

SANTINI ERIC AGUSTIN - CEJAS HECTOR EMANUEL - CABRERA GUSTAVO ADRIAN - MILDENBERGER ALFONSO MARTIN S-ROBO AGRAVADO S/ RECURSO DE CASACIÓN (DENUNCIANTE: BURGOS Gastón Alejandro) Legajo: N° 1963/222

SENTENCIA N°115

En la Ciudad de Paraná, Capital de la Provincia de Entre Ríos, a los **veinticuatro** días del mes de **Julio** de **dos mil veintitrés**, se reunieron quienes componen la Cámara de Casación de Paraná, a saber: Dras. **MARCELA BADANO** y **MARCELA DAVITE**, y Dr. **GUSTAVO PIMENTEL**, a los fines de deliberar y dictar sentencia en la causa "**SANTINI ERIC AGUSTIN - CEJAS HECTOR EMANUEL - CABRERA GUSTAVO ADRIAN - MILDENBERGER ALFONSO MARTIN S-ROBO AGRAVADO S/ RECURSO DE CASACIÓN (DENUNCIANTE: BURGOS Gastón Alejandro)**" **Legajo: N° 1963/222**.

Habiendo sido oportunamente realizado el sorteo de ley, resultó que los vocales debían emitir su voto en el siguiente orden: **BADANO, DAVITE Y PIMENTEL**

La Sra. Vocal, Dra. MARCELA BADANO dijo:

I- Por sentencia de fecha 14/11/22 (cfr. fs. 120/150), luego de arribar a un veredicto de culpabilidad, por unanimidad del Jurado, la jueza Técnica Dra. Paola Firpo resolvió: **I) IMPONER a GUSTAVO ADRIÁN CABRERA**, la pena ÚNICA de: **NUEVE (9) AÑOS de prisión**, con más las accesorias legales, comprensiva de la condena anterior dispuesta (artículos 5, 12, 40, 41, 45, 58 del Código Penal) por el delito de ROBO AGRAVADO POR EL USO

DE ARMA DE FUEGO -cfme. art. 166 inc. 2), ap. 2º del C.P.- y que fuera declarado CULPABLE, como CO-AUTOR PENALMENTE RESPONSABLE por VEREDICTO del JURADO POPULAR de fecha 9 de noviembre de 2022 -art. 92 de la Ley 10.746 y art. 456 del C.P.P.-; **II) [...] III) IMPONER a ERIC AGUSTÍN SANTINI MOLINA**, la pena de: **SEIS (6) AÑOS y OCHO (8) MESES de prisión**, con más las accesorias legales (artículos 5, 12, 40, 41, 45 del Código Penal) por el delito de ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO -cfme. art. 166 inc. 2), ap. 2º del C.P.-, por el que fuera declarado CULPABLE, como CO-AUTOR PENALMENTE RESPONSABLE por VEREDICTO del JURADO POPULAR de fecha 9 de noviembre de 2022 -art. 92 de la Ley 10.746 y art. 456 del C.P.P.-; **IV) IMPONER a ALFONSO MARTÍN MILDENBERGER**, la pena de: **SEIS (6) AÑOS y OCHO (8) MESES de prisión**, con más las accesorias legales (artículos 5, 12, 40, 41, 45 del Código Penal) por el delito de ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO -cfme. art. 166 inc. 2), ap. 2º del C.P.- por el que fuera declarado CULPABLE, como **PARTÍCIPE o CÓMPLICE PRIMARIO PENALMENTE RESPONSABLE** por VEREDICTO del JURADO POPULAR de fecha 9 de noviembre de 2022 -art. 92 de la Ley 10.746 y art. 456 del C.P.P.

Se había imputado a los encartados el siguiente hecho: *“El día 19 de octubre de 2021, siendo las 10:43 horas, Eric Agustin Santini y Héctor Emanuel Cejas, de consuno y bajo la logística y coordinación de Gustavo Adrian Cabrera, ingresaron a la Sala del Casino "Neo Game", ubicada en calle Galán N° 1447 de esta Capital, inmediatamente con la llegada del empleado encargado de la sala de juegos Alfonso Martin Mildenberger, con quien ya habían coordinado previamente y los aguardó en cumplimiento de un plan previo acordado. El ingreso al local se produjo empuñando Santini una pistola, posiblemente réplica y Cejas un revólver calibre .22 corto, profiriendo ambos a viva voz que se trataba de un robo. Una vez en el local,*

mientras Cabrera custodiaba en las afueras yendo y viniendo, Santini y Cejas forcejearon con el empleado de maestranza Emiliano Giménez y llevaron a éste y, simuladamente, a Mildenberger hacia la tesorería, lugar donde Mildenberger le pidió al tesorero Gastón Alejandro Burgos que abriera la puerta y, bajo amedrentamiento y apuntando Cejas con el revólver, lograron que el mismo les abriera. Al ingresar a la Tesorería, con violencia constante hacia el empleado de maestranza y el tesorero, Cejas y Santini sustrajeron la suma aproximada de pesos dos millones (\$ 2.000.000), provenientes de la recaudación de los días anteriores y que se encontraban siendo contados en parte y otra tanto guardados en la caja fuerte del lugar. Finalmente, ambos se retiraron con el dinero sustraído en bolsas, en dirección al domicilio de Cabrera sobre calle Isidoro Rossi N° 1080, siguiéndolos éste a los pocos instantes"

II- Recurrieron en Casación, como Defensor Técnico del imputado CABRERA, el Dr. Eduardo Daniel Gerard, (fs. 191/210); como defensores del imputado SANTINI MOLINA, los Dres. José Barbagelata Xavier y Boris Cohen (fs. 228/231), y, como defensores del imputado MILDENBERGER, la Dra. Constanza Bonazzola y el Dr. Tulio Kamlofky (fs. 217/226 vta.)

III- En su escrito recursivo, el **Dr. Gerard** enumeró los siguientes agravios.

1) Como cuestión preliminar, esa defensa sostuvo la oposición a la incorporación de un video editado presentado por la Fiscalía, ya que la condición para su admisibilidad -el acuerdo de partes- no fue otorgada; y solicitó se declare la nulidad de la prueba.

2) Se quejó porque se impidió la incorporación de un audio que Cabrera le enviara a Santini, su esposa, lo que brindaba la posibilidad de

verificar la teoría del caso de esta parte.

3) Señaló que no existe ninguna prueba que permita sostener, sin duda más allá de lo razonable, que Cabrera haya sido autor de hecho delictivo alguno: el **dinero secuestrado** admite otras explicaciones más probables que la postulada por la fiscalía; el **desvío de la investigación** enrostrado tampoco fue acreditado; la **presencia de Cabrera en imágenes** captadas por la cámara del Casino responde a otras razones, las que sí están corroboradas por pruebas en autos.

Acusación con prueba indebida -Intrínquilis Fiscal-: la acusación fundó gran parte de la "comprobación" de su teoría del caso con las afirmaciones de la declaración del imputado confeso, Santini, pero aquella es un medio de defensa, y no de prueba, sin embargo la Fiscalía, apelando a la ignorancia del jurado lo empleó para persuadirlo, y más allá de eso, nada de lo que dijo Santini pudo ser corroborado por lo que sí es prueba del debate: dijo que Cabrera lo esperaba en su auto -Chevrolet Meriva- en calle Isidoro Rossi, al cual se subieron luego de robar el Casino y lo llevó a la casa, lo que está absolutamente desmentido por el testimonio de Schmunk, quien dijo que luego de presentarse en el Casino, con los datos que tenían, salieron a dar unas recorridas y tomó por Galán y dobló hacia el cardinal norte para ingresar a Isidoro Rossi, cuando está llegando a la altura de la casa de Santini, vienen de frente un auto con Santini de acompañante y el padre del mismo: un auto gris que luego se identificó como el de Cabrera, pero él mismo no estaba en el auto, ya que recién había dialogado con él en su negocio. Aquello, a criterio del defensor, echa por tierra la versión groseramente mentirosa de Santini.

Aquello dejó en evidencia, para el defensor, la maniobra de negociación que perjudicó a los demás consortes de causa, de hecho, el fiscal, empleó

en reiterados puntos de su alegato, aquella declaración de Santini, para sostener su teoría del caso, lo que colocó al jurado en una situación de duda respecto de lo que debía ser tenido como un elemento de convicción, más allá de la advertencia que sobre el particular hizo la vocal.

Apuntó que la fiscalía, al momento de alegar sobre el tipo de delito a reprocharle a los distintos imputados hizo una modificación inentendible respecto de Santini, circunscribiendo su rol dentro del hecho en una calificación sensiblemente menor a la del resto de los coimputados, eligiendo calificar el delito con un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudo ser corroborada, mientras que para los demás mantuvo el agravante de arma funcional. Esa división insostenible, hizo eco en la vocal, que no hizo lugar a la diferenciación -que beneficiaba sólo a Santini- e incluyó a todos los demás coimputados en este delito menor incluido.

Entendió que la estrategia ha violado el derecho de defensa de Cabrera, porque la fiscalía se sirvió de una fuente que no produce prueba - imputado-, para perjudicar a otros aprovechándose de la confusión que las afirmaciones producirían en el jurado ante tamaño enredo procesal, que impidió adoptar una decisión sin la contaminación de todos estos hechos y así arribar a un veredicto justo.

El arma secuestrada: Nunca se probó que fuera la empleada en el robo, tal es así que el propio Fiscal no lo consideró así a la hora de acusar a Santini, sosteniendo que ese arma que poseía en el momento de allanamiento no era la empleada por dicho imputado, lo que descalifica la figura, ya que fue el único arma secuestrado.

Agregó que no se tuvo en cuenta que lo declarado por el testigo Taborda se desvirtuaba por lo dicho por el testigo Schmunk.

Hizo reserva del caso federal y solicitó, revoque la sentencia recurrida, declare nulo el veredicto y declare la Absolución de Cabrera.-

IV- En su escrito recursivo, los Dres. Boris Cohen y José Francisco Barbagelata Xavier, defensores de **SANTINI**, indicaron que el fiscal en el alegato de apertura, al formular la acusación dijo que a lo largo del debate demostraría que el imputado SANTINI, ingresó al local con un arma de utilería (como expresa el tipo legal Art. 166 in fine) o arma no habida, cuya aptitud para el disparo NO pudiera tenerse de ningún modo acreditada, y la teoría del caso fue expresada en reiteradas oportunidades por la defensa, no sólo en la Remisión de la causa a Juicio, sino en todas la instancias procesales previas al desarrollo del Juicio por Jurado.

Por su parte, la fiscalía, en el alegato final ante el jurado formuló la acusación por Coautor de Robo con Arma de Utilería o no habida, en exclusividad, distinguiendo su accionar respecto de los otros imputados (a los que acusó por un delito mayor, robo agravado). Sin embargo, su defendido, fue finalmente condenado por una figura típica diferente a la imputada por el MPF.

Indicaron los defensores, que por lo informado en el transcurso de la IPP, en la acusación, en la audiencia de admisión de evidencias de pruebas, y en el alegato de apertura, se enfocaron en la defensa material por el tipo penal del art. 166 segundo párrafo CP.

Aquello también fue reconocido en la ampliación de declaración de imputado de Santini: que él había constatado que el arma hallada (arma de fuego tipo revolver, color gris, con empuñadura plástica color negra, calibre .22 largo, marca "Doberman M.R.", nº de serie suprimido", guardado bajo efecto nº 27.143) no funcionaba gatillándola, que el percutor no

respondía al mecanismo convencional de acción; asegurándose Santini, antes del hecho, que ambas armas no eran aptas para disparo, lo que fue corroborado por la perito balístico que declaró en el debate; y aquello fue determinante para la aceptación del hecho cualificado.

Agregarón que la prueba fílmica ofrecida por el MPF demuestra con claridad el arma que empuñaba Santini, diferenciándose notablemente porque una es Tipo Revólver y la otra Tipo Pistola. Indicaron que la distinción que fue expuesta en audiencia de debate ante el Jurado; pero en el Instructivo Final, que no se debatió, la Jueza Técnica expresó sorpresa por la actuación del MPF, ya que al definir la acusación el MPF pidió al Jurado, declararlos culpables como Coautores de Robo con arma de fuego apta para disparo a los coimputados CEJAS-CABRERA-MILDENBERGER y Coautor de Robo con arma de utilería o no habida, al coimputado SANTINI.

En este sentido, señalaron que la interpretación técnica hecha por la jueza, viola el Principio Acusatorio, al introducir la coautoría de Robo con Arma de Utilería o no habida, para los cuatro Imputados CEJAS-CABRERA-MILDENBERGER-SANTINI, cuando esa posibilidad no fue lo enrostrado por el acusador, ya que jamás se mencionó esa teoría del caso en los días de audiencia.

Hicieron reserva del caso federal y de acudir ante la CIDH; y solicitaron se sustancie audiencia de Casación.

V- En el escrito recursivo, el Dr. Kamlofky y la Dra. Constanza Bonazzola -defensores técnicos de **MILDENBERGER**- expresaron los siguientes cuestionamientos:

"1.- De la arbitrariedad de la decisión que admita medidas de prueba, de modo que se cercenó el derecho de defensa en juicio y se

condicionó la decisión del jurado": protestaron ante la admisión de un video editado por la Fiscalía.

