólo se contempló como un modelo de enjuiciamiento al incluirse en la parte orgánica de la Constitución, sino también como una doble garantía: del imputado a ser juzgado por sus pares, y de la ciudadanía a ejercer activamente la administración de justicia⁶. En el mismo sentido el ministro de la CSJN Dr. Rosatti ha establecido que el juicio por jurados no debe ser entendido solo como un derecho individual del imputado, sino que debe ser concebido como un modelo institucional de administración de justicia que expresa la participación del pueblo en la justicia penal traducido en el derecho del pueblo a juzgar por eso se

⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2019, 2 de mayo). *Canales, Mariano Eduardo y otro s/ homicidio agravado – impugnación extraordinaria* (CSJ 461/2016/RH1). Voto del Dr. Horacio Rosatti, consid. 5, p. 32.

⁶ Piñeyro, L. (2022). *Homenaje al Dr. Gustavo Letner: Juicio por jurado y las nuevas generaciones*. Jusbaires, p. 241.

pueden encontrar referencias al instituto tanto en la parte dogmática como orgánica de nuestra CN⁷.

Sin embargo y pese al mandato claro de nuestra carta magna en las 3 normas citadas que mantienen su redacción original desde 1853, no se han aplicado por más de 166 años ya que el congreso de la nación nunca ha sancionado una ley nacional sobre juicio por jurados. Por lo tanto, esto significa que en nuestro país el mandato constitucional no tuvo concreción al momento de sancionarse el código de procedimientos en lo criminal que se inspiró en el sistema procesal español de 1879 que preveía sus prácticas inquisitivas⁸. Sobre este punto el Dr. Alberto Bianchi ha dicho «a pesar de la existencia del proyecto elaborado en 1871 por Florentino González y Victorino de la plaza, la codificación procesal penal [...] No dio cumplimiento a lo establecido en la constitución»⁹.

Las que si han implementado el instituto mediante su legislación han sido las provincias como la provincia de buenos aires que reformó el código procesal penal mediante la sanción de la ley 14543 que regula el juicio por jurados en nuestra provincia como así también otras provincias han seguido el mismo camino como Córdoba, entre ríos, Neuquén entre muchas otras. En este punto toma vital importancia lo decidido por la CSJN en el fallo Canales antes citado, donde la corte sostuvo que la regulación del juicio por jurados no es una facultad delegada al estado federal y por lo tanto cada provincia puede regular el instituto atento a que cada una tiene la facultad de establecer su propio sistema de administración de justicia de conformidad con lo previsto en los arts. 5, 121, 122, 123 y 126 CN ya que nuestra carta magna nunca hace mención al juicio por jurados como una materia sobre la cual las provincias no pueden legislar¹⁰.

⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2019, 2 de mayo). *Canales, Mariano Eduardo y otro s/ homicidio agravado – impugnación extraordinaria* (CSJ 461/2016/RH1). Voto del Dr. Horacio Rosatti, consid. 9, p. 34.

⁸ Dalla Vía, A. R. (2021, 12 de enero). *El juicio por jurados ante la reforma judicial*. La Ley, p. 2.

⁹ Dalla Vía, A. R. (2021, 12 de enero). *El juicio por jurados ante la reforma judicial*. La Ley, p. 2.

¹⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2019, 2 de mayo). *Canales, Mariano Eduardo y otro s/ homicidio agravado – impugnación extraordinaria* (CSJ 461/2016/RH1).

La ley provincial 14543 modificó el código procesal penal de la provincia de buenos aires regulando el juicio por jurados en nuestra provincia. En consecuencia, modificó el art 1 CPPBA estableciendo

la competencia y el procedimiento para el juicio por jurados en causas criminales se ajustarán a las normas de este código. Por este motivo incorporo el art 22 bis al CPPBA que dispone el tribunal de jurados conocerá en los delitos cuya pena máxima en abstracto exceda de quince (15) años de prisión o reclusión o, tratándose de un concurso de delitos, alguno de ellos supere dicho monto. En el plazo previsto en el artículo 336, el imputado, personalmente o por intermedio de su defensor, podrá renunciar a la integración del tribunal con jurados, en cuyo caso el tribunal se conformará de acuerdo a lo establecido en el artículo 22. La renuncia deberá ser ratificada por el imputado en presencia del juez, quien previamente le informará de las consecuencias de su decisión, y verificará si fue adoptada libremente y sin condicionamientos. Una vez firme la requisitoria de elevación a juicio no podrá renunciarse al juicio por jurados, bajo pena de nulidad.

Como puede apreciarse de los artículos citados y de un análisis pormenorizado de la legislación provincial no hay ningún artículo que prohíba el juicio por jurados para el caso de los menores de edad (como es el caso de la provincia de Córdoba) sino que cuando la ley se refiere a imputado no hace distinciones entre que este sea mayor o menor de edad.

Por lo tanto, en esta etapa del trabajo, habiendo analizado las normas constitucionales y la legislación provincial que regulan el instituto no hay ninguna norma impeditiva para que un menor de edad sea juzgado por el jurado popular. A continuación, abordaré la legislación nacional y provincial del régimen penal juvenil buscando una respuesta al interrogante planteado.

III. El régimen penal juvenil. Análisis de la ley nacional 22.278 y la ley provincial 13.634

El régimen penal juvenil se encuentra regulado por la ley nacional 22.278 que establece en su artículo 1 que

no es punible el menor que no haya cumplido dieciséis (16) años de edad. Tampoco lo es el que no haya cumplido dieciocho (18) años, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena

privativa de la libertad que no exceda de dos (2) años, con multa o con inhabilitación

mientras que en el artículo 2 la ley establece que «es punible el menor de dieciséis (16) años a dieciocho (18) años de edad que incurriere en delito que no fuera de los enunciados en el artículo 1º». Por lo tanto, de la lectura de ambos artículos se puede concluir que cuando hablamos de menores a los efectos si pueden ser juzgados por un jurado nos referimos a personas entre los 16 y 17 años de edad, cuestión de vital importancia para el posterior desarrollo del presente trabajo.

La convención de los derechos del niño dictada en el año 1989 en el marco de la organización de las naciones unidas (ONU) que tiene jerarquía constitucional de conformidad con nuestro art 75 inc. 22 CN establece en su artículo 1 que, «para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad». Por su parte en el art 3 la convención regula el interés superior del niño disponiendo que «en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño». La normativa mencionada es fundamental y significó un cambio de paradigma en la tutela y protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes ya que son reconocidos como verdaderos sujetos de derecho dejando atrás la famosa doctrina de la situación irregular regulada por la llamada ley Agote (ley 10903 y decreto ley 10067/83) que solo los consideraba como objetos de tutela, sin realizar una escucha activa de sus deseos o intereses. En el mismo sentido la ley nacional 26061 de protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes establece en su artículo 3 que se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar: (a) Su condición de sujeto de derecho; (b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; (c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; (d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento

y demás condiciones personales; (e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; (f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

Por su parte el art 27 de la ley 26061 establece un conjunto de garantías mínimas que deben respetarse en cualquier proceso en el cual intervenga un niño, niña o adolescente

Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías:

- a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente;
- b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte;
- c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine;
- d) A participar activamente en todo el procedimiento;
- e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.

También debemos hacer mención a la ley provincial 13298 de promoción y protección integral de los derechos de los niños en la provincia de buenos aires que sigue lo normado por la ley nacional 26061.

Siguiendo la normativa citada podemos ver que el concepto de autonomía progresiva del niño, niña o adolescente resulta fundamental al momento de analizar su intervención en cualquier proceso judicial. En este sentido la ley provincial 13.634 que crea el régimen penal juvenil en la provincia de buenos aires establece en el artículo 33 que

son principios rectores para la interpretación y aplicación de las normas del proceso penal: la protección integral de los derechos del

niño, su formación plena, la reintegración en su familia y en la comunidad, la mínima intervención, la subsidiariedad, la solución de los conflictos y la participación de la víctima; también que el niño asuma una actitud constructiva y responsable ante la sociedad, adquiriendo respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las personas.

