

ACTUALIDAD DEL JUICIO POR JURADOS EN LA ARGENTINA

SUMARIO: 1. Resurgimiento del debate sobre jurados. Coyuntura. Sistema acusatorio. Participación ciudadana. 2. Desarrollo argumental-histórico del tema. Eufemismos y paradojas. 3. Objetivos. Una perspectiva completa. Los ámbitos en que se enmarca. La legitimación del proceso.

1. RESURGIMIENTO DEL DEBATE SOBRE JURADOS. COYUNTURA. SISTEMA ACUSATORIO. PARTICIPACION CIUDADANA.

Ha retornado a nuestro país la cuestión del juicio por jurados y, con ella, los cambios que la sociedad reclama en la forma de administrar justicia.

El instituto del juicio por jurados ha tomado una vigencia progresiva e importante en los últimos años, merced a congresos, seminarios, a una prolifera producción de artículos, trabajos científicos, proyectos legislativos y resurge como un elemento sustancial en la reforma del sistema penal ante la grave crisis que éste debe enfrentar. Los factores son múltiples, pero podríamos mencionar dos: la escasa credibilidad y falta de legitimidad¹ que tiene actualmente el poder judicial y la inexistente “relación”, si se quiere, entre el mismo y la sociedad en razón de un lenguaje y un riguroso tecnicismo que lo torna incomprensible para el ciudadano común, a quien excluye totalmente de la administración de justicia.

El jurado es percibido, intuitivamente quizás, como capaz de quebrar ese aislamiento y, a su vez, posibilitar que el ciudadano común se comprometa y se responsabilice con la justicia.²

Veremos más adelante que durante los últimos 150 años han habido intentos legislativos para la recepción de la institución del jurado (siempre en épocas de democracia), algunas veces con mayor fuerza que otras.

Pero ya en el siglo XXI el jurado es una impostergable necesidad social y una exigencia del estado democrático de derecho. Ello sucede porque la nueva organización judicial que desencadena establece una conciencia jurídica que modifica estructuras rígidas y vetustas del actual sistema judicial, signado por la profesionalización y la centralización. El jurado impide así que se transgreda nuestra forma representativa y republicana de gobierno y la independencia del poder judicial³.

¹ Principio de estricta jurisdiccionalidad o jurridicidad. Ferrajoli Luidi Derecho Y Razón.

² Hendler encuentra en el Juicio por Jurados un modo de desburocratización de la Justicia Penal. Explica que la Justicia Técnica sin participación popular caería en un esquema en donde el hábito de juzgar se dejaría influir por estereotipos formales que distorsionan la realidad. Mientras que la justicia con participación popular se desburocratiza por dos motivos. Uno, la función del jurado es una actividad esporádica en la vida de las personas, por lo que no puede convertirse en un hábito, lo que garantiza mayor objetividad. El otro motivo es que el juez técnico tendrá, a través del jurado, una comunicación permanente con la realidad social.

³ Claramente Maier, la organización horizontal de los jueces -junto a reglas ya contenidas en la ley procesal que se propone

Los jueces técnicos permanentes no representan la soberanía popular ya que la forma de gobierno representativa republicana que estatuye la Constitución presupone la existencia de un mandato político fundado en el voto popular. En la República Argentina, sin embargo, el pueblo no elige a los ciudadanos que administran justicia. Por ende, los jueces no son sus representantes en sentido constitucional pero para equilibrar ese déficit instituyó el constituyente al jurado. El jurado representa al pueblo que toma directamente en sus manos la administración de justicia.

En lo que atañe a la independencia judicial ésta es sólo formal y en realidad representa un control interno del sistema institucional. Debemos tener en cuenta que la designación y la destitución de los jueces corresponden entre nosotros a los poderes políticos que ejercen el gobierno, y ellos asignan también los medios económicos que retribuyen la función de los magistrados, tales situaciones crean un factor de dependencia importante y a la vez controles oficiales propios.

Por eso es obligado afirmar que las formas son mas que medios de implementación de la ley, son la ley misma en el plano fáctico de realización. Las formas efectivizan en mayor o menor grado el nivel de operancia de aquellas condiciones mínimas que caracterizan los modelos de estado y gobierno. Es aquel, el parámetro que debe regir la elección político-criminal a la hora de implementar uno u otro instituto, que en definitiva instauro o disuelve el modelo señalado.

En cuanto forma, el jurado con su nota participativa se presenta como la que en mayor grado realiza los principios democráticos de estado y en cuanto acto público y freno o contrapeso, optimiza el carácter republicano, de aquí se derivan los dos principios que dan la forma sustancial requerida a la organización judicial, a saber, independencia e imparcialidad.⁴

En este sistema con jueces permanentes las sentencias dictadas en materia penal reflejan una tendencia apreciable a la legitimación del criterio oficial, sobre todo cuando se trata de temas con algún interés o connotación política relevantes.

contribuirá efectivamente a la consecución del ideal relativo a la *independencia judicial* (interna). A propósito de esta independencia, el próximo punto, previsto constitucionalmente, que obliga y permite la conformación de los cuerpos de decisión con participación de ciudadanos, completa el cuadro de los mecanismos posibles para lograr ese ideal.

⁴ Eugenio Raúl Zaffaroni “Dimensión política de un Poder Judicial Democrático” t. 149 pág. 857 “...La independencia interna sólo puede garantizarla una magistratura en la que se reconozca que todos los jueces son en principio iguales y que las únicas diferencias que median entre ellas son las derivadas de sus distintas funciones en razón de las distintas asignaciones de competencia. Esta magistratura horizontal se pone frontalmente a las magistraturas verticalizadas, cuyos modelos más perfectos los brindan, originariamente, la magistratura apoleónica, y modernamente, la magistratura fascista.(...)En la democracia no hay otra forma de imparcialidad que la que resulta del pluralismo y del control recíprocos entre los distintos agrupamientos espontáneos dentro de su estructura. Mas aun diríamos ue esta es la única Garantía de imparcialidad, por lo cual, sin democracia no hay imparcialidad y tampoco judicialidad.” Y para Maier las tres máximas de la Neutralidad son: 1) La Independencia de todo poder del Estado: tanto externa como interna del propio poder judicial. Sobre los Jurados no hay nadie, por lo tanto no existe temor alguno a sanción por eventuales condenas o absoluciones. La verticalidad es uno de los patrones más fuertes de la estructura del Modelo Inquisitivo. Hay que romper con la subordinación y sumisión del Poder Judicial; 2) La Imparcialidad frente al caso: el acusado juzga la parcialidad porque ante él se originó todo el asunto. La acumulación de poder/fortalecimiento del Poder Judicial es a partir del afianzamiento de la jurisdicción (jurado, horizontalidad); 3) El principio del juez natural (ad-hoc): el lugar donde se cometió el delito es clave porque es el pilar a partir del cual se erige la jurisdicción (forum domicilii y forum delicti comissi). El origen de la garantía del juez natural reside en el modelo federal e organización judicial. (federal porque las provincias renuncian al derecho de cesesión). Es una garantía del justiciable que el tribunal local aplique la ley federal y el control de constitucionalidad o supremacía constitucional (la ley de fondo es federal y la de forma es local) y también aplique e interprete la ley federal.

El jurado popular, en cambio, supone un control externo de la actividad estatal que no depende ni recibe beneficios de nadie⁵. Y también fundamentalmente, atomiza el poder⁶.

El jurado debe ser definitivamente incorporado en nuestra organización judicial para garantizar la transparencia de una burocracia determinada y permitir a los ciudadanos asumir funciones que desarrollan la conciencia cívica y la responsabilidad social.

La participación popular es un buen recurso para que el hombre común sienta a la administración de justicia penal como propia y accesible, a despecho de las suspicacias y la desconfianza que provoca el procedimiento actual que es accesible para unos pocos.

2. DESARROLLO ARGUMENTAL-HISTÓRICO DEL TEMA. EUFEMISMOS Y PARADOJAS.

Desde 1853 hasta la actualidad la regulación e implementación del juicio por jurados en la Argentina ha merecido un fuerte debate. Muchos antijuradistas han trabajado con hipótesis de las más diversas. Se han propuesto argumentos desde lo político, pasando por lo económico, filosófico, científico y constitucional⁷.

En todo cuanto a las razones de índole histórica se ha referido se afirmó lo evidente. Es conocido por todos que la Argentina heredó de España el sistema inquisitivo de organización judicial. Pero...la pregunta es obligada, ¿no habrán pretendido los constituyentes cambiar aquello que consideraron menos conveniente al modelo propugnado? En efecto, consta en documentos históricos que la

⁵ Es indudable que los jurados populares constituyen una valla frente a la concentración de poder en manos del Estado, y través de éste, en manos de grupos determinados. El poder judicial profesionalizado sirvió entonces de máscara legitimante de poder y, a su vez, como control interno del Estado. De lo contrario, sería mucho más difícil mantener el statu quo y el control interno de la administración de justicia, teniendo en la administración de justicia a la institución del jurado.