“2.- Del condicionamiento que implicaron para el jurado las instrucciones brindadas. Afectación al debido proceso”

Indicaron que, el MPF, sorprendentemente, decidió acusar a tres de los imputados (Cejas, Cabrera y Mildenberger) por el delito de robo agravado por el uso de arma de fuego en calidad de coautores, y a uno sólo por el delito menor incluido, por tratarse de un arma no apta para el disparo o no habida (Santini); esta decisión generó zozobra e incertidumbre en las defensas y llevó a que se dejara asentado un problema de congruencia en la acusación, y la eventual sentencia condenatoria. Esta actitud del MPF implicó que el debate de las instrucciones finales gire exclusivamente en torno a la calificación legal del hecho endilgado.

Indicaron que, al momento de tomar la palabra, solicitaron que en las instrucciones finales se tenga en cuenta, entre otras cosas, que no es una obligación del jurado arribar a un fallo unánime y que este se podía estancar conforme prevén los artículos 87º y concordantes de la ley Nº10.746, pero esa solicitud no fue atendida en las instrucciones finales, en las que se hizo especial hincapié en la necesidad de lograr un veredicto unánime.

Resaltaron que, a raíz del confuso episodio generado por el MPF, el resto de las instrucciones no fueron debatidas como corresponde: la magistratura interviniente determinó que le asistía el derecho de confeccionarlas inaudita parte y que si alguna de las partes lo deseaba podría manifestar algo al respecto, pero que la decisión estaba tomada: la única “oferta” que tuvieron las defensas antes de que ingrese el jurado

consistió en la lectura de las instrucciones, no su debate.

Citaron el art. 68º de la ley N°10.746 y entendieron que el procedimiento fue afectado por haberse omitido la etapa referida en el artículo invocado: no se dio lugar a ninguna de las defensas para poder realizar propuestas de elaboración de instrucciones, para debatir las mismas, para realizar objeciones.

Señalaron que comprenden que los integrantes del jurado pudiesen estar cansados y expectantes de recibir las instrucciones para deliberar, (hubo un cuarto intermedio que duró más de cuatro horas), pero no pueden admitir que se vulnere el derecho de defensa.

Indicaron que se omitió la posibilidad de incorporar la participación secundaria como una de las alternativas, tampoco se explicó al jurado la existencia de esta forma de participación, solo se inclinó por la autoría o participación primaria, y se condicionó constantemente al jurado a dictar un veredicto unánime, sin dejar salvada la posibilidad de que exista un jurado estancado.

En relación a la afectación al debido proceso, apuntaron que en la sentencia, se sostuvo: *“Así los representantes del Ministerio Público Fiscal subsumieron legalmente el hecho atribuido en la figura de: ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO en calidad de COAUTORES, conforme las previsiones de los arts. 45 y 166 inc. 2o ap. 2o del Cód. Penal. La acusación fue mantenida, en idéntica forma, a lo largo del juicio por jurados por los representantes del Ministerio Público Fiscal y, sostenida -con una variante menor- en la etapa de la discusión final del juicio, situación debidamente Resuelta SIN OBJECIONES de las partes, quedando videograbada.”*

En relación a aquello, señalaron que todas las defensas plantearon la necesidad de que, al romper la coautoría, el delito menor incluido debía ser no sólo en beneficio del SANTINI, sino de todos los coimputados por su calidad de coautores en la misma plataforma fáctica, que no fue modificada.

Apuntaron que existe una grave violación al principio de congruencia: la acusación está contenida en el requerimiento de citación a juicio, pero también en la conclusión del acusador al final del debate, que debe insistir en la condena y/o calificación. Invocaron los precedentes "Tarifeño" (Fallos: 325:2019), "García" (Fallos: 317:2043), y "Cattonar" (Fallos: 318:1234).

Mencionaron que lo que se debate es la resolución de la jueza, que, en lugar de salvar dicha acusación y colocar en el mismo pie de igualdad que todos poseían inicialmente (en el delito menor incluido), agrava la situación de los imputados, y mantiene la acusación original. El juez no puede actuar como representante del interés persecutorio y representa un agravio que dicha división de funciones no se haya visto respetada, al asumir la magistratura roles persecutorios.

"3.- De la arbitrariedad del veredicto del jurado que se apartó manifiestamente de la prueba producida en el debate"

Indicaron una defectuosa valoración probatoria del veredicto que demuestra una manifiesta contradicción con las pruebas producidas. A criterio de los defensores, no se verifica que la conclusión de culpabilidad pueda apoyarse en las pruebas producidas en el debate.

Requirieron de la instancia casatoria un test de valoración objetivo-subjetivo bajo el método de la revisión integral de toda la evidencia producida en el debate, para luego extraer las conclusiones e inferencias sobre si el jurado superó o no el estándar de duda razonable.

En ese sentido, entendieron que sólo se consideró el vídeo construido por el MPF, pero Martín no se tuvo en cuenta que fue sometido físicamente como sus otros dos compañeros, y, apenas tuvo la oportunidad para hacerlo, accionó la alarma, entregó voluntariamente su teléfono para que sea peritado y la medida arrojó resultado negativo.

En relación a la declaración del imputado Santini, indicaron que no era prueba en el sentido técnico, sino un acto de defensa, y resaltaron dos cuestiones: 1.- Que no nombra en ningún momento a Martín como parte del plan delictivo. 2.- Que sólo se dispuso a contestar preguntas de su defensor y del MPF, motivo por el cual toma más fuerza su espontaneidad al excluir a Martín del hecho.

Agregaron que el imputado prestó declaración y brindó una sólida explicación y fue respaldada por los testigos de la defensa.

Indicaron que corresponde ABSOLVER a su defendido, lo que así expresamente solicitaron, e hicieron reserva del caso federal.

VI- En la audiencia fijada oportunamente, intervinieron por la Defensa Técnica recurrente, el **Dr. Gerard** por el imputado **Cabrera**; la Dra. **Bonazzola** y el Dr. **Kamlofky** por el imputado **Mildenberger**; y los Dres. **Cohen** y Barbagelata Xavier, en representación del imputado **Santini**. Por su parte, en representación del MPF, intervino el Dr. Mariano Budasoff.

VI- a) Con la palabra el Dr. Gerard, manifestó que consideraba importante centrar algunos aspectos sustanciales del recurso, en el que habían presentado tres agravios: por el video editado; por el rechazo de la declaración de la señora de Cabrera; y la ausencia de pruebas respecto de Cabrera.

Indicó que la Fiscalía, el día previo al inicio del debate, les envió un video a las Defensas, editado, con modificación de velocidad, textos, etc. que las defensas no consintieron, incluso lo plantearon como cuestión previa.

El segundo agravio, apuntó, refería a unos audios relativos a la rotura de la puerta de entrada de su comercio, que la *a quo* rechazó.

Por último, respecto del tercer agravio, señaló, que el fundamento del jurado deviene del convencimiento que surge de la prueba, el control de la misma no puede conducir a la conclusión del jurado; se remite a lo dicho en el escrito promocional, pero sí menciona una cuestión central, la introducción del fiscal en el alegato de clausura, y la supuesta prueba que entendía que verificaba sus dichos: manifestó en el alegato de clausura, pasando varias veces el mencionado video, sino también rodeando ese video con los discursos de Santini al declarar, vinculando a su pupilo, sin advertir que los dichos de Santini no son prueba, si bien la *a quo* y la defensa se lo advirtieron durante el juicio, el fiscal rodeó todo su discurso a través de lo que decía Santini, ponderó sus menciones como si fueran prueba.

Señaló que aquello, violó ostensiblemente el debido proceso, el derecho de defensa, y la normativa sobre juicio por jurados, que impide argumentar en base a algo que no sea prueba admitida, o introducida correctamente. La declaración indagatoria no es una prueba.

Más allá de la advertencia al jurado, reiteró que se trata de personas que desconocen el derecho y las consecuencias: hay que ser concreto y literal, cuando se le dice algo a una persona, ya que tiene impacto en su consciencia, no se puede modificar fácilmente, y por eso la prohibición de la

norma; justamente, porque esa retroactividad de consciencia es imposible.

Apuntó que la manifestación respecto del discurso de Santini, es central en la teoría del caso de la fiscalía, fue una circunstancia sostenida desde el inicio, con acuerdo de la defensa, y que luego se terminó premiando con una imputación desmedida, se lo imputó a Santini por un delito menor, tal fue el intrínquilis judicial, que ameritó un largo cuarto intermedio de la jueza para resolver esa contradicción. Hubo una exhortación de la jueza respecto del error, pero no fue un error: estuvo dirigido a producir un impacto, y que logró su objetivo, a través de la violación normativa de los arts. citados y de las garantías de su defendido.

Citó finalmente una referencia a la incorporación de prueba no acordada, y si bien no se hizo lugar a la oposición, citó a la CSJN para establecer la inadmisión, destacando el posible vicio y la incidencia en la decisión.

Concluyó afirmando que de no haber existido esos elementos de prueba -a los que se opusieron-, si no hubiera la fiscalía omitido esas previsiones, el fallo habría sido otro y mencionó lo resuelto por el STJER respecto de la incorporación de prueba.

Finalmente, solicitó se revocara la sentencia, y se declare nulo el juicio, respecto de Cabrera.

VI- b) Con la palabra la Dra. Bonazzola, en primer lugar, manifestó que mantenían el recurso incoado en todos sus términos, y que mejoraría el recurso en lo relativo a la violación al debido procedimiento, incorrectas instrucciones, y arbitraria valoración probatoria por parte del jurado.

En relación al primer agravio, hizo alusión al art. 68, que establece la

deliberación de las instrucciones. Esa etapa -obligatoria-, apuntó, es de litigación entre las partes, respecto de las instrucciones, que serán resultado de la deliberación de las partes y de lo decidido por el juez. Concretamente, se realizó un planteamiento de incongruencia, la jueza resolvió después de un cuarto intermedio. La jueza anunció que había determinado las instrucciones; ese es el agravio, no se cumplió con el procedimiento porque no se deliberó, lo que llevó adelante la jueza fue una mera lectura de los títulos que iba a instruir al jurado; no solo no se litigó, sino que tampoco se dio a conocer el contenido que iba a ser comunicado al jurado, eso afecta los derechos de las partes y el derecho de defensa.

La gravedad también implica que tratándose de un jurado lego, sobre el derecho aplicable, lo que les da legitimidad al veredicto, recae en las instrucciones dadas por el juez técnico: ahí se verifica la calidad del proceso, y de allí la gravedad de lo apuntado: surgieron instrucciones erróneas, insuficientes y arbitrarias, con falta de objetividad por parte del juez técnico, que condiciona, parcializa y contamina al jurado. Esa defensa hizo mención a la no obligatoriedad de llegar a un veredicto unánime; leyó palabras textuales de las instrucciones, donde se habla de esforzarse racionalmente en llegar a la unanimidad, sin dar a conocer la alternativa del jurado estancado. Se remitió al fallo "CHRISTE", donde expresamente se hizo mención a esa cuestión. Lo mismo ocurrió en las instrucciones dadas a este jurado; en ningún momento se hace mención al jurado estancado y el procedimiento para esos casos. Eso es reiterado, al finalizar las instrucciones, la jueza menciona como requisito del veredicto, la unanimidad. Lo que se propagó fue una notoria falta de objetividad y parcialidad por el jurado, que condiciona lógicamente a personas legas.

En segundo lugar, afectó a Mildemberger, no se haya hecho alusión a

la declaración de imputado como acto material de defensa y no como una prueba. Fue Santini quien dijo que coordinó las acciones con los imputados, esperando a que llegue Mildenberger para ingresar. La declaración de Santini contamina el jurado lego, cualquier ciudadano que escucha esta cuestión, va a quedar contaminado en su conciencia; el juez técnico, no hace mención a que no se debe tener como prueba, sino que dice que la declaración de imputado puede o no decir la verdad, pero es insuficiente como instrucción. También los agravia, que en la lectura, se mencionó que se iba a instruir sobre lo que es y no prueba, pero las partes no pudieron conocer ni controlar el contenido de esas instrucciones que se le iban a brindar al respecto al jurado.

Por último, consideraron grave la omisión de explicaciones de la jueza técnica, que tiene la obligación -a diferencia de las partes- de informar, aún de oficio, sobre los posibles delitos menores incluidos; todas las alternativas que se le deben brindar a las personas legas. Esto resulta un agravio, por cuando (por decisión unilateral de la jueza) incorpora la participación primaria, dejando de lado, sin ningún fundamento, la participación secundaria, en un caso donde podía ser considerada. Omite instrucciones, y reduce las posibilidades respecto de delitos menores. Es una instrucción errónea e insuficiente.

VI- c) A su turno, el Dr. Kamlofky, indicó que precisaría sólo dos cuestiones sobre las instrucciones, para abocarse luego a la prueba. Así, señaló que las instrucciones se volcaron en un texto extenso, que confundió lo principal con cuestiones de cordialidad y agradecimiento; se arribó a ese texto inaudita parte -basado en un texto académico de Harfuch, toma como base ese modelo- no escuchó a las partes, y se las comunicó sin participación de las defensas. En el minuto 30 de la audiencia en cuestión,

expresamente solicitaron que se incluya la posibilidad del jurado estancado, que no se tuvo en cuenta.

A continuación, realizó precisiones sobre la prueba y concluyó que el jurado había llegado a ese veredicto de culpabilidad por un video tendenciosamente editado, por palabras del MPF concomitantes a la reproducción del video, y por lo manifestado por Santini al declarar como imputado, lo que no era prueba.