Cabe destacar que también resultan plenamente aplicables al proceso de menores las garantías establecidas por los arts.8 y 25 de la CADH ya que esta no hace distinción al regularlas entre menores y mayores. Además, siguiendo el mismo criterio el art 6 de la ley 13634 establece

El niño al que se atribuya haber infringido leyes penales o se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes, debe ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de dignidad y valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño, la importancia de promover su reintegración y que asuma una función constructiva en la sociedad.

Asimismo, en el mismo sentido el art 3 de la ley 13634 establece expresamente que «Los niños tienen derecho a ser oídos en cualquier etapa del proceso, a peticionar, a expresar sus opiniones y a que éstas se tengan en cuenta en las decisiones que afecten o hagan a sus derechos, considerando su desarrollo psicofísico. En el caso de los niños por nacer ejercerá este derecho la madre. El juez garantizará debidamente el ejercicio de este derecho».

En cuanto a la autonomía progresiva es medular analizar el art 26 CCYC que dispone

La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona. Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la

asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

Dicho artículo según las doctoras Aida Kelmemajer de Carlucci, Marisa Herrera, Eleonora Lamm y Silvia Fernandez debe ser interpretado en conjunto con lo dispuesto por el art 639 CCYC que se refiere a los principios de la responsabilidad parental siendo los mismos: el interés superior del niño, la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo, por lo que a mayor autonomía disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos y el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez¹¹. Por lo expuesto no caben dudas que el principio de autonomía progresiva constituye un principio fundamental que tiene anclaje constitucional y convencional.

Por otro lado, otro de los grandes principios que gobiernan el régimen penal juvenil es el principio de especialidad, establecido en primer lugar por el art 5.5 de la CADH que establece expresamente que cuando los menores deban ser procesados deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados con la mayor celeridad posible para su tratamiento. En igual sentido, podemos encontrar la observación general No.10 del comité de los derechos del niño que habla de la necesidad de implementar unidades especializadas en la policía, la judicatura, el sistema judicial y la fiscalía, y la disponibilidad de defensores especializados u otros representantes encargados de prestar al menor asistencia jurídica u otra asistencia adecuada. La Ley Provincial 13634 sigue estos lineamientos ya que crea el fuero de la Responsabilidad Penal Juvenil con fiscalías especializadas, juzgados de garantías del joven, juzgados y tribunales especializados y defensorías especializadas en minoridad. En consecuencia, la ley establece en el art 36 que el niño sujeto a proceso penal gozara de todos los derechos y las garantías reconocidos a los mayores, detallando garantías y derechos que en

¹¹ Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M., Lamm, E., & Fernández, S. (2015, 18 de agosto). *El principio de autonomía progresiva en el Código Civil y Comercial: Algunas reglas para su aplicación*. Infojus.

especial deben respetarse cuando se trate de un proceso penal contra un menor de edad.

Por otra parte, el último de los principios del régimen penal juvenil al que hare referencia que se encuentra relacionado con la temática es el llamado principio de reserva consagrado por los arts. 4, 5 y 53 de la ley 13634 concordantes con lo establecido por el art. 8.1 y en especial el art. 8.228 de las «reglas mínimas de las naciones unidas para la administración de justicia de menores» res. 40/33 (reglas de Beijing) las que se aplican en virtud del art. 10 de la 13.298, estableciendo dicho principio la imposibilidad de la publicidad en el debate oral del joven debiendo preservar la identidad del menor en todo el proceso sin que pueda divulgarse información que permita identificarlo, por esta razón los expedientes son reservados y se necesita expresa autorización para poder acceder al mismo. Sin embargo, es importante destacar que como todo derecho el mismo no es absoluto, sino que es relativo y está sujeto a reglamentación (art 14 CN) estableciendo claramente el art 55 de la ley 13634 que «excepcionalmente, podrán estar presentes aquellas personas expresamente autorizadas por el juez. La decisión judicial es inimpugnable».

Como podrá apreciar el lector en este punto de las leyes analizadas que conforman el régimen penal juvenil no hay ninguna disposición normativa que prohíba el juicio por jurados, es más si seguimos el principio de autonomía progresiva del menor (que en nuestro caso tendrá entre 16 y 17 años) conforme su edad y grado de madurez suficiente está plenamente facultado a elegir ser juzgado por un jurado popular, que no estará conformado por menores de su edad como establece alguna doctrina, ya que es incompatible con el enfoque constitucional del instituto, sino que este debe estar formado por personas mayores elegidos mediante los procedimientos establecidos por el CPPBA.

Sin embargo, la prohibición al juicio por jurados para menores de edad no surge de una ley sino de una resolución de la SCBA (Resolución No. 838/15) estableciendo que «de lo expuesto se desprende que el procedimiento de juicio por jurados no se encuentra contemplado en la legislación vigente para el ámbito de la

responsabilidad penal juvenil, definición legislativa que no puede ser suplida por este Tribunal por exceder su potestad reglamentaria».

IV. «El fallo G.N.E s/ recurso de queja» del tribunal de casación penal de la provincia de buenos aires

El tribunal de casación penal de la provincia de buenos aires decidió por mayoría conformada por los votos de los Dres. Kohan y Budiño (el Dr. Mancini voto en disidencia) hacer lugar a que un menor sea juzgado por jurados en la provincia de buenos aires en un fallo histórico el día 18 de noviembre del año 2021. G.N.E al momento del fallo tenía 18 años de edad y había sido acusado de un delito sexual grave y quería ser juzgado por jurados cuestión que le fue denegada en las instancias inferiores.

a. El dictamen de la fiscal Dra. Alejandra Moretti

Antes de abordar el contenido del fallo debo realizar un paréntesis y ocupar algunas líneas para resaltar el dictamen de la fiscal Alejandra Moretti quien sostuvo que el pronunciamiento impugnado afecta la garantía de juez natural, defensa en juicio y el derecho de los niños de contar con -al menos- las mismas garantías reconocidas a los adultos (arts. 18 y 75, inc. 22, de la C.N.; 2 de la C.A.D.H.; 37 y 40 de la C.D.N.) considerando arbitraria la decisión de denegar un derecho constitucional consagrado por su sola condición de niño, niña y adolescente quien debe ser considerado como un sujeto pleno de derechos y no un objeto de tutela.

En primer lugar, la Dra. Moretti estableció que los niños, niñas y adolescentes deben disfrutar de los mismos derechos y garantías que las reconocidas a los adultos, más los derechos y garantías inherentes a su especial condición de sujeto de derechos. En dicho apartado, hace mención al fallo de la CSJN en los autos «Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado» donde la corte sostuvo

Que cabe destacar que recientemente nuestros legisladores, en el mismo sentido de las recomendaciones de las Naciones Unidas, derogaron la ley 10.903 «Agote», y la reemplazaron por la ley 26.061,

de «Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes».

La ley 26.061 establece expresamente que los menores cuentan con todas las garantías constitucionales ante cualquier tipo de procedimiento en el que se vean involucrados (art. 27). En efecto, la Dra. Moretti remarcó que ya la observación general No.13 de las Naciones Unidas había señalado que «Los menores deben disfrutar por lo menos de las mismas garantías y protección que se conceden a los adultos en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos» (considerando 31); y que «Partiendo de la premisa elemental, aunque no redundante, de que los menores cuentan con los mismos derechos constitucionales que los adultos [...]. En suma, los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos, menores y adultos, y tienen además derechos especiales derivados de su condición [...]».

Por este motivo la Dra. Moretti concluye que «Así, frente al hecho de que los niños, niñas y adolescentes poseen todas las garantías de los ciudadanos mayores de edad, la decisión de denegar a un niño, niña o adolescente, como lo hizo el a quo en la resolución recurrida, el derecho a ser juzgado por un jurado popular, instaurado en el ámbito de nuestra provincia por la ley 14.543, más que ser tributaria de los principios específicos del fuero especializado, importa una negación arbitraria de una garantía constitucional a personas menores de edad por su sola condición de niños, niñas o adolescentes».