⁶ “(...) Y destacando la circunstancia de la ubicación del artículo 24 dentro del capítulo de los derechos y garantías fundamentales, señala que el sistema de juzgamiento ante jurados ante los pares, es esencial como garantía del debido proceso y se manifiesta como la habilitación para la aplicación de la potestad punitiva en el caso concreto, sirviendo igualmente como culminación del sistema de frenos y contrapesos propios de la república” voto del Sr. Juez, Dr. Luis Cevasco en el fallo del 3 de septiembre de 1991. Lo cual, tal como señala Guillermo Erbetta es validamente aplicable a los sistemas de gobierno de la postmodernidad occidental “nació como medio para frenar el absolutismo de los reinos en los juicios penales, y hoy constituye el medio para frenar el absolutismo de los poderes democráticos”, citado en “El Juicio por jurados”, Luis Rene herrero y Carola Capuano Tomey, XI Encuentro Panamericano de Derecho Procesal. ed. De of, 1997, pág. 751. También Maier, en todo caso, el tribunal de jurados constituye un freno político para la arbitrariedad de los funcionarios públicos permanentes en el uso de los mecanismos coactivos de gran poder destructor de la personalidad que autorice a los funcionarios a usar el poder punitivo del Estado: si el jurado niega su autorización, aun en contra de la misma ley, el mecanismo de la pena estatal no puede ser utilizado.

⁷ Hendler hace referencia a algunos argumentos antijuradistas. Entre ellos se encuentran los siguientes: el pueblo no tiene confianza en el Jurado; la ignorancia de los Jurados; el Jurado favorece la impunidad; falta de honestidad de los Jurados; el pueblo argentino no está preparado, etc. Así, también Maier: explica que se ha utilizado cualquier clase de argumentos aparentes para denostar al jurado. Se lo ha tratado como un atentado al sistema representativo y contrario a la independencia judicial. Además, se extrae un argumento de la idoneidad como condición para el ejercicio de un cargo público sin importar hasta qué punto se tergiversa la garantía constitucional de igualdad, que a ella hace referencia el art. 16. CN. Esta clase de argumentos denotan que la justicia penal es un problema sectario. Solo los funcionarios del Estado pueden ser galardonados como los “justos” en nuestra sociedad, los únicos capaces de administrar justicia. ¿Qué otra sentencia se puede apartar más de nuestra realidad? Por lo demás, se conoce que sólo a los tribunales les corresponde llegar a soluciones justas en los casos particulares. Rige el principio veritas non auctoritas facit iudicium, que invierte el principio de Hobbes para la legislación, auctoritas non veritas facit legem. La formación de un abogado (requisito par ser juez profesional y permanente) no requiere estudios especiales acerca de la reconstrucción de la verdad, paso fundamental que ellos cumplen con el sentido común de una persona razonable, incluso porque así lo requiere la ley (sana critica racional) esto es, de la misma manera que un ciudadano llamado accidentalmente a administrar justicia.

Convención Constituyente de 1853 acogió (casi sin enmiendas) el proyecto redactado por Alberdi en Las bases, el que tal como afirma su autor, se inspiró en las mas modernas constituciones federales y democráticas de la época, con el objeto de fomentar la inmigración de los pueblos mas evolucionados.⁸

Tan aguda observación no deja disimular la estrecha relación que liga la institución con el modelo de estado, en sentido amplio y mas estrictamente con el de organización judicial. ¿Como se encontraría una institución democrática en la década de los '70? desorientada cuando menos, y por decir algo⁹.

Yo no me atrevo a decir que no habría que haber cambiado aquello, por ser extraña la democracia a las costumbres del pueblo.

Es lógico, las normas son modelo ejemplar, y como tal postulan condiciones optimas de convivencia, si las normas alcanzan al pueblo, lo detienen¹⁰.

A nadie se le escapa que el Constituyente argentino de 1853 consideró en tres oportunidades establecer la necesidad del jurado a través del texto constitucional. En este sentido, se reguló el instituto tanto en la parte dogmática como en la orgánica, correspondiendo entender al jurado, entonces, como un derecho ciudadano y como forma característica de un modelo de organización del estado¹¹. Y claro está, la obligación se impone ante la doctrina de la subordinación del poder constituido al poder constituyente.

Pero, a mas quizá sea preciso recordar que a contrario de lo argumentado esta institución estuvo vigente en nuestro pueblo para juzgar bajo esa forma los delitos de abigeato que proscribía el Código Rural de la Provincia de Buenos Aires (1825-1866) y los delitos de imprenta, ya acogidos en 1811 por el Triunvirato de Chiclana Sarratea y Paso.¹²

Sin embargo, la Argentina sucumbió ante la cultura inquisitiva de una forma asombrosa. Así lo han señalado Hendler, Binder, advirtiendo que nuestro país no sólo padeció durante 100 años un Código Procesal de la Nación en Materia Penal que instauraba los principios y caracteres que identifican el sistema inquisitivo,

⁸ Alberdi, Juan Bautista "Organización de la Confederación Argentina. Nueva edición con un estudio preliminar sobre las ideas políticas de Alberdi, por Adolfo Posadas" . En sentido contrario, Carlos Elbert autor que se inclina por considerar que la ignorancia durante tanto tiempo del art. 24 de la Constitución Nacional tiene origen en el carácter importado de nuestras instituciones. La dependencia colonial durante muchos años impidió la creación de un sistema de pensamiento local adaptado a la idiosincrasia del lugar. Por el contrario, se produjo un traspaso de las novedades europeas, implicando éste la copia ciega y rápida de cuanto código y ley se dictasen con el fin de resolver problemas terrenales. Sostiene que el haber adoptado casi textualmente la Constitución norteamericana y una legislación penal europea continental, especialmente de España, donde se desconocía la institución de los jurados, son las causas que originan el incumplimiento del mandato constitucional de implementar la institución del jurado en la justicia argentina.

⁹ "No por nada la institución del jurado estuvo siempre tan ligada al concepto de democracia como alejada de toda forma de autoritarismo." Luis René Herrero, Carola Capuano Tomey, pág 753. op citada.

¹⁰ Con clarividencia ya lo presagió Julio A. Roca "(...)La falta de hábito no implica la imposibilidad de que él pueda arraigarse en la sociedad, y es obvio que si en atención a esa falta hubiera de retardarse el cumplimiento del mandato constitucional, el país debería abandonar la esperanza de ver establecido el jurado(...)" Cámara nacional de Diputados, 50ª sesión ordinaria del 3 de septiembre de 1884.

¹¹ "Yo no concibo, señor, la ausencia del Jurado en pueblos en que la República es su dogma de fé política; en que son ellos y sólo ellos los que se encargan de sus propios destinos y en que si hay algo que guarde la mas perfecta armonía con su índole y sus tendencias, es la administración de justicia por el pueblo mismo, sin el auxilio de tutores, que no necesita el que ha declarado, en su Constitución, que re (se) gobierna por sí(...)" El Diputado Ocantos, Quinta sesión ordinaria del 1 de junio de 1870.

¹² Conforme los antecedentes apuntados en el fundamento del proyecto de ley del Augusto J.M. Alasino del 28 de junio de 1995. 0649-S-95; y tal como por ejemplo lo testimonia el "informe producido el 4 de junio de 1840 por el Dr. Valentín Alsina ante el Jury de imprenta de Apelación en el Juicio promovido por el Ministerio Fiscal contra el Gral. Felix Alzaga el Defensor de éste Dr. Alsina, con motivo de la sentencia del Jury de Primera Instancia dada el 31 de mayo anterior", en el que el Jury de apelación revoca la condena en que el Jury de primera Instancia condena a Alzaga ante el impedimento de escuchar su descargo ante el Jury que debía Juzgarlo, condenándolo consecuentemente por calumnia. Bs. As. 1840 Ed Hallet y Cia.

escrito, parcial, secreto y violatorio de los derechos y garantías del acusado, además, la UBA y el Poder Judicial fueron cooptados por ella y durante años sirvieron de reservorio para el mantenimiento del statu quo.

Con la implementación del sistema inquisitivo la jurisdicción se trasladó a los jueces permanentes -delegados del gobernante-, con pretensiones de independencia. El procedimiento se desarrolla, entonces, bajo la égida de un juez con poderes omnímodos, mientras que el imputado pasa a ser un mero objeto de prueba perdiendo prácticamente todos sus derechos, empezando por el de ser juzgado por sus pares.

Se han argumentado razones **científicas**. En ello, la escuela del positivismo jugó un gran papel al momento de impedir la efectivización del jurado en la Argentina¹³. Así, exigió que fueran grandes conocedores de la ley quienes decidieran sobre cuestiones planteadas ante los estrados judiciales. La figura del juez, según la tesis positivista, presupone la existencia de "un buen hombre de familia", aquella persona con conducta intachable que dirá cuál ha sido "la verdad" de lo sucedido.