Bajo todas esas premisas, solicitaron la revocación de la sentencia y el dictado de la absolución de Mildemberger.

VI- d) A su turno, el Dr. Barbagelata indicó que ratificaría el recurso en todos sus términos, y se abocaría a uno de los agravios, sobre el principio acusatorio.

Así, apuntó a que, si bien en el momento de la elevación a juicio, el requerimiento de la fiscalía escogió un tipo penal que, -con el correr del juicio, y en atención a distintas situaciones- la Fiscalía, luego de todos los testimonios, consideró e imputó a Santini robo con arma de utilería no habida, 166 inc. 2 in fine. Como defensa, se preguntaron cómo se podía ver ese delito menor incluido, lo que plantearon desde la elevación. Quedó claro, a su criterio, que la forma en que empuñaba el arma, descartaba la posibilidad de disparo, y convencionalmente no andaba. En los videos también se ve que el arma que se halló fue un revólver, lo que empuñaba Santini era una pistola. Fue alegado cuando el fiscal distinguió las calificaciones, Santini tenía una participación con un elemento que no fue habido, Santini explicó que era de utilería, la descartó. La jueza técnica dio las instrucciones de una forma poco clara, imprecisa. Santini declaró: dijo que se sentía arrepentido, y no se tuvo en cuenta suficientemente ello como

atenuante, específicamente el haber participado del hecho con un arma de utilería, él sabía que ese arma era de utilería y sabía que la otra no andaba, sabía que no había riesgo de vida, nunca estuvo presente en la cabeza de Santini, eso revela el hecho posterior de declarar. Cuando se hace la lectura de instrucciones, no se pudo deliberar entre todos; si hubiesen tenido la oportunidad de debatirlo, no lo habrían hecho en las mejores condiciones, se acababa el tiempo de oxígeno mental, y estando hechas las instrucciones, así se informó.

En ese sentido, agregó que la agenda de los salones, no puede conspirar contra las decisiones justas, no se puede exponer a un jurado a un agotamiento extremo, para que se pronuncien sobre la libertad de las personas. Los excede, pero explica ese contexto, porque se violentó el principio acusatorio, se impidió que se lo juzgue por el delito menor, y fue mal condenado. Respecto de la falta de claridad y opción de los instructivos, la opción de que Santini pueda ser culpado de un hecho con arma de utilería o no habida, esa opción no estuvo, sólo estuvo como opción que los cuatro sean juzgados como utilizando arma no apta, no se puede subestimar al jurado, que sabía por lo dicho por el perito, que el otro arma era apta. Allí, entendió, se vulneró el derecho de defensa, no pudieron expresar que no estaba esa opción para Agustín. Otros jueces técnicos han dado 6 opciones, que es el máximo posible. Cuando se habla de los delitos menores incluidos, se les dice al jurado que valoren la prueba, y se les dice que aunque la prueba no los convenza, puede que haya prueba por otros hechos que sean delitos menores, y se explica eso de una manera muy rebuscada; se dijo que la fiscalía lo había acusado en la remisión a juicio, pero eso es provisorio; las instrucciones confunden, se les dice que el fiscal viene diciendo eso desde un primer momento, pero las defensas también siempre dijeron que había posibilidades de delitos menores, en todo momento, eso

no fue una sorpresa.

Puntualizó que solicitan que se analice eso: las instrucciones no fueron claras, no pudieron ingresar en la comprensión de personas legas, no tuvieron esos elementos, por confusión, al haberse perforado el principio acusatorio, desmadró la posibilidad de que el jurado juzgue correctamente: el hecho ocurrió, pero no así.

VI- e) Con la palabra el Dr. Cohen, indicó que ellos son abogados de la calle; que entienden que la sentencia es nula, ya quebranta algunos requisitos, como la congruencia y el tope; Santini fue acusado por el art. 166 último párrafo, pero fue condenado por el primer párrafo. Se reformó la acusación por el juez, incluso en la sentencia, cuando se hace referencia a la alocución final, pero se omite la elección de un tipo penal diferente en relación a Santini. Es decir, termina condenado por un delito que no le fue atribuido.

Señaló, respecto de los alegatos de apertura y clausura, que se le imputó el delito menor.

Reflexionó: qué pasaría en los casos en que la Fiscalía decide no acusar, con este criterio y lógica; estaría obligado a acusar porque lo hizo en la IPP; y citó el fallo "Sandoval", cuando al coimputado Cafú Martínez, se decidió no acusarlo; "Alvarez, Luciano"; "Alem", donde se condenó a Eloy Martínez y a Alvarez Luciano, "Fafor", la fiscalía eligió no acusarlo. Es correcto atribuir otro tipo penal luego del juicio, así debió ser instruido al jurado.

Solicitó la nulidad del fallo, y estimó que amerita la libertad, o en su caso, se revoque el fallo y se lo condene por el delito menor acusado por la fiscalía, con pena mínima de 3 años de aplicación condicional.

VI- f) A su turno, el Dr. Budasoff, manifestó que corresponde desmitificar la idea que durante el juicio se reprodujo un video tendencioso; en la audiencia de selección de evidencias, la jueza solicitó que acuerden una reducida cantidad de fotos y videos; la audiencia se prorrogó, desde el comienzo la fiscalía pidió que se pongan de acuerdo, siempre durante la IPP, pero especialmente en la antesala del juicio, toda la prueba estuvo a disposición de las partes; para obrar diligentemente, se envió el video, dos días antes del inicio del juicio: como se tenían muchas cámaras, lo que se decide es editar para mostrar qué estaba pasando simultáneamente en las distintas cámaras; no se afectó la temporalidad, se agregaron sí los horarios para que se entienda. Se remitió a las partes para ver si podían acordar; se recibieron mails oponiéndose a ese video, pero nunca propusieron otro video, teniéndolo a disposición.

Concluyó que no fue un veredicto al azar: el jurado llegó a él luego de ver toda la prueba.

Indicó que Cabrera fue condenado por lo que se ve en la prueba, y no logra explicar por qué él es el nexa entre los coimputados, y Mildenberger también entra en ese entramado de relaciones con los coimputados.

Agregó que el oficio al Casino Neo, fue firmado por la fiscalía, y puesto a disposición de la defensa.

Precisó que desde el comienzo, siempre se habló de los mismo términos sobre las dos armas; se acusan hechos, no calificaciones legales. La jueza tiene el deber de establecer cuál es la calificación más propicia, incluso las calificaciones menores, y cuando explicó las instrucciones fue clara, usó el modelo de instrucciones que es utilizado en todo el país, y dio las opciones del veredicto. Introdujo, sin pedido de las partes, la de

partícipe necesario por Mildenberger. Las explicó de manera sencilla, no presentan dificultades. Al jurado no se le puede ser tan técnico, son jueces de los hechos, no del derecho. Lo referido a que no se les dijo que podía quedar el jurado estanco, pero eso no es veredicto; están en desacuerdo con lo dicho en "Christe".

Finalmente, afirmó que la sentencia está suficientemente motivada, y el veredicto del jurado se apoya en la racionalidad de un hombre medio.

VI- g) Con la palabra nuevamente el Dr. Boris Cohen, precisó que en los minutos 30 a 33 está el alegato de clausura respecto de su defendido.

VII - Así reseñadas las posturas de las partes, analizaré en primer lugar la sentencia atacada, conforme la idea de la máxima revisión que debe hacerse en casación, de una sentencia que impone una pena luego de un veredicto de culpabilidad del jurado popular, en orden a la ley 10746 de Juicio por Jurados.

VII- a) Nuestra ley de Juicio por jurados señala al respecto: *ARTÍCULO 92º: "Sentencia.- La sentencia se ajustará a las reglas de la Ley Nº 9754 y sus modificatorias, con la siguiente modificación: en lugar de los fundamentos de la decisión sobre los hechos probados, la culpabilidad del imputado y la calificación legal, contendrá la parte pertinente de la solicitud de remisión a juicio sobre la acreditación del hecho y la autoría, la transcripción de las instrucciones dadas al jurado sobre las disposiciones legales aplicables al caso y el veredicto del jurado"*

La revisión debe hacerse respetando siempre una correcta comprensión del alcance del juicio por jurados, pero procurando la armonización de la normativa de enjuiciamiento vigente, con las garantías del debido proceso, y la progresividad de los DDHH; esta idea de

progresividad y de conquista indiscutible e indisponible respecto de lo ya consagrado en relación a las garantías de los individuos, replicará, por manda constitucional establecida, y será imperativa, en todo sistema de enjuiciamiento que en adelante se consagre, (aún en sistemas como éste, antiguos pero con formas positivas nuevas en nuestra provincia), y es claro, no desaparecen con la reforma del sistema de juzgamiento.

Respecto del juicio que determina la culpabilidad, intentando describirse la motivación del veredicto del jurado, se le ha dado **un especial protagonismo a la revisión.**

Y con relación a la posibilidad de revisión de la sentencia condenatoria del Juicio por Jurados, hay análisis que vinculan la posibilidad del amplio control casatorio, (consagrada en fallos como "Casal", y "Herrera Ulloa" de la CIDH) precisamente, como más compatible con el mecanismo de revisión de las sentencias recaídas en los Juicios por Jurados. En efecto, y más allá de compartir o no tal afirmación, la dimensión que se le da a la revisión en este tipo de juicios resulta descripto por sus entusiastas defensores de una manera tan enérgica, que se afirma :*"Por el contrario, los mecanismos de revisión de la sentencia previstos para los juicios por Jurados, satisfacen estos estándares.(Y, cita la cita) "Siempre que se contemplen las fundamentales instrucciones al jurado y se registre únicamente el juicio, las disposiciones de la doctrina legal de los fallos " Herrera Ulloa" y " Casal" basados en los arts. 8, inc. 2, CADH y 14 inc. 5, PIDCP, son aún así perfectamente aplicables a ambas modalidades de enjuiciamiento: al jurado y al juez profesional. (Harfuch 2013.359). En el juicio por jurados clásico no se cuenta con esa verdadera pieza de distracción que es, -en muchos casos- la fundamentación de la sentencia".* (Comentario de Fernando Carbajal a la Ley de Juicio por Jurados de Chaco).

Más allá del juicio que me merece el curioso comentario sobre la “distracción” que pudiera generar una serie de razonamientos concatenados que fundamente por qué una persona es culpable o inocente, me quedaré con la dimensión que, para los implementadores del Juicio por Jurados, tiene la revisión de la sentencia en este tipo de proceso.

En efecto, con el análisis y comentario de esa ley, que, con no muchas variantes, se replica de forma altamente similar en nuestra provincia (la mayoría del articulado es idéntico, salvo la forma de sorteo, la integración con pueblos originarios en algunos casos, y otras excepciones menores) el autor, citando la comprensión que los asesores del Inecip le dan al capítulo de la revisión -que es también casi idéntico al nuestro- señala que la estructura decisoria, conformada por las instrucciones y los hechos del caso, permite cumplir de manera real y eficiente los criterios jurisprudenciales señalados.

También, en el artículo siguiente, que lleva por número el 93, al igual que el nuestro, se indica: serán aplicables las reglas generales de la impugnación de las sentencias condenatorias, y se comenta al respecto que la remisión consagra los estándares de exigencia iguales que para las sentencias de los jueces profesionales y la aplicación pertinente de las normas procesales.

VII- b) Fernando Díaz Cantón en *“La motivación de la sentencia condenatoria y del veredicto del jurado y sus posibilidades de revisión”*, analiza las tesis de los profesores Herbel y Harfuch referidas a la motivación de la decisión en el juicio por jurados, y sus posibilidades de revisión, y dice, acertadamente, que lo hace en aras de coadyuvar a que rija entre nosotros el mejor sistema de enjuiciamiento penal posible, es decir, el más eficiente para la realización de la ley sustantiva, en pos del ideal de tutela

de los bienes jurídicos fundamentales de las personas y la comunidad, con el máximo respeto a las garantías individuales del debido proceso de las personas, que, siendo imputadas o posibles víctimas de delitos, deben, de algún modo, soportar o padecer el poder del Estado.

Como se realizan múltiples esfuerzos para compatibilizar el derecho a la revisión amplia, con la falta de exteriorización de fundamentación del fallo en el juicio que determina la culpabilidad, se pone el acento, obviamente, en otras instancias del juicio que determinarán la decisión del jurado, como la acusación, la teoría del caso de la defensa y la calidad de director del proceso del juez técnico, el alcance y la importancia de todo lo que le diga al Juez lego del jurado.

En el aporte de Díaz Cantón, se parte del concepto compartido de los tesisistas -uno de los cuales ha sido el consultor por excelencia en la implementación de la ley de Juicio por Jurados en Entre Ríos-, si la motivación debe ser exhaustiva, además de clara, completa, precisa, legítima, y lógica, se posibilitará una revisión acorde, que es un derecho del imputado de raigambre constitucional y reconocido también por las convenciones internacionales.