En segundo lugar, la Dra. Moretti hace un análisis de la jurisprudencia de Estados Unidos donde sostuvo que las decisiones judiciales más recientes de los tribunales estaduales se han puesto en crisis algunas de las razones sostenidas por la Corte Suprema de ese país en el caso «McKeiver c. Pensilvania» -403 U.S. 528 (1971)-, en el que ese Tribunal consideró que quedaba librado a los Estados establecer el juicio por jurados, si así lo consideraban; pero que precisó que ello no formaba parte de la garantía del debido proceso consagrada constitucionalmente. Así, cabe destacar que la Corte Suprema de Kansas lo ha admitido como garantía constitucional -ver *in re «L. M.»*, 186 P.3d 164, 166 (Kan. 2008)-. En este último precedente se estableció que los adolescentes tienen el derecho constitucional a un juicio por jurados, no solo en razón de la constitución de Kansas,

sino también por la sexta y la decimocuarta enmienda de la constitución de los Estados Unidos.

En tercer lugar, la Dra. Moretti estableció con muy buen tino y con una posición que comparto que al no estar previsto el instituto del juicio por jurados en la legislación del régimen penal juvenil, el código procesal penal es aplicable supletoriamente a las causas seguida respecto a niños en cuanto no sea modificado por la ley 13.634 citando el precedente de la SCBA causa P. 126.899, caratulada «S., F. E. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa N° 21.830 de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de San Martín, Sala III, sent. del 14/6/2017» que es posterior a la resolución 838/15. En dicho precedente la SCBA resolvió

La Cámara, como se ha visto, decidió la cuestión...de conformidad con lo así estipulado y el recurrente no se ha hecho cargo, además, de que el Código Procesal Penal es aplicable a las causas seguida respecto a niños en cuanto no sea modificado por la ley 13.634 (art. 1), todo lo cual determina la insuficiencia del reclamo (art. 495 del C.P.P.).

Además, la fiscal agregó que sin perjuicio de la resolución 838/15 puede ser aplicado el juicio por jurados en el sistema penal juvenil de la provincia de buenos aires, ya que, si el legislador hubiera querido impedir el trámite del juicio por jurados por alguna razón, lo debiera haber previsto expresamente, por lo que la norma general se encuentra en el art 1 de la ley 13634 que establece la aplicación supletoria del código procesal penal provincial.

En cuarto lugar, la Dra. Moretti coincidiendo con la defensora de casación Dra. Biasotti criticó la aplicación del instituto del juicio abreviado en el proceso de menores no siendo incluido este tampoco en la redacción originaria de la ley 13.634 pero que ha sido aplicado a ultranza en el fuero penal juvenil y nunca se lo ha criticado.

En quinto lugar, la Dra. Moretti resaltó el derecho del niño a ser oído y que su opinión debe ser tenida en cuenta según su edad y grado de madurez siguiendo la observación general No. 12 del comité de los derechos del niño, destacando que el imputado en el caso había adquirido la mayoría de edad y siendo asesorado por un defensor especializado había optado por ser juzgado por el jurado popular, denegarle este derecho que se encuentra consagrado en el art 12 CIDN implica cercenar el derecho que debe darse a todo niño de

expresar su opinión y que esta sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez en cualquier proceso judicial. En este sentido, la Dra. Moretti sostuvo siguiendo la citada observación general que afirmar que el niño es responsable con arreglo a la ley penal supone que tiene la capacidad y está en condiciones de participar efectivamente en las decisiones relativas a la respuesta más apropiada que debe darse a las alegaciones de que ha infringido la ley penal, en consecuencia, debe darse la oportunidad al niño de expresar su opinión según su edad y grado de madurez y esta deberá tenerse debidamente en cuenta durante todo el proceso de la justicia de menores. Por lo tanto, la fiscal alegó que la decisión de la Cámara de no escuchar la opinión del joven imputado de ejercer su derecho constitucional de ser juzgado por un jurado popular se identifica más con la cuestionada concepción del niño como objeto de protección a tutelar ya abandonada desde la instauración de un sistema de protección y promoción de derechos (ley nacional 26.601) que considera a los niños, niñas y adolescentes como verdaderos sujetos de derecho.

Por último, la Dra. Moretti desarrolla el principio de reserva regulado por la Ley Provincial 13634 definiendo el concepto y alcance de la privacidad de todo niño en el marco de un proceso penal, para ello cita la observación general No. 10 del comité de los derechos del niño máximo intérprete de la CDN que dispone

El Comité recomienda que todos los Estados Partes establezcan la regla de que el juicio ante un tribunal y otras actuaciones judiciales contra un niño que tenga conflictos con la justicia se celebren a puerta cerrada. Las excepciones a esta regla deben ser muy limitadas y estar claramente definidas por la ley. El veredicto/sentencia deberá dictarse en audiencia pública sin revelar la identidad del niño. El derecho a la vida privada (art. 16) exige que todos los profesionales que intervengan en la ejecución de las medidas decididas por el tribunal u otra autoridad competente mantengan confidencial, en todos sus contactos externos, toda la información que pueda permitir identificar al niño.

Por lo tanto, la Dra. Moretti concluye que la decisión de privar al imputado de su decisión de ser juzgado por un jurado popular con la necesidad de garantizar una protección que se encuentra asociada más al modelo de situación irregular que con una concepción del niño como sujetos de derechos sosteniendo que la celebración del juicio

por jurados de ninguna manera va en detrimento de los derechos que se intenta salvaguardar.

b. El fallo del tribunal de casación penal

El día 18 de noviembre del año 2021 la sala quinta del tribunal de casación penal de la provincia de Buenos Aires integrada por los doctores Fernando Luis María Mancini, Mario Eduardo Kohan y María Florencia Budiño en el marco de la causa No. 108431 caratulada «G.N.E S/ Recurso de Queja» decidió declarar mal denegado y hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la Defensora Oficial, doctora María Elia Klappenbach, y en consecuencia revocar la resolución dictada por el Juzgado de Responsabilidad Penal Juvenil No.2 confirmada por la Sala II de la cámara de apelación y garantías en lo penal del departamento judicial de La Plata, permitiendo la implementación del juicio por jurados a favor del menor de edad G.N.E.

En primer lugar, el Dr. Mancini quien fue el primer magistrado votante sostiene que si bien es admisible el recurso de queja incoado por la Defensora Oficial el mismo no resulta procedente porque ha sido bien declarado inadmisible, ya que de conformidad con el art 450 CPPBA, el recurso de casación puede deducirse contra sentencias condenatorias dictadas en juicio por jurados y contra las sentencias definitivas de juicio oral, abreviado y directísimo en lo criminal, sin perjuicio de lo dispuesto por el art 417 CPPBA. Asimismo, puede deducirse respecto de los autos dictados por la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal revocatorios de los de primera instancia siempre que pongan fin a la acción, a la pena, o a una medida de seguridad o corrección, o imposibiliten que continúen; o denieguen la extinción o suspensión de la pena o el pedido de sobreseimiento en el caso que se haya sostenido la extinción de la acción penal. En consecuencia, la resolución dictada por la Cámara no resulta un supuesto revisable mediante la vía casatoria rechazando el recurso interpuesto por la defensa, ya que según su opinión en el caso no advirtió circunstancias límites de arbitrariedad, absurdo o gravedad institucional que habiliten excepcionar la regla general antes enunciada.

En segundo lugar, se expide el segundo magistrado votante el Dr. Kohan quien a diferencia del Dr. Mancini considera que media un

supuesto de excepción a la regla establecida en el art 450 CPPBA ya que se discuten agravios de índole constitucional que guardan directa relación con la pretensión recursiva ya que se encuentran en juego garantías constitucionales tales como el debido proceso legal, el principio de igualdad ante la ley, el derecho del niño a ser oído y a ser juzgado por un jurado popular (arts. 5, 16, 18, 24, 75, incs. 12 y 22, y 118 de la constitución nacional; 3, 12 y 40 de la convención sobre los derechos del niño).