A decir verdad, un parangón ambiguo, ya que apela también al sentido común (al que no son ajenos los ciudadanos legos) y así lo ha expresado Sandro: "(...) como el imputado habría podido darse cuenta de la ilicitud de su accionar, para que su conducta sea reprochable, de la misma manera, un jurado, como ciudadano, puede percibir ante un estrado la ilicitud de un hecho ya que su función es analizar los hechos(...)"¹⁴

Según la tesis positivista sólo a través de ese experto se puede definir o determinar un derecho u obligación. La aplicación de la ley queda entonces para los más y mejores conocedores con cierto perfil sobrehumano. Un discurso tal hace que valga más admitir llanamente la postulación de la aristocracia (obligado es prevenir que, por vivencia sabemos, degenera en oligarquía). Y tal cual, el cuerpo judicial presenta hoy caracteres corporativistas.¹⁵

¹³ Respecto de los argumentos antijuradistas, Hendler señala que, lo que tuvo una importante influencia para desbaratar el cumplimiento del mandato Constitucional, fue el Positivismo. Algunos autores afirmaban que los legos electos conforme a la suerte, representan la cualidad predominante del pueblo, que es la ignorancia. Consideran que los hombres que van a juzgar, deben poseer los conocimientos necesarios para comprender al delincuente. La postura de ésta escuela tiene como objeto de estudio al hombre, y no la ley. Como consecuencia, el positivismo, minimizó el debate acerca del Jurado, y no le dio lugar a la equidad.

¹⁴ Sandro, "Reflexiones s/ el jurado popular" En éste punto Hendler coincide con Sandro, quien, en uno de sus trabajos, explica que la cuestión de la inidoneidad de los legos, sin experiencia para pronunciar un juicio, que supone la aprobación o desaprobación social de una conducta es una falacia en tanto la imputación de un delito supone un aspecto subjetivo en donde no se exige un conocimiento técnico de la ley violada, sino el saber común, el conocimiento real de los presupuestos objetivos del tipo y la posibilidad de comprender la antijuricidad de la acción que se realiza. Por eso, es absurdo, según el mencionado autor, que el ciudadano pueda comprender la criminalidad de un acto propio y no esté en condiciones de comprender la criminalidad de un acto ajeno que trata de juzgar a otro con las mismas pautas de valoración social que le incumben.

¹⁵ El oscurecimiento de la justicia penal está vinculado al proceso paralelo, tendiente a impedir el control de lo que hacen los jueces. La judicatura no ha sido entendida como una función estatal, creada por los ciudadanos y pagada por ellos, sino como un estado natural, como un "orden sagrado". Tras estos mecanismos, está escondida una ideología elitista, que se nutre de las viejas concepciones del derecho natural. Binder; El jurado, según Hendler, es un medio idóneo para descorporativizar la administración de Justicia, ya que las personas que integran el Poder Judicial son seleccionadas entre aquellas ya pertenecientes al mismo en sus categorías inferiores. La incorporación al sistema, está condicionada a ciertas pautas, como el acatamiento de los criterios jurisdiccionales de los Tribunales Superiores, el respeto por la jerarquía, etc. Todo esto da como resultado que la Justicia republicana actualmente esté formada por personas que no representan a los distintos sectores sociales; entiende a la participación popular como una instancia de comunicación, en donde los conocimientos del Jurista deben estar al alcance de quienes no invisten esa calidad. El jurado es un medio idóneo para descorporativizar la administración de Justicia, ya que las personas que integran el Poder Judicial son seleccionadas entre aquellas ya pertenecientes al mismo en sus categorías inferiores. La incorporación al sistema, está condicionada a ciertas pautas, como el acatamiento de los criterios jurisdiccionales de los Tribunales Superiores, el respeto por la jerarquía, etc. Todo esto da como resultado que la Justicia republicana actualmente esté formada por personas que no representan a los distintos sectores sociales. La participación popular es como una instancia de comunicación, en donde los conocimientos del Jurista deben estar al alcance de quienes no invisten esa calidad.

Esta discusión ha tenido una importancia relevante no solo por influencia de aquellos positivistas que entendían que tratar judicialmente a un acusado no requería menos técnica que lo que requiere un médico para tratar a un enfermo, sino por inspiración de aquellos que postulaban que era posible la separación entre hechos y derecho¹⁶ y que veían a los jueces como “maquinas de subsumir” conductas humanas en tipos penales¹⁷.

Y lo cierto, es que los grandes precursores de dicho argumento postulaban asimismo doctrinas dogmáticas personalistas. Vinculación ésta que tampoco resulta irrelevante.

También en el ámbito **filosófico** se han opuesto auténticos sofismas. Así se afirmó que el hombre o ciudadano común carecía de capacidad para cumplir el papel de juzgador frente a un caso concreto. Cuando ya el diputado Del Valle Iberlucea sin tapujos hizo ver que “(...)¿Y no tendremos nosotros la capacidad suficiente para soportar una institución como ésta que ha sido establecida desde el origen de las sociedades, aunque de una manera informe? Yo creo que no puede argüirse esto sin hacer un insulto al pueblo argentino(...)”¹⁸. Esta subestimación del pueblo argentino que se remonta a principios del siglo pasado, es totalmente anacrónica¹⁹. Desde la consolidación de Argentina como nación, se ha entendido que los ciudadanos eran incapaces de constituir un jurado ya que la idiosincrasia del pueblo argentino no permitía lograr una aplicación eficaz del instituto²⁰. Esto se traduce hoy en la ausencia de conciencia cívica que padece al pueblo argentino. Y su exclusión generó el descrédito y deslegitimación de la administración de justicia²¹. La posición contraria reivindica la madurez cívica de nuestra sociedad, y reclama en cuanto al instituto del jurado, el deber de cumplir con el mandato constitucional y la necesidad de efectivizar el derecho ciudadano de participar en el Poder Judicial²².

¹⁶ Así Maier, en op. cit. Explica que se ha pretendido describir formalmente este sistema, desde el punto de vista jurídico, explicando que los jurados se pronuncian sobre los hechos históricos, sobre la existencia o inexistencia en el mundo real del comportamiento que se le imputa al acusado, para lo cual son sometidos a un interrogatorio que debe dar respuesta a una o varias preguntas, según las distintas formas de proceder de las variadas leyes procesales que trabajan con el jurado, mientras que los jueces profesionales deciden sobre la aplicación del derecho penal. La explicación es irreal y mezquina. Una separación estricta entre hechos y derecho en la decisión judicial es imposible. Se parte siempre de preconceptos normativos que indican cuáles son los elementos de la realidad que interesan al derecho (selectividad histórica). De modo que la decisión del jurado supone no sólo resolver acerca de la existencia o inexistencia de los hechos sino también respecto de la aprobación o desaprobación social del comportamiento juzgado.

¹⁷ Respecto de la falta de conocimientos técnicos y experiencia de la que carecerían los ciudadanos, Hendler demuestra que es un error poner en oposición a los Jurados con los Jueces técnicos, debido a que el sistema de Juicio por Jurados no prescinde de los Jueces Letrados, sino que se complementan unos con otros. La intervención de legos favorece la popularidad de la administración de Justicia. Encuentra en el Juicio por Jurados un modo de desburocratización de la Justicia Penal. Explica que la Justicia Técnica sin participación popular caería en un esquema en donde el hábito de juzgar se dejaría influir por estereotipos formales que distorsionan la realidad. Mientras que la justicia con participación popular se desburocratiza por dos motivos. Uno, la función del jurado es una actividad esporádica en la vida de las personas, por lo que no puede convertirse en un hábito, lo que garantiza el sentimiento penal de la sociedad. El otro motivo es que el juez técnico tendrá, a través del jurado, una comunicación permanente con la realidad social.

¹⁸ 3 de agosto de 1920, Cámara de Senadores 23ª reunión, 19ª sesión ordinaria.

¹⁹ Carlos Elbert..... “(...) esta línea de pensamiento es, entre otras cosas, paternalista u obsoleta(...)”. En el mismo sentido, Hendler refuta éstas cuestiones respecto de la insistencia que el pueblo no está preparado y que requiere una alta responsabilidad cívica, dicho argumento tiene una raíz autoritaria y sirve para justificar cualquier alejamiento de la democracia. En cuanto a la responsabilidad cívica de la ciudadanía argentina, no fue puesta a prueba en el ámbito de la administración de Justicia y, por otro lado, una virtud del Jurado es la de contribuir a formar una conciencia cívica.

²⁰ Tocqueville decía que el jurado es el modo en que el programa normativo adquiere sentido para la sociedad. Analizando esto quiere decir que es el mejor camino para que el pueblo tome las decisiones y es el mejor modo para enseñarle a decidir.

²¹ Así, Hendler, señala que si bien puede observarse en la realidad que existe un descreimiento y apatía del pueblo para acceder a la justicia con el fin de resolver sus conflictos, esto no necesariamente implica desinterés del pueblo en participar en la justicia, no sólo como parte en un juicio, sino en el rol de juzgador.

²² Por la claridad de la exposición, por todos los autores que se refirieron sobre el tema, Avellaneda “(...) De esta manera todos nuestros intereses reclaman el establecimiento del jurado, a fin de tener un sistema judicial que responde a la índole de nuestras instituciones(...)”; Julio A. Roca y Eduardo Wilde en la 50ª sesión Ordinaria del 3/9/1884 “(...) La falta del hábito no

No faltan los argumentos **económicos**, que también juegan un papel determinante, y sobre todo en épocas de crisis financiera y económica. A pesar que no todo se reduzca a cuestiones monetarias hay quienes defienden la decisión de obviar la implementación del jurado ya que se tornaría demasiado oneroso tanto su organización cuanto su eficaz funcionamiento. Esta clase de hipótesis son las que evalúan en una lógica de "costo-beneficio" la puesta un marcha de un instrumento vital de uno de los poderes del Estado, errando en cuanto confunde los niveles de análisis.