Sin prescindir el autor, de agudas reflexiones, como por ejemplo, la necesidad de que los jueces profesionales se preparen en epistemología jurídica o argumentación jurídica, en lugar de descartar la posibilidad de la legitimidad de sus decisiones *per se*, señala el aporte de Herbel, y el de Harfuch. Para éstos la hipótesis es que el veredicto del jurado es la más fundamentada de todas las decisiones judiciales, realizando una diferencia entre motivar por escrito y objetivar todo el proceso decisorio, y lo más importante será el control, no la motivación. Además, hace hincapié en el método acusatorio de fundamentación de las decisiones judiciales. Así,

según su parecer, la fundamentación en el caso de la condena del jurado popular, será la fundamentación del acusador, porque el veredicto remite a que esa acusación esté correctamente fundada, y por eso, el veredicto del jurado, que debe permanecer inmotivado es, igualmente, una decisión con fundamentos.

Y, señala el autor, que Harfuch, que nos importa en la medida que es uno de los implementadores de la ley que nos rige, indica que la exigencia de la motivación racional de la verdad de los hechos en el Jurado recaerá sobre la acusación, ya que debe demostrar, con pruebas, la verdad de los hechos sobre los que alega: en este ejercicio, que será íntegramente registrado en audio, video o taquigrafía, como eventual aporte para la revisión, estará la motivación.

Así, señala que este tesista afirma la superioridad del juicio por jurados sobre el profesional, en cuanto conviven, y lo cita: *“por más que no tengamos dudas acerca de la superioridad del juicio por jurados en todo sentido, si el acusado es sometido al juicio profesional, sus jueces están obligados a motivar su decisión, sea por escrito o de manera oral. Como descubrió Mittermaier hace siglo y medio, es el único modo que tienen los jueces regulares para compensar las garantías políticas superiores que ofrece el juicio por jurados”* (todo en DÍAZ CANTÓN, F, *“La motivación de la sentencia condenatoria y del veredicto del jurado y sus posibilidades de revisión”*, en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Abeledo Perrot, Bs As, 7/2018, pp. 1332-1341).

Esta idea parece compatibilizarse con el fundamento que da el Magistrado Rosatti en “CANALES” (02/05/2019 - CSJN), en el considerando Nº 12, donde expresa: *“Ciertamente, la exigencia de motivación de la sentencia de los jueces profesionales fue concebida originalmente como un*

modo de compensar la debilidad institucional y la falta de garantías políticas de estos magistrados respecto de los jurados populares. Así, la fundamentación explícita encuentra su razón de ser en la obligación de los jueces profesionales, como "representantes no electivos" del pueblo en el ejercicio de un poder del Estado, de rendir cuentas de sus decisiones. Es distinto cuando el mismo pueblo, representado por algunos de sus miembros, ejerce en forma directa la potestad de juzgar, siempre que estén garantizados el derecho a la defensa del acusado y el debido proceso legal por parte de un juez profesional. Esta diferencia fue explicada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando sostuvo que: "...la motivación de las decisiones adoptadas por los órganos encargados de impartir justicia no es sólo relevante para el inculpado del delito, sino que permite también el control ciudadano de los actos de gobierno, en este caso de la administración de la justicia y los expone a su escrutinio. En el caso de los jurados, dicha vertiente se entiende cubierta en razón de la participación directa de la ciudadanía". (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua", sentencia del 8 de marzo de 2018, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párrafo 257).

En "*Motivación y recurso en el veredicto del jurado de la Provincia de Entre Ríos*", Gustavo Herbel y Juan Cabanillas señalan que la ley Nº 10746 tomó nota de la cuestión de la interpelación del juicio por jurados por las garantías constitucionales del derecho a ser oído -entendido como presupuesto de conocer las razones de su condena y del derecho al doble conforme mediante un recurso amplio en su contra- y matizó la decisión de que el veredicto sea inmotivado, definiendo cuáles serán las instrucciones al jurado, la solicitud de remisión a juicio, y el registro íntegro y obligatorio en audio y video, las que conformarán base suficiente para el control amplio de

casación. (en HERBEL, G, y CABANILLAS, J, “*Motivación y recurso en el veredicto del jurado de la Provincia de Entre Ríos*”, en *Juicio por Jurados*, Abogar, Gualeguaychú, 2020, pp. 383-417).

Tal como esta Casación lo expresara en “CAMINOS” (sent. 19/10/2022): más allá de que no me considero en condiciones de afirmar, a partir del análisis de un sistema de enjuiciamiento, qué ciudadanos tienen más legitimidad que otros para juzgar y, menos aún, derivar esos análisis de una teoría del poder del Estado -o quiénes son más “iguales”- como surgiría de algunas apreciaciones de los tesisistas analizados por el jurista citado, lo cierto es que la armonización en nuestro sistema de la ley vigente y de las garantías aludidas se impone. Es preciso, por ello, proponer una implementación al respecto, a partir de las mismas dificultades que advierten los directos involucrados, como en el presente, ante esta casación revisora.

Y también, más allá de las posibles protestas (como la de Díaz Cantón en el artículo doctrinal citado, en el que se pregunta sobre por qué, justo esa decisión tan grave, la más grave del Estado en un sistema republicano garantizado por la transparencia, el derecho a la información deba quedar en absoluto secreto, y se le impida al imputado ejercer su derecho de defensa), la praxis judicial debe ir conjugando las exigencias constitucionales y la ley vigente.

VIII- a) Sentado el modo y alcance de la revisión en esta instancia, entiendo que debo comenzar y poner especial atención, en el análisis del texto de las disposiciones de la ley 10746 y sus expresas menciones.

Así, como se señala en el punto **VII**, la revisión tiene que atender a los mismos estándares de exigencias que los establecidos para las

sentencias condenatorias de los jueces profesionales, y al cumplimiento de las normas procesales y el respeto del debido proceso, (como señalo más arriba); en el caso, debe llamarse la atención, iniciando el análisis de la sentencia, respecto de lo que se ha dado en llamar "normas prohibitivas", en los análisis que se hacen de las leyes que implementan el Juicio por Jurados.

Vemos que el art. 62 de nuestra ley de Juicio por Jurados señala "Reglas complementarias". Condenas anteriores y expediente. Prohibición. **"Por ningún concepto, el juez penal y/o los integrantes del Jurado, podrán conocer los antecedentes penales, ni condenas anteriores del acusado o las constancias del legajo de investigación penal preparatoria. Incurrir en falta grave quien se ponga en conocimiento de ellos, en cualquier forma".**

En el comentario respecto de la misma disposición de la ley de Juicio por Jurados de Chaco, que se citara supra, se señala que nuestro sistema de juzgamiento penal nunca utilizó el mecanismo de las "reglas de evidencia", pudiendo cada juez manejar su propio criterio sobre cuándo admitir una prueba y cómo valorarla, carencia que empieza a revertirse, dicen, *"con estos artículos que tienen por objeto asegurar un mínimo de estas reglas de evidencias, fundamentalmente mediante normas prohibitivas. Se crean mecanismos para asegurar la imparcialidad del Jurado y evitar que este pueda ser contaminado en su proceso de convicción por información de mala calidad, que no esté debidamente validada por la contracción, o, como sucede en el caso de los antecedentes penales, "pueda influenciar de manera indebida en el proceso de convicción sobre el caso".*

Esta norma protege al jurado de dos riesgos de "contaminación",

siendo uno de naturaleza subjetiva y el otro objetiva. El jurado es juez de los hechos y se pretende que el mismo forme su convicción sobre la base exclusiva de la evidencia existente, que demuestre la participación que le correspondió al acusado en el hecho concreto que está siendo sometido a juzgamiento. Toda otra información sobre la persona del acusado resulta innecesaria, y sólo puede servir para animar un prejuicio contra el imputado. Por ello se prohíbe hacer conocer al jurado sus antecedentes penales y condenas anteriores, pues podría influir negativamente y generar un prejuicio en el jurado, que disminuya los estándares de exigencia de prueba para el caso concreto”.

Y, se señala: “además esto refrenda el carácter del Jurado como juez de “los hechos” y no hay dudas que conocer los antecedentes del acusado nada aporta respecto a esta labor pues “El jurado deberá afirmar o negar la inocencia o culpabilidad del acusado por ese acontecimiento histórico con base exclusiva en la prueba de los hechos producida por las partes en el juicio público”, aunque debe destacarse que “los antecedentes del imputado serán utilizados exclusivamente en el juicio de cesura posterior, en caso de veredicto de culpabilidad” (Harfuch 2013:264).

“La ley castiga como falta grave quien incumpla estas prohibiciones, señala el comentarista, pero además la violación podrá generar un juicio nulo, por lo cual el juez deberá ser sumamente estricto en el control de esta cuestión, sobre todo en las etapas iniciales de implementación del nuevo sistema, para impedir que, - por impericia o malicia de los litigantes- se incorpore al juicio esta información prohibida, con riesgo cierto de causar un juicio nulo”.

VIII- b) En “*Etapa preparatoria y la admisibilidad de la prueba en el juicio por Jurados y en sistemas acusatorios*” (Ledesma, A. (dir), *El debido*

proceso penal, T. V, Hammurabi, Bs. As, 2017. p. 124 y ss.), Cristian Penna y Alejandro Cascio analizan el tema de esta prueba irrelevante para la determinación de los hechos, como indebidamente perjudicial, esto es, inadmisibles para la decisión del veredicto, pero al mismo tiempo legítimas para el debate sobre la medida del reproche y la consiguiente determinación de la pena en caso de una eventual pena ante un veredicto de culpabilidad. Así, señalan *”Como el diseño ordenado del jurado clásico contempla la realización del juicio en dos etapas separadas (el juicio sobre los hechos ante el jurado, y la cesura ante el juez técnico) es posible que estas últimas puedan ser oportunamente utilizadas sin que el juicio del Jurado se vea ilegítimamente contaminado. Un claro ejemplo de este tipo de pruebas serían las tendencias a acreditar los antecedentes penales del acusado. En general, la información sobre los antecedentes penales no es relevante para la determinación de los hechos del caso, y, en cambio, tiene una notable capacidad de generación de prejuicios; ergo, el prejuicio indebido que provoca esa prueba es sustancialmente superior a su peso probatorio, y por lo tanto, la prueba sería indebidamente perjudicial e inadmisibile para el juicio sobre los hechos”*, indicando en la nota que algunos ordenamientos procesales modernos comienzan a implementar esta prohibición en forma expresa, como la Ley de Juicio por jurados de Chaco, prohibición que se replica, como vemos, en nuestra Ley de Juicio por Jurados de Entre Ríos, en el art. 62.

Si bien a propósito de indicar consejos a las partes sobre los modos de litigar, también relacionado al punto, encontramos que se señala en *“El jurado popular como juzgador de los hechos”* en *“Los caminos de la prueba”*, (Editores del Sur, Bs. As, 2021, p. 200 y ss.) texto según Leticia Lorenzo y Mauro Lopardo, que el tema de los llamados “ingresos indebidos”, es un tema que preocupa a quienes se dedican a coadyuvar el éxito del

sistema de enjuiciamiento de Jurados, en punto a su legitimidad; y conforme a ello, se desagregan técnicas para formular las objeciones por las partes, invitándoles a "utilizar la herramienta de la objeción", de modo que sea relevante para indicarla a tiempo y evitar los ingresos perjudiciales (en orden, mediato, agrego, de evitar también la nulidad del proceso): ya que si bien se podría pedirle al jurado que no considere la prueba indebida, nunca se tendrá la certeza de si pesó o no esa información a la hora del veredicto. El juez o jueza técnica, dicen los autores, tendrá una labor directamente vinculada a ello, si las partes están más atentas a impedir la introducción de información no permitida, relacionada con la precisión sobre estas cuestiones. Es obvio que, se supone que esos consejos de litigación, son para las partes, y que se supone que la información no permitida no deberá introducirla jamás el propio juez profesional que dirige el proceso.

Sin embargo, advierto que en las presentes, según surge del acta de debate de la audiencia celebrada el 4/11/2022, que, luego de hacerse comparecer al jurado, una vez resueltas las cuestiones preliminares, luego de tomarles promesa de examinar y juzgar con imparcialidad y máxima atención la causa, etc. (según la fórmula sacramental) y de declarar abierto el debate, se procede al interrogatorio de identificación de los imputados. Y allí, según consta en el acta de debate, se les pregunta por los antecedentes, y los vicios que tuvieran, dejándose constancia de la condena condicional que tiene Gustavo Adrián Cabrera, y de su vicio de adicción al juego, y que los demás imputados no tienen antecedentes.

VIII- c) Examinado el soporte audiovisual (**dvd 1 de 3 del día 04/11/2022**), se escucha que la vocal de juicio, dirigiéndose a Santini, luego de interrogarlo sobre sus datos personales (nombre completo, edad, fecha de nacimiento, hijos, ocupación, domicilio, nombre de sus padres), al

min **01:52:00**, le dijo: *“ahora le tengo que preguntar respecto de sus antecedentes personales, si ha tenido ya algún otro problema con la justicia; si ha sido condenado, si registra... cumplió pena”*, a lo que **Santini** responde: *“sí, he tenido acusaciones así, pero nunca me han acusado por algún delito o algo”*; agregó la **Vocal**: *“pero no cumplió pena? no ha sido condenado?”*; contestó **Santini**: *“no, no, no”*. Continuó con **Mildenberger**, y luego de preguntarle sobre sus datos y condiciones personales, en el min. **01:55:50**, la jueza le dijo: *“le pregunto lo mismo que a Santini, respecto de adicciones”*, a lo que el imputado respondió: *“no presento ninguna adicción respecto de cigarrillo, ni alcohol, ni drogas”*. Y, en seguida, la **Vocal**, preguntó: *“y respecto de los antecedentes personales?”*; *“ningún antecedente personal”*, contestó **Mildenberger**. Dirigiéndose, al imputado Cabrera, lo interrogó igualmente sobre sus datos identificatorios, y en el minuto **01:57:55** la **Vocal** consultó: *“y respecto de sus antecedentes personales?”*, a lo que **Cabrera** respondió: *“antecedentes personales tengo uno, que es una causa que ya fue cerrada, en su momento cuando trabajaba de policía”*, a lo que la **Vocal** pidió precisiones en los siguientes términos: *fue condenado?*; *“fui condenado”* respondió **Cabrera**, a lo que la **Vocal** interrogó: *“me puede decir a qué pena y cuántos años?”*; **Cabrera** respondió: *“dos años condicional; y horas comunitarias”*. Finalizó el interrogatorio identificatorio con el imputado Cejas, y en min. **02:00:00** la vocal le preguntó: *“respecto de antecedentes?”*; a lo que **Cejas** respondió: *“no, no tengo”*.