El Dr. Kogan con respecto al principio de especialidad resalta que los aspectos esenciales del régimen especial de minoridad y que lo distingue del proceso de los adultos se centra –más allá de otros institutos que no son propios de la instancia de juicio- en la posibilidad que tiene el juez de imponer o no pena, luego de haberse comprobado la existencia de un delito y la responsabilidad penal del joven respecto del mismo. En este mismo sentido, el magistrado expresa que el proceso de decisión que lleva al dictado del auto de responsabilidad que viene dado por el art. 4 de la ley 22.278 no resulta distinto de la construcción que se hace en el caso del juzgamiento de mayores, desde que se establece la corroboración del hecho delictuoso y el grado de responsabilidad del individuo respecto del mismo citando el art 56 de la ley 13634. Por lo tanto, establece que la actuación del jurado se da hasta el dictado del veredicto de culpabilidad y es en ese momento donde interviene el juez técnico a los efectos de la determinación y cuantificación de la pena no viéndose afectado por lo tanto el principio de especialidad.

En segundo lugar y en el mismo sentido que la Dra. Moretti, el Dr. Kohan establece la supletoriedad y la aplicación subsidiaria de las normas del CPPBA como así también en la crítica a la aplicación del instituto del juicio abreviado en los procesos penales contra menores, destacando que no hay en la normativa especial ninguna prohibición a la aplicación del juicio por jurados al igual que el instituto del juicio abreviado que tampoco se encuentra regulado en el Régimen Penal Juvenil pero este es aplicado sin ambages por los operadores.

Como segundo aspecto importante del voto del Dr. Kogan hay que destacar que el mismo resalta la esencia del jurado y el veredicto que este pronuncia, estableciendo que

Por tanto, se puede afirmar que la institución del jurado popular resulta ser una verdadera garantía contra los abusos de poder en los que pueda incurrir el Estado. Ella se traduce en un derecho subjetivo de los ciudadanos a ser juzgados por sus pares. No está de más recordar que la función esencial de las garantías es poner límites al omnipotente Estado en pos de preservar al ciudadano, en nuestro caso, de los desvíos de la justicia.

Por otra parte, el magistrado hace referencia al veredicto del jurado como una limitación al poder del juez

Ello se explica luego de que el jurado popular analiza la evidencia elevada al rango de prueba en el juicio respectivo y emite un veredicto. Lo que ocurre luego de ese momento procesal no es otra cosa que condicionar la actuación y el aludido poder del Juez; cuando es absolutorio, esa decisión resulta terminantemente liberatoria. Pero, me interesa puntualizar que, cuando éste es de culpabilidad, lo que se provoca es de alguna manera que se libere ese poder punitivo que está en cabeza del Juez profesional, que se encuentra ahora habilitado a imponer una sanción al acusado conforme a la ley.

Aquí el Dr. Kogan cita el precedente «Alleyne v. United States», 570 U.S. 99 votado por el presidente del tribunal Juez Roberts a quien adhieren los jueces Scalia y Kennedy donde se remarca la importancia del jurado como limitador al poder punitivo estatal conforme lo establecido por la Sexta Enmienda de la Constitución norteamericana que al igual que nuestro art 118 CN consagra al jurado popular como decisor en las causas criminales, acentuando su carácter independiente, dicho mandato constitucional ha sido realizado por las reglas elaboradas por la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos en los fallos «Apprendi vs New Jersey» (99-478) 530 U.S. 466 (2000) y ratificada en el fallo «Blakely vs. Washington» (02-1632) 542 U.S. 296 (2004).

Un aspecto central del voto analizado con relación a lo expuesto en el párrafo anterior es la referencia a la garantía del juez natural destacando el Dr. Kogan que cuando interviene el jurado el poder de juzgar se encuentra desdoblado: el jurado y su veredicto que juzgan los hechos y las pruebas del caso y luego la sentencia y la condena que son dictadas por el juez profesional, hay un juez de los hechos y otros del derecho. Esto es sumamente importante ya que cuando esto sucede hay una garantía del «jurado natural» en cabeza del imputado, haciendo referencia que la Constitución Nacional habla que del

juzgamiento por jurados de «todas» las causas criminales sin hacer ninguna distinción más aún con lo dispuesto por la observación general No.13 del comité de los derechos del niño que establece que los menores deben disfrutar de las mismas garantías que los mayores de edad, más los derechos y garantías que ostentan por su especial condición citando el precedente del tribunal de casación «Díaz Villalba» causa N° 83.026 y el fallo de la jurisprudencia norteamericana («Kent v. United States», 383 U.S. 541, 1996). Por lo tanto, el Dr. Kogan remarcó la aplicación de lo establecido en el art 1 CPPBA que establece expresamente al jurado popular como un verdadero juez natural de los hechos y las pruebas sometidos a juzgamiento funcionando como un verdadero «catalizador» ya que solo luego del veredicto de culpabilidad, el juez profesional puede imponer una pena, siendo esta la máxima expresión del punitivo del estado, resultando el veredicto del jurado popular sobre los hechos y pruebas del caso un contrapeso del poder del juez, y más aun considerando que cuando el veredicto es absolutorio el mismo es inimpugnable.

Por último y en cuanto al principio de reserva y la privacidad de los procesos de menores el Dr. Kogan, en idéntica postura que la Dra. Moretti, sostiene que «ese derecho no resulta absoluto y puede ser razonablemente reglamentado para poder preservarlo y, a la vez, establecer procedimientos respetuosos del mandato constitucional» citando la observación general N°10, haciendo lugar al recurso interpuesto por la defensa.

En este sentido, el votante expresa claramente que

Dentro de los lineamientos trazados unas líneas más arriba para la sustanciación de un juicio a menores con la participación de jurados populares, se incluye la ausencia de asistencia de público y no puede considerarse que el jurado, que actúa a la par del Juez profesional, altere, afecte o cercene en alguna forma el derecho a la intimidad de un menor que está siendo enjuiciado. Ello así por cuanto la labor del jurado está estrictamente ceñida a los alcances legales que marcan su intervención, con las atribuciones que las normas le confieren y con limitaciones que son perfectamente compatibles con la reserva que deben guardar y que viene reglada en el art. 371 quáter inc. 5 del C.P.P.

En tercer lugar, la tercera magistrada votante la Dra. Budiño coincidió con los argumentos expuestos por el Dr. Kogan y agregó su

opinión acerca de la posible afectación o no del derecho a la privacidad del niño o niña frente a un Juicio por Jurados.

La Dra. Budiño comenzó estableciendo que si bien todo niño involucrado en un proceso -sea cual sea la naturaleza del mismo y su rol- debe ser escuchado y su opinión ha de ser tenida en cuenta, no necesariamente ésta ha de ser vinculante para el Juez que debe velar por la mejor decisión a su respecto, la cual no siempre ha de coincidir con lo que el niño cree que es la mejor decisión. En este marco incidirá de manera inversamente proporcional con su edad y madurez la capacidad de que esa escucha sea mayormente considerada, pues resulta evidente que no es lo mismo para quien sobre un niño ha de decidir cuánto éste pueda decir si tiene 8, 12 o 16 años.

En el ámbito penal juvenil y frente a la posibilidad de arribar a un posible juicio oral en el cual se determine la culpabilidad o no de un niño o niña, se advierte sin mayor hesitación que nos encontramos frente a un individuo que resulta punible por su edad y, en consecuencia, se ha considerado desde el Estado y conforme la normativa nacional e internacional, que se encuentra en condiciones madurativas de afrontar un debate oral y las consecuencias que del mismo se deriven, esto es: la posibilidad de una condena y la imposición de una pena. En este caso, será el juez especializado quien afronte esa función y la decisión del niño respecto de la modalidad en que ha de ser juzgado

no solo no puede dejar de ser tenida en cuenta, sino que justamente se afectaría su integridad como sujeto, su confianza en el proceso que se le sigue y su igualdad con relación al mismo derecho concedido a un adulto frente al mismo caso, si fuera descartada. De más está señalar que el niño y la niña en todo proceso penal juvenil en el cual se vea involucrado en carácter de imputado se encuentra asistido por una defensa técnica especializada que ha de aconsejarlo acerca de cuál es la mejor decisión para el futuro del mismo.