Quizá baste evaluar un proyecto de redistribución de los recursos y el modo con que se emplean hoy.²³

implica la imposibilidad de que el pueda arraigarse en la sociedad, y es obvio que si en atención a esa falta hubiera de retardarse el cumplimiento del mandato Constitucional, el país debería abandonar la esperanza de ver establecido el Jurado.”; Cámara de senadores, Sesión 19ª ordinaria, 3 de agosto de 1920, Del Valle Iberlucea “(...)Programa mínimo del Partido socialista: El jurado es la justicia del pueblo aplicada por el pueblo mismo y nunca puede afrezer para las personas los peligros de una justicia discernida por hombres surgidos de una clase aferrada egoístamente a la conservación de sus intereses materiales y de sus privilegios sociales.Los jueces del crimen y de instrucción cuando no se trata de un individuo de la clase dominante, olvidan generalmente la presunción de inocencia establecida por Jeremías Bentham y ven en cada acusado un culpable(...)”; Raúl Eugenio Zaffaroni“Dimensión política de un Poder Judicial Democrático” t. 149 pág. 857”...pero lo que nos resulta penoso es que se pretenda negarla frontalmente con argumentos folkloristas. En tanto que por folklórico entendemos algo sumamente respetable, por folklorista entendemos una caricatura del folklore y bajo este acápite caricaturesco colocamos ese género de argumentos con que, en toda ocasión y materia, se pretende rechazar las reformas que impulsan a la democracia y que, en todo caso, serían los siguientes: **a.**Que nuestros países no están preparados **.b.**Que no tenemos juristas **c.**Que se trata de instituciones foráneas que se oponen a nuestras tradiciones nacionales. **a.**Nunca se define en estas ocasiones al país preparado para algo. Se trata de una frase hecha que oculta los mayores autoritarismos. Si de preparación se trata , las largas guerras civiles que cundieron por todos nuestros países después de la independencia, no harían mas que probar que no estábamos preparados para ella. En consecuencia los que sostienen esta posición si fuesen coherentes, hubiesen sido realistas y combatido a Bolivar, Sucre, San Martín, etc.Por otra parte, con demasiada frecuencia hemos oído que nuestros países <no estan preparados para la democracia>, y omitimos calificar a quienes así se expresaron por obvias razones de estilo académico.Nadie esta preparado para la democracia ni para las reformas democráticas: la preparación resulta de la propia dinámica de la reforma.No lo estaba la Italia de Postguerra, saliendo del fascismo y derrotada en una guerra; no lo estaba la francia que salía de la ocupación y de Vichy; no lo estaba la España que salía del franquismo ni el Portugal que salía del salazarismo.Y ello es lógico porque no se puede poner el carro delante de los bueyes. **b.**Si en alguno de nuestro países el nivel jurídico no es muy elevado, no creemos que pueda lograrse la elevación del mismo, con una magistratura empírico primitiva en que para ingresar y promocionarse o para litigar frente a ella, sea título suficiente el compadrazgo con el político o el juez supremo de turno. El nivel técnico y de independencia de una magistratura marcará el paso del nivel jurídico de un país y no puede aspirarse a un nivel jurídico alto con magistraturas deterioradas, empíricas y dependientes.Volvemos a colocar el carro delante de los bueyes. **c.**El tercer argumento es en cierto sentido el mas curioso, pero al mismo tiempo el que nos resulta el mas irritante –es menester confesarlo- porque mezcla las nacionalidades y nuestras culturas con lo antidemocrático, con lo degradado, y en ocasiones con lo corrupto.¿Cuáles son nuestras tradiciones?¿Los jueces deteriorados y las magistraturas dependientes?¿Las designaciones arbitrarias de los amigos?¿Acaso la corrupción es nuestra tradición? Y en cuanto a que las instituciones del modelo democrático de derecho son foráneas:¿Acaso nosotros inventamos las repúblicas?¿No son foráneas las instituciones en que se inspiraron todos nuestros constituyentes?¿Somos los autores de la Carta de Virginia o de la Declaración de 1789?¿Nuestras constituciones no adoptan acaso instituciones europeas o norteamericanas?¿Hemos inventado el unitarismo y el federalismo?Creemos que el argumento no resiste el menor análisis racional, pero lo grave es que su falacia ensucia las mejores tradiciones de nuestros pueblos, con la pretensión de que instituciones deterioradas y antidemocráticas enraizan con nuestras culturas.Por ello, no solo se trata de argumentos autoritarios insostenibles e irracionales, sino que son argumentos altamente ofensivos para nuestras culturas, para los ideales por los que siempre han luchado nuestros pueblos y para los hombres que en todos los tiempos han procurado mejorar nuestros niveles jurídicos.”

²² Conforme los antecedentes apuntados en el fundamento del proyecto de ley del Augusto J.M. Alasino del 28 de junio de 1995. 0649-S-95; y tal como por ejemplo lo testimonia el “informe producido el 4 de junio de 1840 por el Dr. Valentín Alsina ante el Jury de imprenta de Apelación en el Juicio promovido por el Ministerio Fiscal contra el Gral. Felix Alzaga el Defensor de éste Dr. Alsina, con motivo de la sentencia del Jury de Primera Instancia dada el 31 de mayo anterior”, en el que el Jury de apelación revoca la condena en que el Jury de primera Instancia condena a Alzaga ante el impedimento de escuchar su descargo ante el Jury que debía Juzgarlo, condenándolo consecuentemente por calumnia.Bs. As. 1840 Ed Hallet y Cia

²³ Así Bruzzone, establece que la cuestión presupuestaria no puede soslayarse.En tiempos de recorte del presupuesto es ingenuo suponer que la ley de instauración de juicios por jurados será aprobada sin una descripción del costo real que implicará ponerla en funcionamiento y sus costos para mantenerla.En nuestro sistema jurídico ni siquiera está preparada la infraestructura,ya que habría que modificar ciertas partes de los lugares donde se realizan los debates,ya que muchas veces el lugar es insuficiente para ubicar a los testigos,por lo tanto es obvio que para un jurado compuesto por doce personas habría que realizar modificaciones.

En los intentos de instauración de esta institución, en nuestro país no se han discutido los temas referidos al aspecto económico, lo que da el indicio de que el tema no ha sido tratado con la seriedad suficiente. Dicho autor explica que su

Pero habrá que plantearlo de forma tal que no se pierda de vista que se trata de una institución política y no sólo de un gasto político más. Además, en virtud de la reestructuración judicial que supone el juicio por jurados, los recursos y gastos del Poder Judicial se utilizarán en forma diferente a la actual pero ello no implica que se torne más oneroso. Huelga mencionar que ya es costumbre internacional el criterio en base al cual un Estado no puede incumplir las reglas puestas para su funcionamiento, desconociendo los derechos que amparan a sus ciudadanos alegando la falta de recursos, toda vez que ello no constituye razón suficiente.

En su posición de antijuradista, Carlos Elbert, opone que los costos que el mismo acarrea dificultaría la incorporación del jurado. Cree que los inconvenientes que se produjeron con la incorporación de la oralidad en el proceso penal en cuanto al reclamo de futuros salarios caídos, costos de transporte y alojamiento, se reproducirán en caso de incorporarse el juicio por jurados. Sin embargo, el haber superado el problema de los costos que se produjeron con la incorporación de la oralidad en el proceso penal, permite tener una visión optimista y pensar que en caso que surjan nuevamente este tipo de problemas con la incorporación del jurado, estos serían superables.

Por último en materia **constitucional** se han formulado algunas interpretaciones bastante antagónicas con la letra expresa de la Constitución. Así, Néstor Pedro Sagüés refiere que la ausencia de requerimiento ciudadano, y la desidia legislativa generaron una práctica de desuetudo. Pero si bien el análisis que realiza el citado constitucionalista merece nuestro mayor respeto, es posible observar, nuevamente, que se pasa por alto que la omisión de un poder del Estado no puede tornar inexistente una prerrogativa ciudadana.

En relación al incumplimiento del mandato constitucional, Carlos Elbert sostiene que la inclusión de la mencionada cláusula es un injerto involuntario en nuestra legislación y es probable que su olvido haya sido más lógico y sabio de lo que se pretende, en la medida en que fueron las instituciones europeas continentales, y no las anglosajonas, las que se fueron afirmando en nuestro país. El desuetudo debe interpretarse como un desinterés social hacia el instituto en cuestión²⁴.