Así, y conforme todo lo dicho, se advierte que desde el inicio del presente juicio nos encontramos ante un ingreso de información indebida, habiéndose quebrantado la norma prohibitiva establecida en el art. 62 de la ley de Juicio por Jurados de Entre Ríos.

El alcance e impacto que esa información ha tenido sobre el Jurado a la hora de decidir su veredicto es algo que no podremos nunca determinar, porque, justamente, no hallaremos fundamentos de la decisión que nos permitan extraerla, ya que no se dice y no se motiva; pero, quizás, por ello, precisamente, conforme lo que los autores más arriba indicados explican, es esa la razón, por la que la nueva ley de Enjuiciamiento antepone normas estrictas sobre prohibiciones de ingreso de esa información (a modo de las antiguas nulidades absolutas), y por ello conmina con falta grave a la parte que la facilite; y sin necesidad de expedirse sobre el avance o retroceso que esa inteligencia trae como consecuencia, en un modelo de juzgamiento (a la hora de valorar las bondades, en especial, la celeridad) lo cierto es que la ley ha establecido de modo determinante esa prohibición.

El jurado pasó así, en el caso, a presenciar la prueba, a escuchar los alegatos de las partes, y a deliberar, conociendo desde el inicio del juicio, los antecedentes penales de los imputados y los vicios que tenían, lo que la ley quiere evitar enfáticamente, al punto que prevé la sanción de falta grave para quien les acerque esa información. Esto basta, lamentablemente, ya, para anular el juicio de modo completo.

IX- Por otro lado, considerando la mayoría de los agravios de las partes, y en especial lo sucedido con el imputado Santini, debe analizarse el tema de las *instrucciones* que se dan al jurado, conforme el alcance amplio de la revisión en esta instancia, y conforme las consideraciones apuntadas.

IX- a) Las instrucciones al jurado las da el juez, según las disposiciones de los arts. 68 a 71, de la Ley 10746; previa audiencia con los abogados, para que presenten sus propuestas para la elaboración de las instrucciones y sus propuestas de veredicto. Tras escuchar a las partes, y las objeciones que pudieran formular, decidirá en forma definitiva cuáles

serán las instrucciones a impartir a los jurados; luego hará ingresar el jurado a la Sala de juicio, para impartir las instrucciones, y verbalmente, les explicará las normas que rigen la deliberación, les entregará una copia por escrito de las instrucciones, y les informará de su deber de intentar producir un veredicto unánime en sesión secreta y continua. Les explicará en qué consiste el principio de inocencia, y además, que para declarar culpable a una persona se debe probar la existencia del hecho y su autoría, más allá de toda duda razonable. Les hará saber que la acusación es la que tiene la carga de demostrar la culpabilidad del acusado, les explicará el alcance constitucional de la negativa a declarar del acusado, y que solamente podrán considerar la prueba producida en el juicio.

Asimismo, les explicará al jurado el derecho sustantivo aplicable al caso, el delito principal y los delitos menores incluidos en él; las causas de justificación y análogas, si fueron objeto de debate, y las cuestiones atinentes a la valoración de la prueba, utilizando un lenguaje claro y sencillo.

No puede efectuar en las instrucciones, bajo pena de nulidad, un resumen del caso, ni valoraciones o alegaciones sobre los hechos, las pruebas o la credibilidad de las declaraciones recibidas durante el juicio. Tiene prohibido plantear, conjuntamente con las partes, interrogatorios al jurado para deliberar con ellos, o responder los interrogatorios, estando prohibidos los veredictos especiales.

En cuanto a en qué consisten esas instrucciones, se dice que para que los jurados puedan cumplir con su obligación de deliberar, y rendir un veredicto, dado su falta de formación jurídica específica, necesitan de los aportes del juez técnico sobre el derecho aplicable. También, que juez técnico y jurado interactúan en un flujo de colaboración, que no es

unilateral sino mutuo, y que esa colaboración tiene consecuencias fundamentales en lo que hace a la calidad del proceso; y que gracias al mecanismo de las instrucciones que reciben de un experto en la materia, el jurado, que es lego en cuestiones *técnicas*, puede aplicar la ley a los hechos probados en el caso concreto.

Y que esas instrucciones son todas las explicaciones y aclaraciones que el juez debe impartir a los jurados para que puedan desarrollar su tarea correctamente. En este sentido, Cristian Penna (en "*Las instrucciones del juez al jurado*", disponible en <https://inecip.org/wp-content/uploads/2019/11/Las-instrucciones-del-juez-al-jurado-Penna.pdf>), precisa: "*Más en concreto, constituyen una completa guía sobre la ley sustantiva aplicable, los principios procesales que deben respetarse, las reglas de valoración de la prueba, el rol del jurado, las reglas que rigen la deliberación y los requisitos necesarios para que pueda arribar a un veredicto, aunque suelen brindarse instrucciones sobre muchas otras circunstancias, dependiendo del devenir de cada juicio*". Y se aclara que, si bien cuando se habla genéricamente de instrucciones, se hace referencia a las instrucciones finales, estas no son las únicas, pues en rigor debemos abarcar en el concepto a todas las explicaciones y aclaraciones que el juez imparte a los jurados desde el inicio del juicio y durante su transcurso. En líneas generales, continúa, el autor, esas instrucciones deben respetar los siguientes ejes: 1) instrucciones sobre la función del jurado; 2) instrucciones para delimitar qué es prueba y qué no es prueba, 3) instrucciones sobre los derechos y garantías constitucionales que estructuran el derecho penal; 4) instrucciones sobre el modo en que se valora la prueba; 5) instrucción admonitoria sobre la soberanía e independencia del jurado para decidir el veredicto; 6) instrucciones sobre las reglas para la deliberación, y 7) instrucciones sobre el derecho

sustantivo aplicable.

En el punto que nos importa especialmente, entre las explicaciones de los derechos y garantías constitucionales de los que gozan los imputados, está la carga de probar los hechos imputados en cabeza exclusiva de la acusación, y respecto del derecho sustantivo aplicable, el juez debe explicar cuáles son y en qué consisten los elementos constitutivos del delito principal imputado y de las defensas alegadas, y cuando corresponda, cuáles son los delitos menores incluidos en la acusación, y cuáles son los elementos constitutivos de cada uno.

El catálogo de opciones del veredicto a incluir dependerá de las "teorías del caso" planteadas por las partes, quienes tienen la facultad de requerir al juez la inclusión de opciones de veredictos concretos -principales e intermedias- y de sugerir cómo cada una de ellas debería ser explicada. La responsabilidad final es del juez, ya que es el garante de que el jurado conozca y comprenda cuáles son todas y cada una de las opciones jurídicas disponibles para el caso concreto.

Quien interpreta el "derecho" es el juez al elaborar las instrucciones, y el jurado necesita de esa interpretación para poder llevar a cabo esa determinación; y si bien define el catálogo -que incluya delitos menores incluidos, a pesar de las opciones máximas planteadas por las partes, en su caso- las partes tienen la facultad de sugerir la inclusión de opciones intermedias determinadas.

Penna señala que con la solución de Juicio por Jurados se deja de lado -lo que encuentra discutible-, la acusación alternativa y la defensa alternativa: ahora el litigante podrá dedicarse a defender una única hipótesis en sus alegatos, su hipótesis máxima, para en todo caso pedirle al

juez que instruya al jurado por los delitos menores incluidos que sean todos pertinentes (en los ejemplos que da el autor, incluye el robo calificado por arma cuya aptitud para el disparo no pudiere tenerse de ningún modo acreditada como delito menor de la calificante "robo con arma de fuego", indicando que luego de una acusación de este tenor, la defensa podría pedirle al juez cuando "litiga" las instrucciones que incluya la variante). Si bien critica la solución porque entiende que la segunda opción está incluida en el delito de robo con arma de fuego, señala que si la instrucción no se da, el Jurado se encuentra con la opción de incluir "robo con arma de fuego", o la nada. Estima que el juez debe informar el "delito menor incluido" aunque se opongan las partes, por la tensión entre el principio acusatorio y el *iura novit curia*.

Respecto del modo, señala que las instrucciones serán el producto del litigio entre las partes y la decisión del juez, etapa que el litigante deberá afrontar estratégicamente; que deberán ser dadas en lenguaje claro, suministrar un "derecho interpretado" en forma clara, y tiene la obligación de leer las instrucciones al jurado textualmente, tal como fueron debatidas y decididas en presencia de las partes, lo que es muy importante, pues cualquier apartamiento de lo debatido y decidido se estaría brindando al jurado información que no pudo ser controlada, lo que podría dar lugar a fundadas protestas recursivas y eventualmente, a la anulación del juicio.

Respecto de la forma de "litigar las instrucciones" en encuentros -y según el art. 68 de nuestra ley- con la posibilidad de ser anticipadas antes del juicio por las partes, Penna refiere que serían una suerte de reuniones informales, puliendo las mismas, detectando dónde hay controversia y dónde no, de modo que, al llegar a la audiencia formal, las controversias podrán haber sido dirimidas, lo que resulta importante porque les da a las

partes una mayor seguridad sobre cómo será interpretado y explicado el derecho en el caso concreto, siendo en la audiencia formal donde las partes tendrán la última posibilidad de exponer.

Al respecto, señala que ante las múltiples interpretaciones posibles en nuestro derecho, cuando la viabilidad de la teoría del caso del litigante dependa del tipo de interpretación del derecho sustantivo efectuada por el juez, el litigante tiene derecho a requerir al juez, como planteo preliminar, qué tipo de interpretación se adoptará al respecto, para poder determinar - con tiempo suficiente- si podría continuar con el caso planteado, señalando que no sería muy difícil pensar casos en los que el tipo de interpretación podría echar por tierra la viabilidad de un caso, como la interpretación del concepto "arma" como comprensivo o no de la construcción de "arma impropia" para agravar un robo.

Finalmente, señala que las instrucciones del juez al jurado son la etapa exclusiva para la litigación del derecho aplicable, e implica el debate sobre el modo en que el derecho debe ser interpretado.

En la ley de Juicio por Jurados comentada del Chaco (comentario al que hicieramos alusión más arriba), que contiene un artículo exactamente igual a nuestra ley, se señala que, en este caso, sólo participan abogados, por el carácter "técnico" de las instrucciones, y que, conforme los criterios más modernos de la Corte, y en cuyo sentido unívoco parece dirigirse el alto tribunal, los jueces no pueden apartarse de las calificaciones legales propuestas por las partes, por lo que la redacción que proponga el juez deberá fundarse en las posiciones que las partes puedan haber aportado, y sobre las cuales haya litigado el caso.

Todo lo resuelto en esta audiencia será una parte integrativa de la

sentencia, se dice allí; estas instrucciones reemplazan los considerandos de las sentencias a los fines de la revisión de la misma, también se afirma.

Es tanto el alcance dado a las instrucciones, que el mismo consultor citado, Harfuch, en *"Inmotivación, secreto y recurso amplio en el juicio por jurado clásico"* (disponible en http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf130006-harfuch-inmotivacion_secreto_recurso_amplio.htm), señala que por la importancia de las instrucciones del juez profesional, y al ser tarea del juez explicarle al jurado el estándar de la duda razonable, cómo se valora la prueba, y demás cuestiones, se desprende la "perfecta" posibilidad de compatibilidad de sistema de enjuiciamiento por jurado clásico, y lo dispuesto en los pactos internacionales, siempre y cuando se respete "la fundamental institución de las instrucciones del juez al jurado" (p. 132) señalando con énfasis, así, el rol crucial que juegan como fundamentación del veredicto.

IX- b) Ahora bien, tanto de la correlación de los alegatos finales en las presentes, como de la audiencia de litigación de las instrucciones de las partes, (que se puede ver en el soporte audiovisual del 9/11/22), como de las instrucciones finales brindadas por la Jueza profesional al jurado en las presentes, vertidas luego de la discusión dada con las partes, se pueden advertir varios problemas que contrarían los principios del juicio acusatorio y las normas vigentes de procedimiento, y generan una verdadera complicación para poder pensar en la subsistencia del juicio, en especial, acorde a todos los desarrollos que he analizado sobre el rol central y dirimente de las instrucciones que se dan al jurado lego.

Recordemos que el Juicio por Jurados continúa desarrollándose, en un marco adversarial y conforme las normas del CPPER, y que no se han derogado las normas que lo rigen; por el contrario, el art. 58, señala: "El

juicio y la prueba. El debate se desarrollará de manera íntegra de acuerdo a las normas del Código Procesal Penal, y a las que especialmente prevé esta Ley...”.