La Dra. Budiño con respecto a lo señalado expone que a diferencia de lo acontecido en otras provincias del país en las cuales el juicio por jurados no es una opción, sino que resulta un imperativo respecto del juzgamiento de determinados delitos como Chaco o Chubut, el régimen establecido por la ley 14543 importa que tal decisión resulte voluntaria para el encausado. En este sentido, la decisión del imputado

en el caso asistido por su defensa ha solicitado que su caso sea ventilado por ante el jurado popular y la afectación de su privacidad no se produce ya que los jurados populares están cumpliendo un rol funcional que les irroga limitaciones en cuánto a los asuntos ventilados en el debate en el cual participan y el mismo, más allá de su modalidad, no es público.

Por último, la Dra. Budiño cita la Observación General nro 24 del Comité de Derechos del Niño relativa a los derechos de estos en el sistema de justicia juvenil

46. Un niño que haya cumplido la edad mínima de responsabilidad penal debe ser considerado competente para participar en todo el proceso de justicia juvenil. Para hacerlo de manera efectiva, el niño necesita contar con el apoyo de todos los profesionales que intervienen y comprender las acusaciones y las posibles consecuencias y opciones, a fin de poder dar instrucciones a su representante legal, recusar a testigos, hacer una exposición de los hechos y adoptar decisiones apropiadas con respecto a las pruebas, los testimonios y las medidas que se impongan [...]

para luego agregar «61. Los niños tienen derecho a interrogar a los testigos de cargo y a solicitar testigos de descargo, y los procesos de justicia juvenil deben favorecer la participación del niño, en condiciones de igualdad, con asistencia letrada». Esta observación general según la votante ha dado paso a un salto cualitativo en relación a avanzar hacia una Justicia Juvenil en la cual se garantice la plena efectivización de la participación del niño en el proceso en el cual es parte, adhiriendo al voto del Dr. Kogan y haciendo lugar al recurso interpuesto por la defensa.

V. El fallo de la sala II de la cámara de apelaciones y garantías en lo penal de La Matanza

La sala II de la cámara de apelaciones y garantías en lo penal de La Matanza en las causas No 14425 («Teves, Lucas Agustín s/ incidente de apelación al rechazo del juicio por jurados») y 14518 («juzgado de responsabilidad penal No. 1 Deptal. y tribunal en lo criminal No. 5 Deptal. («Teves, Pablo Omar s/ incidente de competencia») el 23 de septiembre de 2022, siguiendo los pasos del tribunal de casación

penal de la provincia de Buenos Aires, hizo lugar al requerimiento de la defensa para que un menor sea juzgado por un jurado popular.

En el mencionado fallo la cámara utiliza similares argumentos a los de la casación, pero me parece interesante destacar el siguiente cuando trata la garantía constitucional del juez natural

Esto no es un dato menor dado que, en contra de lo sostenido por el Magistrado de Responsabilidad Penal Juvenil, la garantía del Juez natural (art. 18 de nuestra Carta Magna), analizada bajo el prisma con el que ha sido concebida, de ningún modo puede encontrarse limitada al Juez profesional. En tal sentido, considero que los ciudadanos que integran el jurado popular son los verdaderos jueces naturales de, cuanto menos, una parte esencial dentro del proceso penal que no es ni más ni menos que el dictado del veredicto y que solo puede arribarse a la conclusión diametralmente opuesta (es decir, entender que solo el Magistrado profesional lo es) fruto del incumplimiento, que ascendió a más de ciento sesenta años, del mandato impuesto por nuestros Constituyentes y de la práctica consecuente que hemos llevado adelante durante ese largo período (voto del Dr. Lamas).

El Dr. Lamas continuó refiriendo con respecto a la ley provincial 14.543

En esa inteligencia, es dable rememorar que, en nuestra Provincia, el juicio por jurados ha sido contemplado solamente para los delitos más graves y ha sido concebido como un derecho para los imputados dado que, como bien es sabido, son ellos los que pueden optar por ser juzgados o bien por un «Juez técnico» o bien por sus pares (art. 22bis del C.P.P.). También debe puntualizarse que esta norma tampoco contiene ninguna exclusión respecto de la aplicación del juicio por jurados a los procesos seguidos a menores de edad. Y como otra cara de la misma moneda, las normas de aplicación al fuero juvenil no contienen ninguna referencia al respecto.

Otro argumento destacable de la Cámara es que hace énfasis en lo establecido por la ley 13634 ya que establece que los menores de edad tienen los mismos derechos que los adultos. Así el Dr. Lamas estableció

Por lo tanto y conforme los fundamentos que vengo desarrollando, no comparto la postura enarbolada por el distinguido Juez del fuero juvenil en torno a la existencia de alguna prohibición -ni de forma expresa ni tácita- de que un acusado por la comisión de un delito antes de alcanzar la mayoría de edad pueda ejercer su derecho

Constitucional de optar por ser juzgado por un Jurado popular (arts. 3 de la Ley 13.634 y 12 de la Convención sobre los derechos del niño). Lo contrario implicaría, a mi modo de ver, otorgarle menos derechos a un menor respecto de aquellos que posee, en igual situación, un mayor de edad, lo que iría en desmedro de la propia naturaleza de lo plasmado precedentemente.

Por otra parte, otra cuestión relevante del fallo citado es la importancia que el Dr. Lamas le da a la intervención en el juicio por jurados del Juez especializado en menores, dicha cuestión hecha por tierra cualquier objeción que pueda invocarse con respecto al principio de especialidad, más aun teniendo en cuenta las instrucciones que el juez especializado imparte al jurado popular, sobre la aplicación de las leyes especiales que consagran derechos en cabeza de los menores de edad ya que estos derechos a tener en cuenta no difieren, en términos de poder ser materia de instrucción al Jurado y de poder ser aplicados por estos de conformidad con los arts. 371 bis y ter del CPPBA. Además, en caso de que el veredicto del jurado sea condenatorio, el juez especializado al dictar la correspondiente sentencia se encontrará en perfectas condiciones para hacer efectivo los derechos consagrados a los menores que adquieran particular relevancia en este momento procesal (art. 58 de la Ley 13.634).

Siguiendo con este razonamiento el Dr. Lamas con respecto al principio de reserva dispuso

Al mismo razonamiento arriba en lo que atañe a la preservación de la identidad de los menores y a la falta de publicidad de ciertos actos ya que el Juez técnico especializado podrá adoptar, como director del proceso, las medidas que estime conducentes para que en el Juicio se respeten aquellos derechos. Esto, sin que pueda pasar desapercibido que el Jurado no puede identificarse a tales efectos con el público, sino que, como ya expuse anteriormente, aquél es el Juez natural previsto por el art. 18 de nuestra Ley Fundamental (arts. 4, 5, 53 y ccdtes. de la Ley 13.634).

Por último, como en el fallo analizado se trataba de un mayor de edad y un menor coimputados la cámara resolvió acumular ambos procesos disponiendo que el magistrado que debe dirigir el debate con Juicio por Jurados es el Juez especializado del fuero de Responsabilidad Penal Juvenil para ambos acusados debiendo destacar que el Dr. Van Staden adhirió al voto del Dr. Lamas por compartir los mismos argumentos.

En conclusión, cabe hacer mención que varias provincias como Entre Ríos, Catamarca y Formosa ya han permitido por vía jurisprudencial el juzgamiento de menores por el jurado popular, en este sentido, aunque sea una cuestión procesal, teniendo en cuenta la gravedad institucional imperante en esta materia es necesario que la CSJN se expida al respecto y obviamente que el poder legislativo cumpla con la deuda de regular de manera completa el instituto.