También a criterio de Bidart Campos, dentro de las normas programáticas algunas imponen, en su formulación, al legislador la necesidad de inmediata reglamentación y otras dejan plazo abierto al congreso²⁵. Sin embargo, tanto unas como otras han sido redactadas persiguiendo una misma y única finalidad, esto es, el hecho de que el legislador las convierta a la realidad cotidiana y que puedan de esta manera ser ejercidas²⁶.

intención no es dejar planteadas objeciones que abonen la tesis de los antijuradistas, ni tampoco insistir sobre el falso dilema entre eficiencia versus garantías, desde una visión economicista que se desentiende de los principios. Por el contrario, intenta efectuar un aporte que nos permita reflexionar con seriedad acerca de la institución que se pretende instaurar, debemos ser concientes de todas las consecuencias implicadas para evitar su fracaso. Si se distribuyen los fondos destinados al poder judicial de una manera eficiente sería posible lograr su instauración.

²⁴ Sin embargo, la falta de vigencia sociológica no les quita vigencia normológica, cuya subsistencia permite aplicarlas en cualquier momento.

²⁵ Bidart Campos, op. citada.

²⁶ Bidart Campos sostiene que los titulares de derechos declarados en normas programáticas podrían invocarlos judicialmente, alegando que la omisión de la ley reglamentaria se convierte, después de un lapso considerable, en omisión inconstitucional; contradictoriamente, al referirse al juicio por jurados argumenta que la fórmula utilizada por el art. 118 contiene un deber para

Por fortuna la reforma de 1994 permite reafirmar la vigencia del mandato constituyente al legislador. Más aun si tenemos en cuenta que el art. 24 se encuentra en la parte dogmática de nuestra constitución y que a través de la incorporación de los pactos internacionales sobre derechos humanos que estatuyen el juicio acusatorio, refuerzan la institución que es parte esencial de aquel modelo²⁷.

Con esto queda demostrado que, el hecho de que no se halla impuesto la obligación al legislador de llevar a cabo la implementación del jurado popular en un tiempo determinado, no da lugar a afirmar que nadie tiene derecho a que se dicte una legislación determinada. Desde el momento que el juicio por jurados es considerado "un derecho de los ciudadanos" cualquier integrante de la república podría exigir su materialización²⁸.

No se trata de una desuetudo popular, en el sentido de que la gente haya renunciado expresamente a la garantía, sino que han sido los jueces profesionales quienes han rechazado la institución y los legisladores quienes incumplieron el mandato popular. Como dice Nino²⁹, se trata de "un mero gesto que alude vagamente a la derogación por desuetudo de ese mandato y a su incompatibilidad con la idiosincrasia del país", con el cual "se deja de lado una exigencia expresa y reiterada de la Constitución, con lo que se contribuye a socavar el respeto que ella recibe como fundadora de una practica comunitaria": "Uno de los síntomas de la tendencia a la ajuradicidad y de la dificultad para constituir en la Argentina una práctica constitucional continua, que constituya el marco estructural que otorga eficacia a las decisiones democráticas, es la ligereza con que ha sido tomada esta prescripción de la Constitución Nacional".

Otro argumento en su contra se relaciona con la mayor permeabilidad que se atribuye, podrían tener los jurados populares a las **influencias de la opinión pública o de la prensa**. Se dice que los jurados son fácilmente sugestionables, que juzgan por emoción, y esto los puede llevar por indignación a injusticias por exceso, pero este peligro también lo ofrece el juez oficial, porque sobre todo frente a procesos de resonancia, sabe que si falla en sentido contrario a lo que opina la sociedad, él puede ver cuestionada su imagen pública, y ser hasta sometido a juicio político, o tener dificultades para su carrera futura, pero fíjense que este condicionante no lo tiene el jurado ciudadano pues no depende su futuro profesional o su vida del sentido en el que dicte la sentencia, el tiene su trabajo , lo sacan para ser jurado, cumple su función como tal emite el fallo y vuelve a su fabrica, negocio o clínica, a su casa, no tiene cargo oficial que cuidar ni carrera futura que prever.

el legislador, pero un deber que no es de cumplimiento inmediato por lo tanto la norma comentada podría entenderse como si se dijera aproximadamente lo siguiente: "no hay derecho al juicio por jurados mientras esa institución no sea establecida por la ley" y más aun "deparada al legislador esa holgura de tiempo, cabe decir, que nadie tiene derecho a que se dicte una legislación determinada", Manual de la Constitución reformada, ed EDIAR, S.A., ed 1998, pág. 355 tomo I , 302, tomo II y 180 Tomo III.

²⁷ Cafferata Nores "Congreso Internacional de Juicio por Jurados en Materia Penal", La Plata 1997, pág. 121

²⁸ Para Hendler, el Juicio por Jurados es un derecho del acusado. Difiere de Bruzzone, quien considera al Juicio por Jurado como una obligación. Bruzzone llega a dicha conclusión tomando como referencia al Juez Magariños, cuya opinión se basa en la interpretación del antecedente del texto Constitucional, la Constitución de los Estados Unidos. Dicha Constitución, en el artículo III, se refiere a que "el juicio de todos los delitos... será por Jurados"; y en la enmienda sexta, enuncia como derecho del acusado el Juicio rápido y por un Jurado imparcial. En nuestra Constitución, la enmienda mencionada no tiene ningún equivalente, razón por la cual el Jurado deja de ser un derecho para ser una exigencia de carácter institucional. Según Hendler, el adjetivo totalizador, empleado tanto en la Constitución Argentina, como Norteamericana, tiene el sentido de impedir que se hagan excepciones a aquello que es un derecho o garantía del acusado.

Bien, hasta aquí se ha dicho mucho, y mucho más que lo que aquí se ha señalado. No obstante, los argumentos esgrimidos se reconducen a criterios ideológicos de neto corte aristocrático y autoritario³⁰.

Las argumentaciones **políticas** responden básicamente a la dinámica de la vida institucional de la Argentina desde 1853 hasta la actualidad. Si bien en el siglo XIX los vaivenes políticos no fueron comparables con los acontecidos en el siglo XX, nunca hubo voluntad por parte de aquellos mandatarios de establecer esta institución como tampoco tuvo lugar debate democrático alguno en dicha época, en virtud del cual se pudiera implementar la construcción de instituciones populares. La frecuencia con que se sucedieron los gobiernos de facto en la vida institucional hacían retroceder a la sociedad varios logros y avances en el ejercicio y goce de la democracia.

Tanto por parte de los gobernantes como así también de los gobernados - quienes no exigían sus derechos- la institución devino en una figura virtual cuya posible existencia resultaba utópica. Todo este proceso se logró gracias a la indiferencia y a las necesidades sociales que padeció el pueblo argentino, y no sólo durante los numerosos gobiernos de facto sino también mientras regían gobierno de iure.

Cabe analizar, en este sentido, la importancia que revelan las características del sistema político vigente en un país determinado. El sistema de estado y de gobierno en el que actualmente se desenvuelve nuestra sociedad exige una la participación ciudadana en todas las funciones de gobierno.

De hecho, se afirmó con elocuencia que carece de sentido que el pueblo participe en la formación de las leyes que lo rigen y se encuentre excluido de la aplicación de la misma³¹.

Resulta forzoso entender al jurado como una institución política que nace y vive en el marco de una sociedad con criterios de carácter democrático y republicano.

Desvelado el trasfondo político, queda expuesto que lo que llevó al fracaso los proyectos de implementación del juicio por jurados fue la lucha por el poder y la oposición a una nueva forma de participación ciudadana y semidirecta.

Según nuestro análisis, tales discursos configuran reales eufemismos que encubren tras argumentos científicos, constitucionales, económicos, y filosóficos, verdaderas ideologías políticas de dudosa legitimidad, logrando tergiversar el debate que merece la operatividad de este instituto.

La peor consecuencia del repliegue del juicio por jurados se refleja en el sistema de enjuiciamiento. La organización de los sistemas de justicia, la sanción de leyes de fondo y las formas procesales son instrumentos privilegiados de la política criminal.

La “mejor justicia” no alude a un parámetro objetivo cuando se la mira por el resultado, sino que responde a una valoración política del fallo, con lo cual un mismo fallo puede representar mejor o peor la administración de justicia.

³⁰ Calamandrei, Piero “Estudio sobre el proceso civil”, Ed. Bibliográfica Arg. 1945, pág. 136/137. Así, también, Luis René Herrero y Carola Capuano Tomey, op. cit., pág 748. Y en la misma obra Jorge Vázquez Rossi “El Jurado en causas penales”, pág 680. También Maier, La concepción que, políticamente, rechaza el juicio por jurados tiene, sin duda, raíces autoritarias. Históricamente la participación de los ciudadanos en los tribunales de justicia es sinónimo de una administración de justicia republicana y del Estado de Derecho y Estado Constitucional actual. “Derecho procesal Penal Tomo I Fundamentos”, ed. Editores del Puerto S.R.L., 2ª ed. 1999, 1ª reimposición.pág. 777.

³¹ Carrara, citado por Del valle Iberlucea en la 23ª reunión, 19ª sesión ordinaria de la cámara de Senadores de del 5 de agosto de 1920

Consecuentemente, lo que interesa en la discusión sobre el jurado no es el resultado final, sino la forma original del procedimiento para arribar a ese resultado, esto es, la legitimación que le confiere al fallo la participación popular en la administración de justicia y la garantía individual que representa la intervención de un jurado de vecindad como autorizante o desautorizante del uso, por parte de los funcionarios detentadores del poder estatal, de la coacción penal.