IX- c) En oportunidad de los alegatos de clausura del juicio, la fiscalía -según surge del soporte audiovisual del día 9/11/2022- expresa, ante el jurado, luego de meritar la prueba y señalar la declaración de Santini: *“Nosotros entendemos que estas cuatro personas son quienes cometieron el robo. Y al minuto 31:34, el fiscal comienza a decir, “Nosotros le vamos a pedir que declaren culpable a Cabrera, Cejas y Mildenberger por el delito de Robo agravado por el uso de arma de fuego. A Santini les vamos a pedir que lo declaren culpable por robo con un arma no habida o no apta, no probada la aptitud para el disparo, también se lo vamos a explicar después, por qué: ustedes vieron en las filmaciones que ambos entraron con armas, que el arma apta que se peritó es el que usa Cejas, no la que usa Santini, Santini dijo que era una réplica, no lo podemos probar, pero tampoco nunca tuvimos el arma, y como no lo podemos probar, les vamos a pedir que lo declaren culpable de un delito menor”.*

La defensa de Santini, a cargo del Dr. José Francisco Barbagelata Xavier, que habló en último lugar de ese día, expresó en su alegato de clausura, que, como señaló desde el comienzo, ellos no negarían que Agustín Santini había participado, pero desde el inicio dijeron que iban a demostrar, a través los días y con la declaración de la perito, que el arma secuestrada, era un arma que él la probó gatillando, (que es como funciona convencionalmente) y que no funcionaba; la perito explicó que tenía otra manera de ser accionada, lo que Santini desconocía. Santini dijo que entra con un arma de utilería, que es una réplica. Explicó que en el caso de robo por uso de arma, la utilizada podría ser un arma de juguete o de utilería;

las primeras tienen un peso, o una textura -de plástico- y no se logra lo que se quiere, que es intimidar, lo que sí con la de utilería, porque es un arma que a simple vista parece real, pero que no puede producir un daño. En este tipo de hechos, tenemos la situación, que en el robo calificado por el uso de arma de fuego, el legislador tiende a proteger dos bienes jurídicos, la propiedad y la vida; pero cuando el arma es de utilería, o no es apta para el disparo, la vida no está en peligro; solamente el ardid, la astucia, o la intimidación que imparte el autor, pero no corre peligro la vida, de lo que era consciente el autor. El arma no era apta para dañar; la pena se eleva cuando es apta; el arma de Agustín no se encontró -el se deshizo de ella- y era de utilería y la otra arma que se encontró, él la probó y no andaba, la probó gatillando. Agustín no quería dañar; lo que es distinto cuando se usa un arma que puede dañar, y por eso la pena cuando se hace un uso de arma de fuego apta, se eleva; Agustín cometió lo que se llama "delito menor incluido". En el minuto 40:54, la fiscalía lo interrumpe, pide la palabra, señalando que entendía lo que estaba tratando de verter la defensa, pero solicitaba que eso lo dejara para las instrucciones "pero eso que lo deje para el hecho", y la jueza le hace lugar, señalando que el art. 67 y 68 de la ley 10746 dice que las instrucciones las da ella, que es la jueza del derecho, que se circunscriba a su tesis. El defensor, entonces, solicita disculpas, y señala que Agustín entró con un arma de utilería, y que el hecho por el cual se lo declare culpable, sea un hecho menor. Agustín es culpable, pero con el uso de arma de utilería. Esa sería la pena justa por el hecho por el cual participó.

Luego las partes celebran, sin la presencia del jurado, la audiencia en la que deliberarían las instrucciones.

Allí, se advierte, según el soporte audiovisual, (el día 9 de noviembre

de 2022 luego de que se declarara cerrado el debate) que al momento de exponer sobre la ley aplicable al caso (min. 07:00) el fiscal indicó que *“la fiscalía ha acusado a los imputados Gustavo Adrián Cabrera, Hector Emanuel Cejas y Alfonso Martín Mildenberger como coautores del delito de Robo con Arma de fuego, y al acusado Eric Agustín Santini, autor de Robo con Arma de fuego no habida, o de utilería”*.

Luego de proponer, la fiscalía, la explicación acerca de los términos jurídicos de las figuras de las acusaciones, en el minuto 16:00, precisó las opciones que propiciaba proponer al jurado: *“que la fiscalía probó más allá de duda razonable que los acusados Hector Emanuel Cejas, Alfonso Martín Mildenberger y Cabrera (...) como coautores del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego, y a Eric Agustín Santini como coautor del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego no habida, como **OPCIÓN I**”*

En el minuto 19:40 la fiscal reiteró que aquella sería la opción I de la fiscalía, *“sin dar una opción distinta”*; al abocarse a los conceptos, precisó que: *“en este juicio se está juzgando a los cuatro acusados de ser coautores del delito de Robo, tres de ellos con arma de fuego, y uno con arma de utilería, o no habida”*.

En el min 21:21 indicó la representante del MPF, que *“Si por el contrario, consideran que la fiscalía no probó más allá de toda duda razonable que algún acusado no realizó el hecho, deberán declararlo **NO CULPABLE**”*

Con la palabra la defensa de Cejas, manifestó *“estas instrucciones que le se pretende dar al jurado, esta parte no las puede consentir porque, según expresa la fiscalía, las cuatro personas serían coautoras, en cuyo caso, no podría darse, que en un mismo hecho, una misma empresa delictiva, en donde, reitero, todos son presentados como coautores, uno*

fuera condenado por un delito mayor, como es el uso de arma de fuego apta y el restante pudiera ser, en ese contexto, condenado por el delito menor incluido que sería un arma, como dice el código, si se comitiere el robo con un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada, o con un arma de utilería, que tiene una pena de 3 a 10 años de prisión; esto, a más de generar una violación al principio de congruencia, nos coloca en una situación de que en un mismo hecho y una misma empresa delictiva se pudiera dividir, como si fueran empresas diferentes las actividades de las mismas personas que la fiscalía ha acusado como coautores”

Prosiguió indicando que la figura por la cual se acusa a Santini sería el límite con el que se puede instruir a los jurados que se pueda condenar; *“la fiscalía, al haber tomado ese camino, ha generado esta situación de un tope por encima del cual no podrían ser condenados los restantes acusados en este juicio”* (min. 24:20), y que las instrucciones serían: la culpabilidad por el delito de Robo con arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada, o con un arma de utilería; o la no culpabilidad. Esas serían las dos opciones propuestas por la defensa. Reiteró, en el min. 26:26 que *“la fiscalía puso un techo a lo que puede obtener del jurado en este momento para todos los acusados”*.

Con la palabra el Dr. Gerard (a partir del min. 27:30), indicó que no haría reiteraciones innecesarias, que hace suyos los argumentos del colega que expuso anteriormente, y planteó su disconformidad con la forma en que la fiscalía pretende introducir las opciones al jurado, marcando igualmente, una violación al principio de congruencia. Señaló una distinción caprichosa y no entendible; y finalmente, solicitó las mismas opciones al jurado que la defensa que lo antecedió en la palabra.

A su turno, el Dr. Kamlofky (a partir del min. 29:40) manifestó que

adhería a la postura de Gerard y Muzzachiodi, respecto de las instrucciones a dar al jurado. Además solicitó que al momento de impartir las instrucciones se tengan en cuenta ciertos principios: carga probatoria, principio de inocencia, duda razonable, unanimidad -que no es una obligación del jurado llegar a la misma-, jurado estancado, que es una posibilidad, y no un impedimento; el valor de cada voto y la individualidad a la hora de votar; y el valor probatorio de los hechos.

Con la palabra el Dr. Barbagelata (min 31.30) indicó que iba a adherir a las estipulaciones probatorias formuladas por el MPF.

En el minuto 31:45, solicita la palabra la fiscalía (Dra. Saint Paul) para realizar algunas aclaraciones. Indicó que desde el primer momento de la remisión de la causa a juicio, y en los alegatos mantuvo exactamente la misma plataforma fáctica, la que no ha sido inalterada: desde el primer momento la fiscalía mencionó que Santini empuñaba un arma de fuego, posiblemente réplica; que hubo un pedido fiscal diferenciado con la calificación más benigna para Santini ya que, como surge de la prueba, el mismo empuñaba un arma de fuego que no ha sido habida. Agregó que estimaban que hay dos carriles distintos: el de los hechos y el de la calificación legal, y reiteró la acusación.

Con la palabra el Dr. Budasoff, manifestó que hay precedentes y que en el caso, hay diferentes elementos típicos verificados, y agregó que no hay afectación de la congruencia fáctica, y tampoco hay sorpresividad que afecte el derecho de defensa.

En el minuto 35:50 solicitó la palabra el Dr. Muzzachiodi, e indicó que creía que la fiscalía cometía un error sustancial, que la empresa delictiva no es divisible, no es un problema de calificación jurídica; Cejas y Santini habrían cumplido la misma empresa delictiva, sin lugar a dudas, hay afectación del factum; hay sorpresa, y calificó como *conducta errática* y

arbitraria el proceder de la fiscalía, y que la única forma de salvar esa situación en la que la fiscalía los había colocado, sería entender que el techo sería lo que establece la parte final del art. 166, inc. 2do. Finalmente, dejó planteada la cuestión federal.

Tomó nuevamente la palabra (minuto 41:20) el Dr. Gerard, y reiteró algunos argumentos, agregó que es imposible de sostener que los acusados tengan delitos distintos, cuestión que esa defensa tomó conocimiento recién en los alegatos de clausura, y dejó, igualmente, planteada la cuestión federal.

Finalmente, tomó la palabra el Dr. Kamlofky, quien adhirió a las posturas de las restantes defensas, reiteró argumentos, e hizo reserva de la cuestión federal.

Se reanudó la audiencia, luego de un cuarto intermedio, (parte 3 DVD de fecha 09/11/2023), y con la palabra la jueza técnica refirió que *“sorprende negativamente (...) sobremanera lo que ha ocurrido, me parece inaudito, me parece inentendible, confuso, cosas como éstas no pueden suceder, menos con todo un jurado, de la sociedad, que está examinando, que está mirando. Tomé la decisión para no volver a interrumpir, les voy a dar mi decisión sobre los planteos, y a la vez -por eso se alongó un poco más, en respeto al jurado, para no volver a hacer un corte- ya confeccioné todas las instrucciones que decidí, conforme me autoriza la ley, exponerle a tratamiento y a consideración al jurado. Obviamente, se los va a escuchar, como corresponde por la ley, está siendo todo video grabado, para cada una de las cuestiones que quieran plantear. Más allá de la confusa, reitero, e inentendible participación en el último minuto, en su alegato de clausura, de la presentación respecto del alegato del mismo, la prueba de los hechos, por parte de la fiscalía, me refiero, considero que aquí no hay ningún problema de congruencia, desde que el acto por antonomasia que*

constituye la acusación del MPF, es el requerimiento de elevación a juicio obrante en el legajo traído a juicio, donde se describe el hecho por el cual se los trae a cada uno de los imputados debidamente identificados y se les atribuye una calificación legal, de acuerdo a la actuación que el MPF decidió elevar a juicio, la misma es como coautores del delito de robo con arma de fuego. Esa situación es invariable y no ha cambiado, de hecho, todo el juicio que hemos presenciado la fiscalía ha presentado un arma que tiene aptitud para el disparo, es decir, que funciona; de ello se han expedido los testigos, de ello usaron también las defensas, la tuvieron presente, la analizaron, pudieron contrainterrogar a los testigos, y demás; de ello, reitero, se defendieron, y han alegado, sin sorpresa alguna, todas las defensas. En ese sentido la pregunta clave es: qué debe entenderse por acusación fiscal. La acusación fiscal en todos los países del mundo, es la requisitoria, el requerimiento de elevación a juicio, ese es el eje donde orbita el juicio, las defensas se defienden, los hechos se presentan y los delitos se califican por lo que considero que el problema aquí suscitado, reitero, por la actitud del MPF, que en el último momento y respecto de un solo imputado, insolitamente, a pesar de haber traído prueba de que el arma funcionaba, acusa a uno solo de ellos, al Sr. Santini, de coautor del delito de robo con arma de fuego de utilería o que no fue habida, siendo que igualmente sigue vigente y así también peticona el requerimiento de elevación a juicio, y ello no ha variado, ni la prueba tampoco, respecto de cada uno de los otros coautores que así lo señala, de delito de robo agravado por uso de arma. Por lo tanto no hay violación al principio de congruencia, pero los efectos intempestivos, e insólitos de la alegación que ha hecho a último momento la fiscalía, voy a incorporar en el formulario de los coimputados Cejas, Cabrera y Mildenberger la variable del delito menor incluido de robo con arma de fuego de utilería, o que no fue habida para que el jurado decida al

respecto. En cuanto a que el fiscal, ha bajado, de algún modo la calificación legal cuando ello está previsto como un delito menor para todos los coimputados, dado que el MPF mantuvo la acusación como coautoría, y demás está que no debo aclarar, cuestiones tan básicas de dogmática penal, lo que significa coautoría, que todos tienen el dominio del hecho, sobre un mismo hecho, de cual todos participaron conjuntamente en un plan común y gestado previamente, no tengo, como dije... que sigue vigente el requerimiento de elevación a juicio, tal como lo sostiene Julio Maier, en el T I, Cap. VI - "Garantías de la defensa", p. 628. Finalmente, vuelvo a aclarar que la acusación de la fiscalía no es lo que el fiscal alega en su alegato de clausura, como un cuentito, lo que le quiere hacer como impacto, como cualquier defensa, al jurado, sino que es lo que se ha traído, y que ha sido controlado por un juez o jueza de garantías en el requerimiento de elevación a juicio que es lo que ha estado presente y discutido a lo largo de todo el juicio: un robo con arma, con aptitud para el disparo, y que en caso de no considerarlo probado podía disminuir a lo que es el otro delito menor incluido: un robo cuya arma no fue habida o de utilería, por lo tanto es eso lo que se ha estado tratando, discutiendo, presentado y admitido prueba producida durante todo el juicio, por ello sugiero que el MPF se abstenga de realizar este tipo de proceder a último momento, que prepare mejor el alegato de clausura, las estrategias, porque ese alegato de clausura es una conclusión de todo lo producido y acontecido en el juicio para evitar colocar al jurado en situaciones confusas".