VI. El fallo de la suprema corte de justicia de Buenos Aires. La otra cara de la moneda

El fallo del tribunal de casación analizado anteriormente fue tan controversial que motivó un recurso extraordinario por parte de la representante del ministerio público fiscal Dra. María Laura D' Gregorio quien recurrió en queja ante la SCBA que decidió revocar el fallo dictado por el tribunal de casación penal el día 29 de septiembre del año 2022.

En el fallo mencionado la suprema corte resaltó la necesidad de expedirse sobre la cuestión controvertida, aunque la sentencia no sea definitiva, atento a encontrarse en juego la garantía del juez natural y por la gravedad institucional imperante en ese momento, aunque la cuestión debatida sea eminentemente procesal ajena a las previsiones del art 494 CPPBA cabía admitir la vía recursiva por encontrarse en juego planteos de índole constitucional relacionados con la cuestión controvertida por lo que resulta imposible su solución sin atender tales extremos.

Como primer punto de análisis la suprema corte estableció

en primer lugar, repárese que el 13 de mayo de 2015, este Tribunal dictó la resolución nº 838/15 mediante la cual, a raíz de consultas recibidas por parte de magistrados del Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil con relación a si se encuentra contemplado el procedimiento de juicio por jurados en dicho fuero, concluyó que ello no se encontraba previsto en la legislación vigente; que era una definición legislativa que no podía ser suplida por esta Corte por exceder su potestad reglamentaria.

Continuando con el razonamiento la SCBA expresó

La decisión emitida por el doctor Kohan –y que recibiera la adhesión de la doctora Budiño- que estimó que correspondía el juzgamiento

por parte de un Tribunal de Jurados respecto del menor NEG, no puede ser de ningún modo refrendada. Ello, en tanto parte de una interpretación arbitraria de la normativa aplicable, invadiendo competencias que le resultan ajena, apartándose de lo resuelto tanto en el ámbito institucional como jurisdiccional por esta Corte sobre el punto, en cuanto se ha considerado que tal temática excede la facultad reglamentaria del Tribunal, al ser competencia del Poder Legislativo local.

En este sentido, la suprema corte concluyó que el argumento utilizado por el Dr. Kohan relativo a que la resolución 838/15 fue dictada hace varios años y que el sistema de juicio por jurados se encuentra instaurado en la provincia se desentiende respecto a lo resuelto por la corte en el ámbito de sus atribuciones invadiendo competencias que le corresponden al poder legislativo resaltando lo siguiente:

Ello por cuanto en tal oportunidad se sostuvo, y aquí se ratifica, que la definición en torno al momento en que debe implementarse el enjuiciamiento por parte de jurados populares en procesos que tengan como imputados a jóvenes en conflicto con la ley penal le corresponde exclusivamente a la legislatura local. Porque la tarea requiere de una robusta discusión y evaluación de sus beneficios, oportunidad, conveniencia y, en todo caso, de las pertinentes adecuaciones, diseños, estructuras y demás consideraciones tendientes al respeto del principio de especialidad junto con otras particularidades propias del fuero (citando el fallo Canales de la CSJN).

A mayor abundamiento la SCBA señaló

Es dable afirmar que las cuestiones que encierra la problemática de los menores en conflicto con la ley penal, son de una delicadeza, gravedad y complejidad extremas, tanto en sus causas, como en sus consecuencias personales y con relación a la comunidad toda. El análisis de tales aspectos remite al diseño de las políticas públicas en general, y la criminal en particular, que ameritan un debate profundo y juicios de conveniencia, que exceden la competencia de esta (conf.G. 147. XLIV. RECURSO DE HECHO García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/ causa N° 7537, sent. Del 2-XII-2018, considerando 6°).

Asimismo, según la opinión del superior tribunal provincial la sentencia dictada por el tribunal de casación constituyó una violación al principio de división de poderes.

Por otra parte, la suprema corte expresó que el tribunal de casación tuvo una interpretación errónea del marco normativo estableciendo que a pesar de que el art 1 de la ley 13634 refiere a la aplicación supletoria del CPPBA lo cierto es que adoptando una interpretación sistemática de las normas que entran en juego y teniendo en cuenta el contexto, los fundamentos del proyecto de ley y los compromisos del Estado Argentino con los derechos de los niños, niñas y adolescentes llevan a concluir que el juicio por jurados no puede ser implementado ya que el legislador no se ha manifestado al respecto, resaltando que de los debates parlamentarios al momento de sancionarse la Ley 14.543 y del mensaje de elevación del mencionado proyecto de ley no emerge ningún tipo de consideración y/o referencia a los jóvenes en conflicto con la ley penal.

Con respecto a esta cuestión la SCBA criticó la decisión del Tribunal de Casación ya que no explicó

por qué y cómo el silencio de los legisladores en torno a los jóvenes debe tomarse como la manifestación de su voluntad positiva de ser alcanzados por esa modalidad sin ninguna adecuación a la especialidad que reclama su particular situación; máxime cuando se le otorgó tanta relevancia a la publicidad que caracteriza a dicha forma de juzgamiento que –en principio- encuentra serios obstáculos en la ley 13.634 y en la normativa internacional.

Por último, la SCBA dejó algunos interrogantes acerca de la aplicación del instituto del juicio por jurados

A modo de ejemplo cabría reparar en los delitos sobre los que se habilitaría para este especial colectivo el juicio por jurados, si respecto de los previstos en el art. 27 o se tendrá en consideración el monto de pena en abstracto establecido en el art. 22 bis del Código Procesal Penal; todo lo relacionado con la etapa recursiva, en cuanto a si cabría replicar el mismo diseño que para mayores u otro diverso; sólo por referir a algunas cuestiones. Repárese en que autorizada doctrina especializada en el fuero se interrogó acerca de similares cuestiones «...de ser necesaria/debida la utilización del juicio por jurados en la justicia juvenil, ¿debería el adolescente ser juzgado por sus pares jurados adolescentes con capacidad de responsabilidad penal?; ¿cómo se garantizaría la regla de la especialidad, si el juzgador ni siquiera es jurista?; ¿qué ocurriría con la regla que exige resguardo de la privacidad de las audiencias?; ¿podría el adolescente optar por ser juzgado por jurados?; ¿regirían las mismas reglas de mayoría para la votación?, entre otras» (conf. Beloff, Mary; Kierszenbaum, Mariano y Terragni, Martiniano, 2017,

«La justicia juvenil y el juicio por jurados», La Ley, Año LXXXI n° 183 AR/DOC/2402: 1-10.).

En conclusión, de las palabras utilizadas por la SCBA hay que hacer una consideración importante ya que la corte no habla en el fallo de una incompatibilidad del juicio por jurados en el marco del régimen penal juvenil, sino que solo se limita a decir que no es posible implementarlo aún por que el legislador no se ha expedido al respecto, dejando una puerta abierta para un futuro cuando el instituto se reglamente por parte del poder legislativo.

VII. Entre ríos. Juicio por jurados cuando hay mayores y menores coimputados

El 18 de marzo de 2021 la sala I del superior tribunal de justicia de Entre Ríos resolvió disponer que en aquellas causas en que existan personas mayores y menores de edad imputados en forma conjunta, que deban ser llevadas a juicio por jurados, se siga ese procedimiento aún para los menores y hasta la emisión del veredicto, debiendo entender luego el juez especializado en la materia en los supuestos en que corresponda proceder a la correspondiente integración de sentencia.

Sin perjuicio de ello, el STJER dispuso que cuando el proceso tenga a un imputado menor exclusivamente debe excluirse el procedimiento del juicio por jurados, aun cuando se encuadren en el art 2 de la Ley 10.746, debiendo entender en todos estos casos el Juez Especializado en materia de minoridad fundando dicho argumento en el principio de especialidad consagrado en normas constitucionales y convencionales.