Por último, otra razón por la cual no se ha cumplido con el triple mandato constitucional es que el jurado ha sido concebido como un fin en sí mismo, y no como una forma más de participación ciudadana.

3. OBJETIVOS. UNA PERSPECTIVA COMPLETA. LOS ÁMBITOS EN QUE SE ENMARCA. LA LEGITIMACIÓN DEL PROCESO.

Nos hemos propuesto dar otra mirada a la institución del jurado en la Argentina discutiendo alrededor de nuevos ejes. No tanto en aras de revestir de otro ropaje a las argumentaciones ya conocidas sino para repensar motivos adicionales que, quizás y en gran medida, sean los que dificulten y traben su implementación.

La hipótesis de este trabajo es entender al jurado como una más de las múltiples formas de participación popular en la administración de justicia y específicamente en el proceso penal.

Precisamente una cuestión inescindible en el marco teórico de esta afirmación es estudiar la aplicación del jurado en el ámbito de una nueva estructura judicial. Tal como funciona el Poder Judicial actualmente sería no sólo desprolijo sino también ineficaz poner en marcha la institución del jurado sin antes replantearnos ciertas concepciones y figuras del Derecho Procesal Penal. Somos conscientes que la discusión del jurado remite a todos los problemas y cuestiones del derecho procesal penal como valoración de la prueba, recurribilidad de las sentencias, facultades judiciales, accionar del ministerio público. Pero ello sólo confirma la necesidad de reformar todo el marco en que se inserta la institución.

En el curso del proceso existen varias oportunidades a partir de las cuales se efectúa la participación popular, a saber: denuncia de la víctima que resultó ofendida en delitos de acción privada, suspensión del juicio a prueba, mediación, juicio abreviado. Y deberían contemplarse el principio de oportunidad³², la absoluta disponibilidad de la acción por parte de la víctima, la investigación a cargo del fiscal como perseguidor, la oralidad del juicio tornándose casi efímera la instrucción preliminar preparatoria.

Por todo esto, resulta forzoso entender que el jurado es la expresión más pura, plena y máxima del ejercicio de poder del ciudadano dentro del procedimiento.

Para permitir analizar las alternativas viables de formas de implementar de un modo eficiente el mandato constitucional y el derecho de todo ciudadano, nuestro objetivo es demostrar cómo muchos de estos autores siguen enfrascados en discusiones ya agotadas, desgastando la posibilidad de crear y dar vida a una institución que hace largo tiempo está esperando para tomar un activo y revolucionario papel en la sociedad argentina.

³² Si pretendiéramos proceder en la totalidad de los casos penales que ingresan al sistema fracasaríamos sin duda. Por ello es necesario hablar de una privatización del sistema penal. Un sistema de selección de casos, desde el punto de vista práctico, es imprescindible político-criminalmente. Para elaborarlo es útil tener en cuenta, amén del criterio de igualdad ante la ley, dos argumentos insoslayables: que la necesidad político-jurídica del juicio público se refiere al uso de la coacción penal estatal; el aforismo *minima non curat praetor* que puede incluir soluciones abreviadas para el derecho penal de bagatela. Ello se compadece, además, con el principio de subsidiariedad del derecho penal (pena estatal = última ratio de la política social).

Consecuentemente, resulta imperioso superar la discusión de ciertas cuestiones que desvanecen las apuestas de implementación del jurado.

La decisión política de establecer el jurado reclama de una enorme reorganización judicial que horizontalice los tribunales de justicia tornando así a la organización judicial en un método más democrático³³.

En cuanto a la justificación de la pena, se sostiene que la decisión del jurado es una de las condiciones para que el individuo cumpla una pena estatal ¿En qué sentido es una condición?: una de carácter simbólico, la elección de ciudadanos para que autoricen a los funcionarios del Estado competentes, a los jueces en este caso, a la utilización del mecanismo de mayor violencia formal que ha ostenta el estado moderno.

De hecho este es su primer y más importante sentido. La misma constitución que impone al estado actuar bajo aquella autorización es la misma que consecuentemente dijo y proclamó “La nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal...”, yo diría que todavía no es así, no lo fue durante años pese a estar dispuesto, y aún no está adoptada.

Precisamente esta conexidad viene dada por la pertenencia coherente y armónica a un modelo determinado en el que se ubican cada uno de los señalados elementos cuyos caracteres propios y formas sustanciales denotan el criterio politicocriminal postulado.

Se trata pues de analizar el juicio por jurados bajo la doble perspectiva política e institucional que involucra. En efecto, la elección de un modo de proceder – siempre, y en todo ámbito que se trate-, lleva implícita la opción, necesariamente previa, por un modelo de Estado y derecho³⁴. Y, en cuanto a ello, Democracia como forma de estado y República como forma de gobierno reclaman un determinado modo de proceder

³³ Maier, es necesaria una reforma en el procedimiento. Uno de los primeros problemas que surgen se refiere a la imparcialidad de los jueces, con y sin jurados. El temor de parcialidad puede solucionarse si se revierte la costumbre nacional del sistema de recusación con tanta amplitud. Este sistema es absolutamente contrario al de juicio por jurados. Aquella tradición no sólo no admite la recusación sin causa en materia penal sino que además el mismo juez es quien interpreta restrictivamente un reglamento taxativo de causales y no admite causas análogas en seriedad a aquellas que están regladas, únicas por las cuales puede resultar el apartamiento del juez del caso concreto. Un segundo problema reside en las relaciones entre la instrucción preparatoria y el juicio. Un juicio por jurados sería incompatible con aquellos códigos que prevén un juez de instrucción, porque el juicio parte de las actas anteriores al juicio, salvo la excepción de los documentos, los que realmente nacieron como documentos, no pueden ser leídas, y la autoridad que les brinda un tribunal que funciona como inquisidor, como tribunal de instrucción, no puede ser adosada al juicio; el testigo y el perito deben participar del juicio y el imputado tiene el derecho de confrontarse con ellos durante la audiencia del debate. El tercer problema radica en el procedimiento intermedio y la preparación del juicio. El procedimiento intermedio es meramente preparatorio, escrito y voluntario, sin audiencia. En los tribunales por jurados no sólo existe un jurado para el procedimiento intermedio (el gran jurado), sino que además su decisión parte de una audiencia pública. El cuarto problema consiste en los recursos contra la sentencia. Con respecto a este punto cabe destacar que la decisión judicial no reconoce el recurso del acusador por el principio del non bis in idem. Nosotros sostenemos un sistema totalmente bilateral de recurso contra la sentencia. Ello no es posible en un tribunal por jurados ergo todo el régimen de recursos debería ser modificado..op. cit.

³⁴ “Elegir un modelo de magistratura implica, pues elegir entre la arbitrariedad, la exegesis o la dogmática, es decir elegir un modelo de derecho o saber jurídico. Como vemos, en esto se juega la mayor o menor dosis de racionalidad en la solución o decisión de los conflictos jurídicamente institucionalizados. Con la cuota de racionalidad se juega la cuota de republicanismo. La república es un ideal que procura racionalizar el poder; la democracia es otro ideal que procura agotar en el pueblo la única fuente de poder terreno. Estos ideales se van concretando históricamente en diferentes grados y medidas. La jurisdicción debe avanzar a ese ritmo, acompañando la materialización de esos ideales, pues no habrá progreso republicano y democrático sino a través de una jurisdicción que lo garantice con su estructura funcional. El efectivo control de constitucionalidad y el gobierno autónomo del poder judicial son los pilares en que se han asentado las democracias avanzadas que surgieron en la última postguerra, sobre las ruinas dejadas por los descaminos anteriores.” Raúl Eugenio Zaffaroni “*Dimensión política de un Poder Judicial Democrático*” t. 149 pág. 878”; en el mismo sentido Avellaneda “(...) Todos nuestros intereses reclaman el establecimiento del jurado, a fin de tener un sistema judicial que responda a la índole de nuestras instituciones(...)” Sesión ordinaria 19^a 3 de agosto de 1920.

para su realización fáctica.³⁵ Así los institutos instrumentados para la consecución de aquella meta proclamada como modelo a alcanzar, evidenciarán la idoneidad, o en su caso, la contradicción, que en definitiva imposibilitaran su realización.

Sin duda Argentina, no ha sido por mucho, consecuente con el modelo delineado, soslayando hasta hoy los fundamentos dados por los juristas y legisladores de nuestra primera época independiente³⁶.

Bajo la perspectiva política de esta institución se ha dicho de ella “Nos parece casi inútil insistir sobre la antigüedad y la importancia del Juicio por Jurados en materia criminal. Nuestros abuelos, en la madre patria, lo han considerado siempre como el baluarte de sus libertades civiles y políticas, y lo han defendido con infatigable solicitud”³⁷ y Berenguer “Se temía al Jurado de Acusación como un obstáculo al despotismo, cuyos elementos se preparaban, y ese mismo temor que se le tenía debe hacerlo caro a los amigos de la Libertad.”³⁸

³⁵ Feijoo. Tesis “juicio por jurados” UBA 1869, pág. 40, “(…)Se dice que la libertad política existe bajo dos condiciones. La primera es que la sociedad intervenga en la confección de las leyes. La segunda es que esta misma sociedad intervenga en la administración de justicia(…)” y en el mismo sentido Carrara “(…)Resultará contradictorio negar al pueblo la participación en el ejercicio de la autoridad judicial, cuando se le acuerde la participación en el ejercicio de la autoridad legislativa(…)”. Sesión ordinaria 19ª del 3 de agosto de 1920.