A continuación, les indicó a las partes que les pasaba a decir cuál es la introducción, en términos de las instrucciones generales y les leyó los títulos de las instrucciones: las obligaciones del juez y del jurado, la improcedencia de información externa, la irrelevancia de juzgar con prejuicio, o lástima, la irrelevancia del castigo, la tarea del jurado y los

posibles enfoques, instrucciones futuras, procedimiento para efectuar preguntas, requisito unánime del veredicto, principios generales, donde se incluyen: presunción de inocencia, carga de la prueba, duda razonable, declaración de las personas acusadas, valoración de la prueba, cantidad de testigos, principios de la prueba, lo que incluye tipo de prueba, definición de lo que es prueba, todo aquello que está acreditado como convenciones probatorias, prueba presentada por la defensa, definición de lo que no es prueba, prueba directa y prueba circunstancial, prueba pericial, prueba material, motivos. Asimismo, lee a las partes, los títulos de las instrucciones especiales respecto a la utilización de notas durante las deliberaciones, derecho penal aplicable, delitos menores incluidos, robo agravado por el empleo de arma de fuego, requisitos legales, explicación de los conceptos legales, de coautor, de autor, de partícipes, y todas las opciones que se le darán a los jurados. Y leyó a las partes lo siguiente: OPCIÓN I: ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO; OPCIÓN II: ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO DE UTILERÍA O QUE NO FUE HABIDA, y opciones alternativas; OPCIÓN III: VEREDICTO DE NO CULPABLE; instrucciones finales: modo de llenar los formularios de veredicto, rendición del veredicto, y conducta del jurado durante las deliberaciones, requisitos del veredicto de unanimidad, y preguntas durante las deliberaciones, modo como se deben conducir, acotaciones finales, y qué hacer si no se alcanza la unanimidad.

A continuación, la vocal consultó a las partes: *“si las partes quieren que lea y me explique cualquiera de éstas que mencioné, a fin de no alargar... no tengo ningún inconveniente, escucho ahora a todas las partes comenzando por fiscalía”*.

La fiscalía y las defensas señalaron que no tenía objeciones. Finalmente, aclaró que se iba a testar la parte de “agravado”, porque no es

agravado la opción de “utilería”, se iba a tachar para no confundir al jurado. A continuación, se convoca al jurado al salón de audiencias y se lo instruye, tal como surge del punto “5)” de la sentencia.

X- Estimo se presentan, entonces, varios problemas insubsanables.

X- a) El primero está referido al contenido de la acusación y qué es lo que se entiende por ella, y qué correlato puede darse en la sentencia condenatoria.

Para eso, a los fines ilustrativos, y en orden a encontrar las debidas inferencias, para conjugar los criterios jurisprudenciales ya establecidos por nuestros máximos Tribunales, las disposiciones de nuestro CPP, los principios generales del sistema acusatorio, y lo dispuesto en la ley de Juicio por Jurados, cabe recurrir a las razones dadas, tanto de los precedentes como de las normas positivas: los orígenes de determinados postulados nos pueden ayudar a encontrar la armonía posible de las interpretaciones en juego, y a despejar todas las situaciones problemáticas planteadas en el caso, y por las partes.

Por ello, cabe hacer un breve repaso sobre los antecedentes de la CSJN respecto del juego de la acusación fiscal, o la falta de ella, la acusación del querellante, y la facultad de condenar por el tribunal (consultar, al respecto, Pitlevnik, L, “*Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*”, T IV, Hammurabi, Bs. As, 2014, en especial Cap. “*Acusación del querellante y sentencia condenatoria*”, análisis de Javier Esteban De La Fuente, pp. 150 y ss.)

Así, vemos que en “Tarifeño” la CSJN se expidió sobre la importancia que tiene la acusación como presupuesto ineludible de la sentencia condenatoria, considerando que no es posible condenar cuando el Fiscal ha

solicitado la absolución del imputado, igual criterio que el que se siguió en "García", "Cattonar", "Bensadón", "Saucedo", etc. En el fallo "Cáseres", la CSJN mantuvo los mismos fundamentos, con disidencias, una de ellas de Nazareno, que entendió que como el ejercicio de la jurisdicción del tribunal oral está precedido de una previa acusación formulada a través del requerimiento, el tribunal oral tendrá a su cargo la voluntad de expresar la ley, y la otra de Moliné O'Connor que argumentó que en los juicios orales que tramitan según las disposiciones del CPPN, la acusación se produce al formular el pedido de elevación a juicio, -criterio similar que al que parece haber preponderado en las presentes-.

Luego de "Santillán" -en la que se planteó la variante del querellante autónomo y cómo jugaba la acusación con respecto a la absolución pedida por el fiscal-, la CSJN se pronuncia como en "Marcilese" donde la mayoría del tribunal entendió se hallaba habilitado para condenar a pesar del pedido de absolución fiscal (cuestión que se explica porque concurre con la mayoría el voto del magistrado Fayt); luego la Corte vuelve al criterio de "Tarifeño", en autos "Mostaccio".

Como reflexiones del análisis de los precedentes de la Corte, se sostiene que: 1) "no puede existir una sentencia condenatoria válida sin una acusación previa y completa, en el sentido de que no es suficiente con el requerimiento de elevación a juicio formulado por el fiscal, sino que la acusación debe mantenerse luego del debate oral mediante un expreso pedido de pena...", y 2) la acusación debe ser entendida en sentido amplio, incluyendo no sólo el pedido de pena formulado por el acusador público (fiscal) sino también por el querellante particular. Se dice que la imposibilidad de condenar no es una consecuencia prevista por la ley procesal sino una derivación constitucional (remisión, claro está, al CPPN).

Como fundamentos de esa solución, se dice que hay que darle la razón a quienes consideran que la acusación del fiscal no se formaliza exclusivamente con el requerimiento de elevación a juicio, sino que recién se completa con el pedido de pena que se formula durante los alegatos. Es decir, la acusación como acto procesal fundamental se lleva a cabo mediante actos complementarios y sucesivos (consultar la opinión contraria de Maier en "*Nueva Doctrina Penal*", año 1996-B, p. 622): el requerimiento de elevación a juicio, a través del cual el acusador considera que existen elementos de cargo suficientes para someter al imputado a juicio oral, y la acusación definitiva, que se realiza al concluir el debate en los alegatos, que supone una valoración de la prueba del juicio, y un pedido expreso de pena por parte del fiscal.

Según De La Fuente -con apoyo en "*Condena sin acusación*", de De Luca y Manriquez- el requerimiento de elevación a juicio únicamente supone una valoración "provisoria" de elementos de cargo, que, formalmente, no constituyen prueba porque aún no han sido incorporados al debate. Es durante el juicio oral que el fiscal puede valorar correctamente la prueba y, en caso de considerar adecuado, formular definitivamente la imputación con un expreso pedido de penal. Ello es tan claro, dice, que la "contradicción" propia del debate oral, recae fundamentalmente sobre el alegato del fiscal, y no sobre el requerimiento escrito. De Luca y Manriquez, que cita el comentarista, señalan que el requerimiento no cumple con los requisitos de la acusación, desde el punto de vista constitucional, porque se basa en pruebas y presunciones previsionales, muchas de ellas celebradas inaudita parte. Asimismo, con cita a Anitúa Capuccio (*Nueva doctrina penal*, 1996-A), señala que "*no parece adecuado sostener que un acto fundamental del proceso, como es la acusación, se formalice por escrito; en un sistema acusatorio, basado en la oralidad, en la inmediación, contradicción, y la*

igualdad entre las partes, lo adecuado es considerar que la acusación se perfecciona cuando se concreta oralmente el pedido de pena en el juicio, y se somete a la discusión de las partes". Y continúa: *"en rigor de verdad, cuando el acusador no concreta su acusación con el correspondiente pedido de pena, no existe auténticamente un caso o un pleito que deba ser juzgado por el tribunal. No existe básicamente una "controversia" y en un sistema acusatorio básicamente el juez debe dictar sentencia para resolver una contienda o controversia entre las partes que, supuestamente, se encuentran en condiciones de igualdad"* (Pitlevnik, L, *"Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación"*, op. cit. pp. 172-173). A la vez, sostiene que el segundo argumento es el principio constitucional de imparcialidad del juzgador: una de las características principales del sistema de enjuiciamiento con arreglo a la Constitución, precisamente, se relaciona con la exigencia de que el órgano encargado de juzgar sea imparcial y se encuentre absolutamente desligado de la facultad de investigar y acusar. Esto no significa, claro está, que se le sustraiga al tribunal la facultad de juzgar, señala el autor, no estando prevista en la ley la obligación de absolver por retiro de la acusación por parte del fiscal, analizando la disposición del Código de Chubut, que al respecto tilda como muy interesante, que prevé la imposibilidad de condenar por un precepto penal más grave que el comprendido en la acusación, si antes no formuló la advertencia previa de la posible modificación del significado jurídico de la imputación.

Esta cuestión resulta de especial interés en nuestro sistema, y se relaciona directamente con una disposición en particular, porque nuestro Código Procesal Penal contiene una disposición similar a la mencionada de Neuquén: en el art. 452, se establece: *"Congruencia y tope": Al dictar sentencia el tribunal no podrá apartarse del hecho contenido en la*

*acusación o en sus ampliaciones o modificaciones, ni aplicar sanciones de otra especie o superiores a las solicitadas por el Fiscal. **Sólo podrá modificar el encuadramiento legal propuesto por la acusación pública si hubiere formulado advertencia previa.** En este caso, si el mínimo de la pena de esta nueva calificación fuere mayor al pedido de pena de la Fiscalía, la condena no podrá imponer una pena superior a su mínimo legal.”*

Al comentar esta disposición en nuestra provincia, Rubén Chaia, (en *“La prueba en el proceso penal”*, Hammurabi, Bs. As., 2016, pp. 383 y ss.), señala, al analizar los principios que regulan la actividad procesal, que estima ajustada a derecho la posición que impide al tribunal aplicar una sanción de mayor entidad que la solicitada por la acusación, por resultar contraria a las garantías de defensa en juicio, igualdad y contradicción, colocando al condenado en un evidente estado de indefensión y concentrando en manos de quien decide la facultad de peticionar, lo que le resulta incompatible con los postulados del acusatorio. Asimismo, que la imposibilidad de aplicar una sanción tiene consecuencias con respecto a la intervención que se le acuerde al acusado en el hecho, las agravantes y el grado de consumación del delito juzgado, pues si se permite al tribunal alterar estos parámetros, se lo estaría facultando para calificar hechos no debatidos, objetados o rebatidos en juicio, lo que le haría perder su condición de tercero imparcial. Y que el dilema se plantea cuando, admitiendo la facultad que le asiste al tribunal de calificar el hecho ventilado en juicio oral y público, la calificación escogida difiere de la peticionada, proponiendo soluciones en la determinación del quantum de la pena con el límite de lo solicitado por el fiscal. Extrae el autor entre otros, límites para el principio *“iura novit curia”*, por el cual no *“puede condenarse al acusado por un delito más grave al que fue expuesto por el acusador”*. Asimismo,

cita los precedentes de la CSJN que en nuestra provincia tuvieron eco en fallos del STJER del 2005 "Enrique" y "Fernández Insaurralde" del año 1997 (para todo, confrontar Rubén Chaia, "*La prueba en el proceso penal*", Hammurabi, Bs. As, 2016, pp. 383 y 394/395).

A esta altura, tengo que determinar, que, conforme a todo el razonamiento que vengo desarrollando, a los precedentes citados y sus correspondientes análisis, que la acusación fiscal, acorde a nuestro sistema de juzgamiento, es el acto complejo que se determina luego del juicio, con la concreción de la fiscalía en su alegato final; y si bien puede señalarse como compuesto inicialmente del requerimiento de remisión a juicio, es claro que la centralidad de este último con los principios señalados, que no reiteraré, son los que determinarán cuál es el límite y contenido de la acusación.

En ese acto, el fiscal le dijo al jurado cuál era la pretensión respecto de cada uno de los imputados. Y además, ese fue el límite y el sentido, sin dudas, del alegato final de la defensa de Santini, conforme se describió al parafrasear su alocución más arriba.