Es por de más interesante lo resuelto por el STJER ya que permite el procedimiento del juicio por jurados cuando el proceso penal se siga contra mayores y menores de edad imputados conjuntamente, estableciendo

En consecuencia, en la actual situación y con la legislación vigente, se interpreta que no es posible por el momento hacer extensiva la aplicación del procedimiento de juicio por jurados a la justicia penal juvenil entrerriana, donde solo cabe diferenciar aquellos supuestos de procesos conjuntos de personas menores y mayores de edad - en los que no es posible llevar adelante juicios simultáneos y/o

paralelos sobre un mismo hecho - que podrían seguir aquel procedimiento con la expresa salvedad que la eventual audiencia de integración de sentencia, en caso de arribarse a la consiguiente declaración de responsabilidad del menor, deberá estar siempre a cargo de un juez penal especializado para resguardar precisamente ese principio fundamental, de orden convencional.

Por esta resolución del STJER se procedió a realizar el juicio por jurado, debiendo destacar que la plataforma fáctica del caso versaba sobre diversos cargos de violencia sexual cometidos por el joven B.C (que al momento de los hechos tenía 17 años) y su pareja conveniente contra un niño y una niña que eran el primo y la hermana B.C, el debate duró más de 4 horas y el jurado resolvió dictar un veredicto de culpabilidad contra ambos imputados, debiendo declarar el auto de responsabilidad del menor el correspondiente juez especializado en materia de minoridad.

Este fallo es un hito histórico en la temática que vengo abordando en el presente artículo ya que se trató del segundo juicio por jurado realizado cuando el imputado era menor de edad, el primero había sido en la provincia de Córdoba en 2004 pero el jurado conformado pertenecía al sistema de jurado escabinado.

VIII. Catamarca. Un fallo histórico

En Catamarca el juez penal juvenil Gershani Quesada resolvió no hacer lugar al planteo de incompetencia del jurado popular, realizado por el Ministerio Público Fiscal respecto de la causa de Andrea Navarro quien fue apuñalada 37 veces en enero del año 2022, el principal sospechoso del hecho fue su vecino quien tenía en ese momento 17 años, el mismo fue imputado por los delitos «robo calificado por el uso de armas» y «homicidio criminis causa en grado de tentativa en concurso real en calidad de autor». A la vez, elevó el legajo a la corte de justicia a efectos de que se expida sobre la aplicabilidad de la ley de juicio por jurados populares a personas menores de edad, en las condiciones de su vigencia o si por el contrario se suspende su aplicación temporariamente hasta tanto el tema sea debatido específicamente en la legislatura provincial, atento a la complejidad y especificidad de la materia.

El magistrado en la mencionada resolución estableció que

Los menores de edad pueden ser enjuiciados bajo la modalidad de juicio por jurados populares. Las ventajas y beneficios son perfectamente aplicables. La ley existe y la Corte de Justicia, con base a sus facultades, la reglamentó y no excluyó a las personas menores de edad [...]

En dicho fallo dispuso que no existe regulación que impida o vele la aplicación del sistema de jurados populares a los procesos seguidos a los jóvenes en conflicto con la ley penal. A la vez, aclaró que adolescentes y jóvenes poseen los mismos derechos y garantías que los adultos.

Es interesante resaltar lo expresado por el juez

La institución del jurado popular resulta trascendente para que a través de su veredicto de culpabilidad habilite al juez para aplicar todo el poder coercitivo con el que el Estado lo inviste. No hay razones para excluir el control ciudadano de las infracciones penales que cometan los adolescentes. La tarea del jurado popular en la determinación de los hechos y responsabilidad penal no es distinta en el caso de los adolescentes de lo que debe hacer en caso de los mayores.

Por su parte, el fiscal del fuero especializado Guillermo Narváez se había opuesto al juicio popular con los argumentos harto conocidos y apeló la decisión del juez de menores Fabricio Gershani Quesada.

La corte suprema de justicia de Catamarca le dio la razón al juez de menores ya que consideró inadmisible el recurso, específicamente, La Sala Penal del máximo Tribunal de Justicia catamarqueño, integrada por los ministros Hernán Martel, Fernanda Rosales Andreotti y Verónica Saldaño, señaló que la Cámara de Sentencia Penal Juvenil resolvió no hacer lugar al planteo de incompetencia del jurado popular realizado por el Ministerio Público Fiscal. «Las partes intervenientes no la recurrieron, no existe conflicto», se destacó.

Este fallo dictado por el Juez Penal Juvenil es histórico en nuestro país porque, hasta ahora, los juicios por jurados contra menores sólo se hicieron cuando había coimputados mayores.

XI. Conclusiones

Que habiendo hecho un análisis del instituto del juicio por jurados repasando lo establecido por los artículos de la constitución nacional que mantuvieron prácticamente su redacción originaria desde 1853, la ley provincial 14.543, la ley nacional 22.278 y la ley provincial 13.634 que regulan el Régimen Penal Juvenil a nivel nacional y provincial, así como también diferentes precedentes jurisprudenciales a favor y en contra de la implementación del juicio por jurados en el proceso penal de menores, podemos concluir que se trata de un tema que se encuentra realmente controvertido en la jurisprudencia de nuestro país y sobre todo en la provincia de buenos aires.

Esta discusión se debe a que la ley 14.543 que instauro el instituto de juicio por jurados en nuestra provincia nada dijo acerca si el mismo es aplicable o no cuando el imputado es menor de edad, cuestión que tampoco es suplida por las leyes que regulan el régimen penal juvenil que tampoco hace mención al juicio por jurado, más aun teniendo en cuenta que en nuestra provincia el juicio por jurado procede cuando el delito imputado respecto del cual el fiscal solicito la requisitoria de elevación a juicio es criminal (más de 15 años de prisión) y es optativo para el imputado quien puede elegir ser juzgado por un juez profesional o por un jurado.

Por esta razón debemos analizar si el instituto del juicio por jurado es compatible con los principios rectores del proceso de menores y con los derechos especiales consagrados a los niños, niñas y adolescentes por la normativa constitucional y convencional, adelanto mi conclusión positiva al respecto.

En primer lugar, no hay ningún obstáculo legal para poder instaurar el juicio por jurados en el proceso penal de menores de la provincia de buenos aires ya que dicha forma de juzgamiento no se encuentra prohibida por la normativa analizada y por ende debe seguirse el principio general en la materia que consagra que los niños, niñas y adolescentes tienen los mismos derechos y garantías que los mayores de edad, sumado a los derechos y garantías que sean reconocidos por su especial condición. Aquí debemos detenernos en el art 118 CN que establece claramente que «todos» los juicios criminales deben ser terminados por jurados, por lo que nuestro plexo

constitucional es claro y no establece ningún tipo de distinción al respecto.

En segundo lugar, los principales argumentos que se esbozan para rechazar la implementación del juicio por jurados en el proceso de menores son la falta de especialización del jurado y la afectación a la privacidad del menor olvidando por completo la esencia y la importancia que tiene el jurado ya que este forma parte de la garantía del juez natural consagrado por el art 18 CN.

En este sentido, el jurado es la máxima expresión de la participación ciudadana en los asuntos públicos y un verdadero límite al poder punitivo del estado ya que el jurado es el «juez de los hechos» porque tienen el importante deber de analizar los hechos y pruebas traídos al caso por el ministerio público fiscal o el particular damnificado en su caso y decidir si se encuentra probada la comisión del delito por parte de la persona imputada dictando el correspondiente veredicto de culpabilidad o de absolución, solo después de dictado el veredicto de culpabilidad el juez profesional va a poder imponer una pena al imputado y en caso de que el veredicto del jurado sea absolutorio el mismo es irrecusable(art 371 quater CPPBA). Por lo expuesto según el art 1 CPPBA el jurado popular es un verdadero juez natural y la expresión de la soberanía popular que decide si a un ciudadano le corresponde o no una pena, solo luego de pasar ese filtro el juez va a determinar su quantum de conformidad con los arts. 40 y 41 cp.