³⁶ Así Julio A. Roca “(…)El juicio por jurados es una institución de que no carece casi ninguna de las naciones civilizadas del mundo. Ella constituye una de las mas preciosas garantías de los ciudadanos en los países libres, asegura la rapidez de los procesos y dando á los acusados jueces dotados de criterio social sujeto á las pasiones y á los diversos móviles que obran para determinar los actos humanos, coloca á la sociedad y á los delincuentes en una situación equilibrada, en la cual la sociedad por una parte se halla debidamente defendida, y el delincuente protegido contra la severidad á veces ciega de la ley escrita.”; también, Nicolás Antonio Calvo “Desgraciadamente la institución del jurado, no se ha planteado aún en nuestro país, y la organización del Poder Judicial Nacional, deja mucho que desear, siendo tanto más necesaria complementarla, cuanto que las ideas adquiridas por la juventud estudiosa en nuestras universidades, adolece de la falta de conocimiento sobre la mayor parte de las instituciones modernas, cuyo modelo solo podemos encontrar perfecto en la de los Estados Unidos. En resumen, como ya lo he dicho en otra parte de mis notas(…) y en los detalles de procedimientos legales se sigue todavía con corta diferencia los que dejó trazados la ley colonial española.” En Comentarios sobre la Constitución Federal de los Estados Unidos, Traducida del comentario abreviado de J. Story, Tomo II-IV edición, Traducido, anotado y concordado con la Constitución Argentina por Nicolás Antonio Calvo, Senador por la Provincia de Corrientes desde 1859 hasta la disolución del Congreso en el Paraná, y actual Diputado por la Capital desde mayo de 1882, nota correspondiente a la segunda edición, 1860. También Mitre “La institución del jurado es un dogma para todo pueblo libre. Nadie puede poner en duda el derecho y cuando damos nuestro voto por la idea general del proyecto, es para que se establezca el juicio por jurados” Diario de Sesiones del Senado, 1871, pág 280; Asimismo Alsina “Grandioso por cierto es el objeto que os ha reunido en este lugar! Investis el carácter, y título honorables de Protectores de la Libertad de Prensa ¿La protegéis o la anonadais consagrando de hecho aquellas teorías? He aquí el punto de vista mas alto de la cuestión. Apoyaos solamente en la ley, en vuestra fria razón, y en vuestra independencia para elevaros hasta él; y no decendais sin haber antes arrojado el rayo de muerte contra las doctrinas subversivas: contra esas doctrinas que decidieron al Juri anterior, y arrancaron su trastornadora sentencia: al confirmarla o revocarla, vais a proscribir o a elevar esas teorías al carácter de ley: vais a aniquilar, o a sostener aquella prerrogativa consoladora que constituye hoy una necesidad bienhechora de los pueblos libres: vais a pronunciaros en el sentido de las añejas pretensiones de los poderes despóticos, o en el sentido de los grandes intereses de la libertad.-Dije (...) Sentencia: Se revoca el auto apelado de 31 de mayo último, fs. 31 vta. Y se devuelven. Rivera-Valle-Miró-Chavarría-Mier.” Ed Hallet y Cia pág. 36. Así también el Sr. Diputado Ocantos en la quinta sesión ordinaria del 1º de junio de 1870 “(…) yo no concibo, señor, la ausencia del Jurado en pueblos en que la República es su dogma de fe política; en que son ellos y solo ellos los que se encargan de sus propios destinos y en que si hay algo que guarde la mas perfecta armonía con sus ídoles y sus tendencias es la administración de justicia ppor el pueblo mismo(…)Lieber ha dicho esta verdad: “En las monarquías el jurado es el gran baluarte de la libertad contra la corona. En las Repúblicas es como un comité del pueblo mismo, del pueblo Rey, que se excita más cuando es excitado, que el que lleva una corona.”

³⁷ Comentarios sobre la Constitución Federal de los Estados Unidos, Traducida del comentario abreviado de J. Story, Tomo II-IV edición, Traducido, anotado y concordado con la Constitución Argentina por Nicolás Antonio Calvo, Senador por la Provincia de Corrientes desde 1859 hasta la disolución del Congreso en el Paraná, y actual Diputado por la Capital desde mayo de 1882, nota correspondiente a la segunda edición, 1860.

³⁸ “Proyecto de Ley sobre el establecimiento del Juicio por Jurados y de Código de Procedimiento Criminal en las causa en que conoce la justicia Nacional, e informe en que la comisión nombrada al efecto en cumplimiento de la ley de 6 de octubre de 1871, expone las razones que sirven de fundamento a las disposiciones contenidas en los expresados proyectos” Buenos Aires, Imprenta y Librería de Mayo 1873 pág. 43.

Pero la apuntada correlación de la dimensión Política e Institucional puede verse evidenciada en la comparación de las razones de legitimación política de la expropiación del derecho pena³⁹. Si en efecto, la legitimidad del derecho penal se determina a través del fin señalado por Luigi Ferrajoli que se refiere a la implementación de aquella medida de fuerza, que define el derecho de que se trata, es una aplicación racional que nos permita dilucidar –en sus palabras- el porque y para que de tal medida. Tras discurrir de entre las posibles y argumentadas, concluye que la pena⁴⁰ -que como tal y en esencia es violencia, de igual modo que lo es el delito-, debe considerar la reducción de la violencia formal también. Si con la pena se evita la “reacción como pena informal” del afectado, debe por lógica infligir un daño en grado menor a la que sufriera el imputado librado a su víctima. Sin ello, evidentemente pierde todo sentido la estatización de la violencia.

En el Sistema Garantista Ferrajoli desarrolla dos pilares legitimantes a los que denomina estricta legalidad y estricta jurisdiccionalidad. Bajo este último ve el sometimiento de la verificación fáctica por el jurado de los pares como una institución judicial, que en tanto se inserte en el marco armónico del juicio acusatorio al que es consustancial, es uno de los modos requeridos que garantizan la eficacia y corrección de la función acusatoria. Así la jurisdiccionalidad se legitima en tanto se estrechan los márgenes de disposición de esta potestad, mediante la averiguación de la verdad y la tutela de libertades (por aproximación, formal o procesal) implicando un juicio cognoscitivo, directa y sustancialmente relacionado con las garantías procesales.⁴¹

Es clara la unidad de sentido en lo expresado por Story y Ferrajoli⁴². Prevalece –o al menos debiera prevalecer-, la dilucidación de la idoneidad que ese medio tiene para conducirnos al modelo proclamado por nuestros constituyentes. En este orden,

³⁹ En el mismo sentido Maier explica que el jurado, políticamente, es una exigencia para los funcionarios permanentes que tienen en sus manos la aplicación del poder penal del Estado, de lograr, para tornar posible la coerción estatal (la pena), máxima herramienta coactiva del Estado de Derecho, la aquiescencia de un número de ciudadanos mínimos que simboliza, de la mejor manera posible -en nuestra sociedad de masas-, política y no estadísticamente, la opinión popular. Op. cit.

⁴⁰ Luigi Ferrajoli “Derecho y Razón”, ed. Tratta S.A. ,4ª ed. 2000, Madrid. Pág. 334, 335 “Hay sin embargo otro tipo de fin al que cabe ajustar el principio de la pena mínima, y es la prevención, no ya de los delitos, sino de otro tipo de mal antitético al delito, que suele ser olvidado tanto por las doctrinas justificacionistas como por las abolicionistas. Este otro mal es la mayor reacción –informal, salvaje, espontánea, arbitraria, punitiva pero no penal-, que a falta de penas, podría provenir de la parte ofendida o de fuerzas sociales o institucionales solidarias con ella. Es el impedir este mal del que sería víctima el reo o incluso personas ligadas a él, lo que representa, me parece, el segundo y fundamental justificador del derecho penal. Pretendo decir **que la pena no sirve solo para prevenir los injustos delitos, sino también los castigos injustos**; que no se amenaza con ella y se la impone sólo ne peccatur, sino también ne punietur, que no tutela solo a la persona ofendida por el delito, sino también al delincuente frente a las penas informales, públicas o privadas. En esta perspectiva la pena “mínima necesaria” de la que hablan los ilustrados, -entendida la pena en el sentido genérico de reacción afflictiva a la ofensa-, no sólo es un medio, sino que es ella misma un fin: el fin de la minimización de la reacción violenta al delito. Y a diferencia del de la prevención de los delitos, este fin es también idóneo para indicar, en razón de su homogeneidad con el medio, el límite máximo de la pena por encima del cual no se justifica el que sustituya a las penas informales.(...)Significa mas bien que el derecho penal asume como fin una doble función preventiva, una y otra de signo negativo: **la prevención general de los delitos y la prevención general de las penas arbitrarias o desproporcionadas**. La primera función marca el límite mínimo y la segunda el límite máximo de las penas. Una refleja el interés de la mayoría no desviada; la otra el interés del reo y de todo aquel del que se sospecha y es acusado como tal. Los dos fines y los dos intereses entran en conflicto, y son sus portadores las dos partes de un proceso penal contradictorio: la acusación interesada en la defensa social y por consiguiente en maximizar la prevención y el castigo de los delitos; y la defensa interesada en la defensa individual y por tanto en maximizar la prevención de las penas arbitrarias. **De los dos fines el segundo –por lo general olvidado-, es sin embargo el más significativo y el que en mayor medida merece ser subrayado.**”

⁴¹ Luigi Ferrajoli “Derecho Y razón” Trotta ed .1995, pág 64 y ss; 117, ss y 574 y ss.