La ley 10746 modifica la participación ciudadana en la justicia penal, pero no cambia el sistema de juzgamiento, como es obvio y como está expresamente normado -art. 58-; además, sería un contrasentido comprender que lo fundamental es el juicio, que pasa ante los 12 ciudadanos, pero que la acusación válida fue la que escucharon al inicio del juicio, y no al final, luego de que la prueba fuera producida delante de ellos, y que escucharan a las defensas alegar conforme a la acusación que se desprendía de la acusación final, del alegato final de la fiscalía.

El o la juzgador/a profesional que dirige el juicio, si bien decide las

instrucciones definitivas, lo debe hacer en el marco del proceso adversarial, no pudiendo subrogarse en las funciones acusatorias; y si bien no se le sustrae la facultad de ser el juez del derecho, que actúa en "colaboración" con el jurado, los principios en juego, (el iura novit curia citado, del cual se desprendería que no puede conducir a condenar por un delito más grave que el contenido en la acusación) siguen vigentes.

De lo contrario deberíamos admitir la absurda consecuencia de que en el sistema de enjuiciamiento clásico, que se realizara ante jueces profesionales, los imputados contarían con la garantía de la vigencia del art. 452 del CPPER y deberían ser advertidos de la posible modificación por el tribunal del encuadramiento legal propuesto por la acusación, y la posibilidad de pena tendría un tope, pero que esa garantía no estaría vigente si los juzgara un jurado, porque el juez profesional podría decidir lo contrario al confeccionar las instrucciones, sin la debida advertencia, como pasó aquí.

X- b) Si bien la solución propuesta por la fiscalía puede conducir a cierta perplejidad respecto del imputado Santini, y a una ponderación de incoherencia respecto de la valoración de la prueba respecto de los otros, perplejidad que se acentúa cuando se escucha a los representantes acusar del modo que lo hacen y luego aceptar el cambio a robo calificado por uso de arma, sin presentar objeción alguna, el camino de solución ante su deficiente actuación nunca pudo haber sido el intentar suplir su función, y menos, calificando el accionar del imputado con un delito más grave.

XI- a) La discusión sobre las instrucciones presentó no pocos errores, y el desacierto imperó en su discusión: ante la opción de la fiscalía de la figura del delito de robo con arma de utilería (o ino habida! se reiteró en varias oportunidades, como si fuera una figura legal, yerro respecto del

que daré una precisión más), para el imputado Santini, los defensores de los otros imputados alegaron afectación al principio de congruencia, lo que era errado, y así fue correctamente contestado por la magistrada, pues los hechos no se habían modificado.

Pero sí pretendieron se aplicara el mismo tope para los otros, sin exigirle a la fiscalía que aclarara, en un argumento racional, por qué decidía esas calificaciones en coautoría sin explicación alguna (como error, o exceso del coautor, por ejemplo).

Cuestión aparte, pero íntimamente relacionada con los problemas que presenta en este punto del juicio, es el manejo deficiente del concepto de coautoría que se trasluce en todos los participantes de la audiencia, y en las instrucciones finales.

La "litigación" de esas instrucciones, sobre cuya importancia me expedí largamente más arriba, citando los autores que se han ocupado de ellas, se truncó sin zanzar, conforme a los principios del debido proceso, puesto que la defensa de Santini vio agravada su situación sin que el punto hubiera formado parte del alegato final de la fiscalía y de su pretensión de instrucciones al jurado, y el resto de las defensas no pudieron obtener la explicación, como lo apuntó correctamente la Dra. Bonazzola, respecto del contenido de las instrucciones que se les darían con relación a los otros acusados (en especial, señalan en sus agravios, la posibilidad de la participación secundaria).

Y si bien no fue correctamente planteado por las defensas, que confundieron congruencia, estimo, con "coherencia", que tal vez era lo que debían reclamar, (vgr. el punto sobre si el arma secuestrada era o no apta según el conocimiento de los otros tres) las instrucciones finales vinieron

dadas en un esquema, sin más explicaciones para las partes y además, modificando la acusación para Santini, agravándola. También profundizó la cadena de desaciertos la postura inexplicable de la Fiscalía, que a renglón seguido de acusar del modo que acusó, rápidamente viró a considerar a Santini incurso en la figura más grave, al no presentar objeción alguna, por ello a considerar y asentir, sin ninguna explicación, una escala penal aplicable mucho más grave -de 6 años y 8 meses a 20 años, en lugar de 3 a 10 años- para el imputado respecto del que había considerado, se había conducido de un modo diferente.

Ante la deficiente explicación del fiscal, y corrimiento de los principios que debió haber mantenido, conforme su función de control de legalidad y su deber de objetividad, cabe preguntarse: ¿de qué se defendió Santini?. Sin dudas que su defensa técnica comprendió que el límite lo había dado la fiscalía al concretar el alegato del modo en que lo hizo, al punto que hacia allí dirigió su alocución final; el uso del arma de utilería ya estaba contenida en el hecho que se le atribuyó, de inicio, como bien lo señala.

No le asiste razón, sin embargo, en tanto indica en sus agravios que la jueza profesional violó el acusatorio por introducir la coautoría; al contrario, así se lo pidió el MPF, (sin dar suficientes explicaciones, como dije); el acusatorio se quebró porque se decidió instruir al Jurado por otra calificación legal, más grave para el imputado, que la contenida en la acusación fiscal, sin advertencia al acusado, y no se salva ello por la fórmula contenida en la sentencia, a fs. 123, *“la acusación fue mantenida, en idéntica forma, a lo largo del juicio por jurados por los representantes del Ministerio Público Fiscal y sostenida- con una variante menor- en la etapa de la discusión final del juicio, **situación debidamente resuelta SIN OBJECIONES** de las partes, quedando videograbada”*.

La situación de la distinta calificación legal más grave para el imputado no se resuelve imponiéndose otra, con el silencio de las partes, porque no puede hacerse desaparecer, con ello, el contenido de la acusación fiscal, ni lo que valoró luego del paso de la prueba, en el cierre ante el jurado.

XI- b) Otro de los problemas que presenta es la explicación misma de las instrucciones, con respecto a una figura legal que no existe: *el robo calificado por arma de fuego no habida* no es una categoría del derecho vigente. El art. 166 en su segundo párrafo prevé el agravante por uso de arma de fuego, y al final, en su último párrafo, prevé una pena menor para el robo que se cometiera con un arma cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo acreditada, o con un arma de utilería. La redacción de la norma, largamente criticada, incorpora cuestiones de prueba, intentando abarcar las posturas jurisprudenciales diversas, atinentes a la idoneidad del arma de fuego, y basando la agravante en la mayor intimidación que tiene sobre la víctima, sin generar un peligro real para ella.

Es claro que el arma "no habida" también pudo haber sido apta para el disparo, y probarse su idoneidad por otros medios, por lo que su inclusión dentro de una instrucción a un jurado, como si fuera el derecho aplicable, no es de ningún modo procedente.

En el caso, había en juego dos armas, una que se incautó, y la otra no, que es la que dice haber descartado el imputado Santini y respecto de la que dice que era de utilería; agregar una categoría inexistente solo aporta más confusión.

En este marco, se torna atendible la queja esbozada por el Dr.

Barbagelata en la audiencia de Casación, sobre que la falta de claridad de las instrucciones en este punto referente a las armas, colocó al imputado Santini en una situación de indefensión, ya que su defensa, propiciaba se tenga en cuenta su particular representación subjetiva sobre el funcionamiento, independientemente de la real aptitud del arma, que había sido confirmada por la perito balística al jurado, precisiones que, estimo, deberían haber sido parte de las instrucciones, que debieron ser claras.

XII- Existen otras cuestiones que no hacen a vicios que compliquen la validez del proceso, pero que vale apuntar, también, por la confusión que generan, y que, repetidas en adelante, pueden condicionar de modo irregular a un jurado.

En la etapa de incorporación de evidencias, (9/11/2022 - primera parte) el Dr. Barbagelata quiso ingresar como prueba la declaración de Santini del día previo, y la jueza le advierte que no es prueba, sino medio de defensa (min. 09:00). Esto es comprendido por uno de los defensores como una advertencia válida, pero que, más allá de ella, al jurado le generará la duda sobre si se puede o no tomar como elemento de convicción.

Más allá de su pretensión concreta del caso -que el jurado descarte como elemento de convicción los dichos de uno de los imputados- la misma no puede erigirse como regla general: la instrucción debe llegar a aclarar al jurado que el imputado no tiene obligación de declarar, y que no está conminado a decir la verdad, pero, hacer la diferenciación "medio de prueba/medio de defensa", extraída de contexto (que es un binomio conceptualizado para evitar extraer prueba inculpativa de los dichos de un inculpado) puede generar dudas en un jurado lego.

¿Está dispuesta la defensa, en otros casos, a que lo que diga el imputado no sea "un elemento de convicción"? Entiendo que no y que ello no es razonable. En los casos, por ejemplo, de legítima defensa privilegiada, sin testigos, ¿cabe renunciar a los dichos del imputado en su defensa para formar el convencimiento del juzgador, y ponderarlos junto a otros elementos? Estimo que nadie está dispuesto a afirmar ello. Por eso, cuando se advierte sin añadiduras, sin explicación alguna, a un lego sobre esa diferencia, cabe preguntarse también si no se conduce por inferencias a aquella afirmación no deseada: esto es, que lo que diga un imputado, no es válido, o tiene un menor peso convictivo.

Ello sin perjuicio de todas las alegaciones válidas que al respecto, la defensa, en su legítimo ejercicio, quiera expresar sobre los dichos de los coimputados que no favorezcan a sus pupilos, que es una cuestión aparte.

XIII- Entiendo que además de la información perjudicial introducida en el debate, en el momento de la audiencia de litigación de instrucciones se ha quebrado el acusatorio, por lo que no cabe hacer casación positiva, situación deseable en orden a cuidar el procedimiento de Juicio por Jurados, y evitar el dispendio.

Asimismo, la falta de explicación y motivación en las instrucciones ante las partes, la deficiente participación de las partes en ellas (por ejemplo, se truncó la discusión sobre la posibilidad de la existencia de una coautoría con error o con exceso de coautor, o la falta de explicación de la posibilidad de que los otros coautores compartieran el desconocimiento de la aptitud del arma que se presupuso de Santini) y en especial, la figura por la que se condenó a este último imputado luego de que fuera acusado por un delito menor, hacen que el juicio deba ser anulado. No salva el punto la actitud consiguiente de la fiscalía de no casar la presente, - a lo sumo le

resta seriedad a su pretensión-.

XIV- En relación a la protesta de la defensa de Mildenberger, relacionada con la supuesta no instrucción al jurado, sobre la posibilidad de su estancamiento, entiendo que no puede atenderse. En primer lugar, porque según consta en las instrucciones proferidas en el juicio (que forman parte de la sentencia) se explicita que el requisito del veredicto es la *unanimidad*, que se deben hacer todos los esfuerzos razonables para alcanzarla, y que aquella es la *meta* de la deliberación; pero, también, se los instruye sobre que no deben abandonar sus honestas convicciones sólo porque otros piensen diferente, y que no deben cambiar de opinión sólo para terminar de una buena vez con el caso y alcanzar un veredicto. En segundo lugar, e íntimamente relacionado con aquello, entiendo que el veredicto -sea de culpabilidad o no- es el colofón "exitoso" de un juicio por jurados, y que la posibilidad del juicio estancado está debidamente concebida -subsidiariamente- en el caso de no poder llegar a un veredicto unánime -tras haber agotado las deliberaciones-.

Es por ello, que al final de las instrucciones, acertadamente, desde mi punto de vista, el juez profesional les indica que ante la posibilidad de que no se llegue a la unanimidad y de verificarse ese escenario -en el que no se alcanzó *la meta*-, luego de discutir con las partes, los instruiría en el curso a seguir. Por el contrario a lo que expresa la defensa, creo que aquella posibilidad fue expresamente transmitida al jurado, claramente sin propiciarla, porque no es prioritariamente deseable no llegar a la unanimidad, supeditando las instrucciones complementarias a la hipótesis de su efectivo acaecimiento.

Además, suponemos que los ciudadanos libres juzgan a sus pares, y el sistema da por descontado que son idóneos para hacerlo, por lo que

asumir que se dejarán llevar por la mayoría, en uno u otro sentido, solo porque se les dijo que deberían tratar de tener unanimidad, implicaría una cierta subestimación de la independencia que pudieran tener los jurados y choca abiertamente con lo que se espera de ellos, por parte el sistema mismo, que les confía tan fundamental tarea.

XV- Así las cosas, propicio anular la sentencia, debiéndose reenviar la causa al Tribunal de origen, para que se disponga un nuevo juicio sobre el hecho.

Así

voto.-

A la misma cuestión propuesta, la **Dra. DAVITE y el Dr. PIMENTEL**, manifestaron que adhieren al voto de la **Dra. BADANO.-**

A mérito de lo expuesto, y por mayoría, la Sala I de la Cámara de Casación de Paraná resolvió dictar la siguiente

S E N T E N C I A:

I- HACER LUGAR a los recursos de Casación interpuestos por las Defensas, y en consecuencia, **ANULAR** la sentencia recaída en las presentes.

II.- DECLARAR las costas de oficio.

III.- No regular honorarios profesionales a los letrados intervinientes por no haberlo peticionando.

IV- Protocolícese, notifíquese, regístrese y en estado, bajen.-

Gustavo PIMENTEL

Marcela BADANO

Marcela DAVITE