Con respecto a la cuestión de la falta de especialidad del jurado, dicho argumento carece de todo sentido, ya que si el debate con jurado popular es dirigido por un juez especializado titular del fuero de responsabilidad penal juvenil este tiene la posibilidad de dar instrucciones al jurado sobre como tienen que evaluar las circunstancias fácticas y la prueba del caso de conformidad con los derechos especiales consagrados a los menores de edad por la normativa constitucional e internacional, por lo que el jurado al momento de analizar los hechos y la prueba van a tener que considerar los derechos consagrados a los menores de edad por su especial condición, quedando sorteado el obstáculo de la falta de especialidad.

Por otro lado, el argumento de afectación a la privacidad del menor dicho argumento también carece de sentido, ya que la intervención del

jurado popular no implica que el juicio sea público porque los doce ciudadanos son jueces naturales para nuestra legislación y deben comportarse como tales, debiendo guardar secreto sin poder divulgar lo presenciado y escuchado en el debate oral, por lo que dicho argumento también se encuentra sorteado.

Dichos argumentos utilizados para criticar jurado son superficiales y olvidan la esencia constitucional del instituto y la importancia que tiene en un estado democrático de derecho, realmente me hacen acordar al argumento muchas veces utilizado que el veredicto dictado por el jurado carece de fundamentación por lo que no tiene que ser considerado valido como acto jurisdiccional el cual fuera desechado por completo por la CSJN , aquí los argumentos mencionados argumentos tienen la finalidad de menospreciar al jurado y al veredicto como acto emanado de la soberanía popular desconociendo su verdadera naturaleza y esencia.

En este sentido, se hace necesario adoptar una correcta interpretación de la garantía constitucional del juez natural (art 18 CN), en este sentido es esclarecedor lo expuesto por Maier:

Conforme a ello es claro que nuestra Constitución ha intentado asegurar, como garantía para el justiciable, la imposibilidad de manipular el tribunal competente para el enjuiciamiento de tres maneras específicas: al declarar la inadmisibilidad de las comisiones especiales, al impedir que juzguen tribunales creados con posterioridad al hecho objeto del proceso y al indicar que, en todo caso, es competente para juzgar el tribunal-federal o provincial- con asiento en la provincia donde se cometió ese hecho(y los jurados que integran el tribunal deben tener su domicilio en esa provincia = jurado de vecindad, CN 118)¹².

Esta misma idea surge del voto del Dr. Kohan en la causa número 118790 del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires caratulada Velazque o Velazquez Americo S/ Recurso de Casación donde ha establecido:

En esa idea, con el avenimiento de la aludida normativa, se advierte entre los principios contenidos en el art. 1 del C.P.P. al de «juez natural» y al «juicio por jurados», lo que viene a significar que en los casos previstos por el nuevo ordenamiento habrá una suerte de desdoblamiento en la tarea de juzgar algunos delitos criminales que

¹² Maier, J. B. J. (2004). Derecho procesal penal (Tomo I, 2.^a ed., 3.^a reimp.). Buenos Aires: Editores del Puerto, p. 765.

queda en cabeza de un «Juez Natural» y de un «Jurado Natural», con funciones bien diferenciadas, más ambos con un reconocimiento en el texto constitucional.

En tercer lugar, debemos considerar que los menores que forman parte del régimen penal juvenil tienen, por ahora, 16 y 17 años y han sido considerados imputables por nuestra legislación y por lo tanto con la capacidad de comprender y entender la criminalidad de sus actos, entonces sí pueden entender la criminalidad de su conducta porque no estarían en condiciones de elegir, siguiendo la misma lógica, de la manera de cómo deben ser juzgados asesorados por un defensor especializado, aplicando el mentado principio de la autonomía progresiva consagrado por el CCyC que dispone expresamente que los adolescentes de 16 años pueden tomar decisiones sobre su propio cuerpo de manera independiente teniendo en cuenta su edad y grado de madurez, reconociendo en ellos una capacidad progresiva.

En cuarto lugar, no estoy de acuerdo con lo resuelto por la SCBA ya que en mi opinión el tribunal de casación penal en el fallo GNE no excede sus competencias invadiendo las potestades reglamentarias que le corresponden al poder legislativo provincial, sino que realiza una excelente interpretación sistemática del derecho vigente, ya que es una cuestión no regulada por ende constituye una laguna normativa, no se encuentra prohibida por la legislación por eso la interpretación que haga el juez de las normas debe ser lo más abarcativa posible y esta es una de las funciones principales del poder judicial, que no debe realizar una tarea mecánica de subsunción de una norma a un caso particular sino que debe realizar una ponderación de todas las normas y principios jurídicos en juego para llegar a la solución del caso. En este sentido, de la lectura de ambos fallos (SCBA y tribunal de casación) denotamos una diferencia fundamental en el análisis del marco de normativo aplicable al caso, la SCBA al realizar su análisis olvida de mencionar lo establecido en la CN y esta cuestión no es menor ya que su análisis comienza con las normas provinciales, omitiendo valorar el espíritu que los convencionales constituyentes le han dado al Juicio por Jurados, debiendo recordar que tardamos más de 166 años en implementar el instituto que estuvo regulado en nuestra constitución desde 1853, esta reticencia al jurado es una cuestión histórica que viene produciéndose en nuestro país desde sus inicios.

Por esta razón sostengo que el fallo del tribunal de casación de manera alguna tuvo la finalidad de inmiscuirse en la tarea del poder legislativo y reglamentar el instituto del juicio por jurados, sino que realizó una interpretación de las normas en juego de manera compatible con la constitución nacional siendo dicha tarea exclusiva del poder judicial y una de las más importantes para el mantenimiento de nuestro estado constitucional de derecho.

Por último, no puedo dejar de tener en cuenta que en la actualidad se encuentra instalado en la opinión pública el debate por la baja de la edad de imputabilidad y esto se debe por el aumento de delitos violentos realizados por personas menores de edad tales como robos agravados, homicidios, abusos sexuales, etc. que han llevado a nuestra sociedad a criticar duramente nuestro régimen penal juvenil, por eso gran parte de nuestra población solicita que se baje la edad de imputabilidad, es más ya hay varios proyectos de ley presentados en el congreso de la nación que van por este camino. Mas allá, de estar a favor o en contra de la baja de la edad de imputabilidad, porque excede el objeto de este trabajo, quiero dejar expresado que resulta fundamental la implementación del juicio por jurados en el proceso de menores, ya que este al igual que nuestra justicia en general se encuentra totalmente deslegitimado en nuestro país, y esto es una realidad que los operadores judiciales debemos asumir y hacernos cargo.

Por esta razón, el juicio por jurado es fundamental para que la ciudadanía participe en la justicia y se sienta parte de ella, sobre todo en el proceso de menores que se encuentra tan cuestionado hoy en día, por eso debemos repensar la importancia del instituto, porque solo de esta manera podremos comenzar a recuperar la confianza de nuestra sociedad hacia la justicia acercando e integrando a los ciudadanos al poder judicial, si nos seguimos aislando y alejando de la comunidad los problemas van a ser irreparables.

X. Bibliografía

- Piñeyro, L. (Comp.). (2022). *Homenaje al Dr. Gustavo Letner: Juicio por jurado y las nuevas generaciones* (1.ª ed.). Editorial Jusbaires.
- Aitra, R. (2024). ¿Puede un joven ser juzgado por un jurado en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires? *Revista Pensamiento Penal*, (529).
- Pierrestegui, W. H. (s. f.). *Sistema de responsabilidad penal juvenil: Jurisprudencia local, provincial, nacional y Corte IDH*. *Revista Pensamiento Penal*.
- Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M., Lamm, E., & Fernández, S. (2015, 18 de agosto). *El principio de autonomía progresiva en el Código Civil y Comercial: Algunas reglas para su aplicación*. Infojus.
- Dalla Vía, A. R. (2021, 12 de enero). *El juicio por jurados ante la reforma judicial*. La Ley