⁴² Luigi ferrajoli Derecho y Razón pág.580 respecto de la garantía de imparcialidad e independencia: “Y el poder Judicial se configura respecto a los otros poderes del estado, como un contrapoder, en el doble sentido en que tiene encomendado el control de la legalidad, es decir la validez de los actos legislativos tanto como el de los administrativos, y la tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a las lesiones que pudieran provenir del estado.”

hay que citar la razón dada por el Juez Story ⁴³ quien señala con inmejorable claridad que ***“El juicio por jurados en casos criminales, es amparar al procesado del espíritu de opresión y tiranía de parte de los gobernantes, y contra el espíritu de violencia y venganza de parte del pueblo. Con frecuencia es a la verdad más importante prestar amparo contra el último que contra el primero.*** Las simpatías de la humanidad entera están alistadas contra la furia y venganza de un solo déspota y se harán todas las tentativas para amparar a sus víctimas. Pero cuán difícil es escapar a la venganza de un pueblo irritado, instigado al odio por infundadas calumnias o estimulado a la crueldad por acervos animosidades políticas o celos desmedidos. Bajo tales circunstancias, apenas puede buscarse la seguridad de alguna otra manera que en el severo control de las cortes de justicia y en el firme e imparcial veredicto de un jurado ligado por juramento a obrar rectamente y guiado solamente por la prueba legal, el sentimiento del deber.”

Todo lo antes dicho pone de manifiesto la armonía entre las ideas de Story con las de Ferrajoli⁴⁴. El jurado sirve al proceso en lo que el fin de la pena propuesto sirve a la legitimación de su aplicación estatal. Sin la perspectiva de la pena señalada por Ferrajoli el derecho penal no se legitima, y sin el jurado no se legitima la instrumentación del proceso. Así un proceso sin jurados, no es un proceso legítimo, como no lo es un derecho penal que pierda de vista al imputado o delincuente y el posible daño infligido por la reacción del afectado, ponderando la magnitud de ambas.

No es posible el divorcio de estas dos ideas. Como lograr el acuerdo y aceptación en la pena impuesta, -y así la protección buscada-, si el pueblo no participa en su juicio⁴⁵.

Así Proceso y Derecho Penal deben tender coherentemente al mismo fin. Y sin un derecho procesal democrático tampoco tendremos -por más que pretendan hacerlo creer- un derecho penal legítimo, pues este es lo que el derecho procesal lo deje ser.

Aparece palmaria la relación de forma sustancial que vincula esta institución con el sistema acusatorio y modelo de Derecho Penal mínimo y legítimo.

Y es que sería irrisorio el intentar armonizar un derecho penal de autor al estilo del de Ferri con esta institución o la instrumentación del juicio por jurados como límite. Imaginemos intentar implementar en forma efectiva el principio in dubio pro reo dentro de una concepción de derecho penal de autor. Los resultados sin dudas serán opuestos a los perseguidos esencialmente por dicho principio, desnaturalizándolo.

No se entiende una democracia sin participación, ni una república sin oponer frenos al poder. La ausencia del juicio por jurados es contradictoria con los postulados constitucionales.

⁴³ *Poder Judicial de los Estados Unidos de América Su organización y atribuciones por José Story Libro tercero de sus comentarios, Traducido del inglés por J.M. Cantilo Buenos Aires, Imprenta del Siglo 1863, pág. 271/2 y en 277 donde también pone de resalto la trascendencia de sus funciones “Según esta sumaria relación es claro que el gran jurado llena funciones de la mayor importancia, y es, una gran garantía para los ciudadanos contra vengativas persecuciones, ya del gobierno, ya de los partidos políticos, ya de enemigos particulares.”*

⁴⁴ En forma coincidente se expresa Oudot, magistrado de la Corte de Casación Francesa de principios del siglo pasado, “...el Jurado de Acusación es el solo medio de preservar a las personas inocentes de acusaciones cuyo objeto sea satisfacer pasiones del espíritu de partido y de la malevolencia...” “Proyecto de Ley sobre el establecimiento del Juicio por Jurados y de Código de Procedimiento Criminal en las causa en que conoce la justicia Nacional, e informe en que la comisión nombrada al efecto en cumplimiento de la ley de 6 de octubre de 1871, expone las razones que sirven de fundamento a las disposiciones contenidas en los expresados proyectos” Buenos Aires, Imprenta y Librería de Mayo 1873 pág. 43.

⁴⁵ ; Del Valle Iberlucea Sesión ordinaria 19ª del 3 de agosto de 1920 “(...)Que además de ser para todos una escuela donde se adquiere la experiencia de estos asuntos, reviste a cada ciudadano de una especie de magistratura, como dice Tocqueville, haciendo conocer a todos que tienen deberes que cumplir con la sociedad y que entran a formar parte de un gobierno(...)”

Es la unidad de sentido que armoniza este instituto con los postulados constitucionales . Relación que vincula forma y materia, fin e instrumento.

En efecto la relación existente entre ambos ámbitos del derecho penal no es de determinación o instrumentalización, sino de contenido, vale decir esencial. No de otro modo y de hecho hace ya mucho se sostiene que no son ámbitos estancos e independientes sino un mismo derecho, verdad lógica a la que no es ajena lo aquí dicho. En ese sentido también lo son los derechos, las garantías y las formas establecidas, implementadas para llevar a cabo la aplicación de la ley penal⁴⁶

Así vemos que si lo que legitima la violencia estatal formalizada es la defensa del imputado frente o de la violencia informal conciudadana, se evidencia palmaria la necesidad de que en ella tome decisión el pueblo.

No puede ser de otro modo, la única forma de implementar ese derecho penal legítimo es, no ya mediante la implementación del juicio por jurados, sino, antes bien y materialmente hablando mediante la participación ciudadana (en la forma que sea)⁴⁷.

Con este sentido se explican los principios que lo rigen. Vean el *forum delicti comisi*. Es claro, no sólo participación popular, se requiere participación popular de unos ciudadanos determinados específicamente por la calidad de vecinos. No resiste el menor análisis suponer que se protegerá al imputado del pueblo sin el pueblo!

Y esta es la palabra justa “se requiere” se requiere la participación popular para que la violencia formal estatizada (la pena) esté minimamente legitimada.

Esta históricamente grabado en la experiencia de la humanidad las consecuencias que se derivan de la ostentación del poder en cabeza del Estado.

Así la participación no debe verse, (porque no lo es) como un límite al poder estatal, es en cambio difusión, esta es ontológica y conceptualmente más idónea y eficaz para combatir y prevenir las arbitrariedades propias del poder..

A una lectura acertada del artículo 18 es preciso agregar “ningún habitante de la Nación podrá ser penado sino por juicio *popular* previo fundado en ley anterior al proceso. Afirmar esto no es leer entre líneas, ni una interpretación amplia de la constitución con base en el Art. 1 sino que es leer no sólo armónicamente sino coordinada y unificadamente (con unidad de sentido) la const. pues esta de forma expresa manda todos los juicios se terminaran por jurados.

Sin duda, lo que está en juego es la confianza que los tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática, comenzando -en lo penal- por los mismos acusados.

⁴⁶ Así lo sostiene Juan Guillermo Velásquez Gómez “El Derecho Procesal fundamental” pág. “(...)No está construido el proceso como accidente sino como sustancia (...)Es pues el derecho procesal Fundamental, un derecho sustantivo, jamás adjetivo ni instrumental o de medio.Tiene un fin en sí mismo, la protección absoluta, en todas las circunstancias de modo tiempo lugar y persona en que un estado ejerza su soberanía , de los Derechos Humanos(...)”pág 68 “La simplificación procesal XI encuentro Panamericano de Derecho Procesales 1997; y Alberto M. Binder “El incumplimiento de las formas procesales” ed Ad.Hoc, S.R.L. Bs. As, 1ª ed. Noviembre de 2000. págs. 84 y 104

⁴⁷ La organización judicial necesaria para ejecutar un nuevo Código requiere el planteamiento de la reestructuración con ahorro de recursos humanos y materiales, y que cumpla con el paradigma democrático de *horizontalizar*, en la mayor medida posible, el Poder Judicial provincial en materia penal. Así Maier, op. cit.