

El juicio por jurados como democratización de la administración de justicia¹

Por María Eva Conti Gómez y Alejandro C. Toledo

I. Introducción

Tanto se ha hablado de juicio por jurados, y, en particular, de posturas juradistas y antijuradistas, que, consideramos, las discusiones se han desvanecido en críticas y sus respectivas refutaciones; sin que, en el camino, se haya logrado advertir que la conveniencia de implementar este instituto trasunta principalmente, no en cuestiones filosóficas, de política criminal o económicas, sino en su quintaesencia, que nos lleva a las bases mismas del modelo republicano y democrático de gobierno, en lo que a la participación popular en la solución de conflictos se refiere.

Ello no implica desmerecer tales argumentaciones, sino que el análisis que pretendemos desarrollar en estas líneas, intentará abordar esta problemática dando por descontadas que tales discusiones no han allanado el problema de la implementación del jurado en todo el territorio argentino.

Por el contrario, dicha implementación parcial –en cuanto a que aún siguen siendo pocas las provincias que lo han adoptado - se ha llevado a cabo por motivaciones que exceden el estudio lógico de los argumentos a favor o en contra del jurado.

Lo llamativo de esta cuestión, radica en que tanto juradistas como antijuradistas – centramos, de esta manera, nuestro análisis en los pensadores, podríamos decir, más “modernos”- escriben en un contexto y tiempo particular en el cual todos ellos participan, conviven, o les es contemporáneo; en el sentido de que el vínculo que los une es el hecho de compartir y abogar por un mismo sistema de gobierno, al menos, en lo que al modelo representativo y republicano de gobierno concierne.

En este sentido, si bien el sumergirnos en la historia y bucear en los antecedentes que este modelo de participación ciudadana en la administración de justicia nos ofrece, nos puede brindar una mínima idea acerca de sus contornos y características propias, ha sido el desarrollo que el mismo ha tenido luego, el que nos permitirá remarcar los rasgos fundamentales que han definido a este fenómeno a lo largo del tiempo, e independientemente de la sociedad en la cual se encuentre inmerso.

Desde esta óptica, son sus caracteres fundamentales los que dotan al jurado de *universalidad*, lo cual permite explicar, en cierto modo, su pervivencia en el tiempo, en el sentido de que la participación popular en la solución de conflictos ha tenido continuadas manifestaciones en diferentes sociedades y en diferentes momentos.

En razón de ello, el enfoque que daremos en este trabajo al estudio del juicio por jurados, abarcará el análisis de aquellos rasgos que lo vinculan con una determinada forma de gobierno, ya que sólo desde esta óptica es posible superar esta confrontación de una vez por todas, que lo único que conlleva, es a continuar dilatando el cumplimiento del imperativo constitucional.

II. La participación ciudadana en la administración de justicia

Si hay una característica que define al sistema de enjuiciamiento inquisitivo es la idea de que la administración de justicia constituye un campo de conocimiento científico al que únicamente pueden acceder quienes han sido entrenados para comprender el lenguaje jurídico, propio de la dogmática penal.

¹ Artículo publicado en: Revista de Derecho Penal, Año 1, N° 3, *Participación ciudadana en la Justicia*, Alejandro Alagia, Javier De Luca, Alejandro Slokar (Dir.), Ediciones Infojus, Buenos Aires, 2012.

En este sentido, se ha dicho que *“la vigente bondad del jurado resulta menos aceptable desde la progresiva complejidad de las infracciones punitivas. Las infracciones delictivas, adecuándose al tiempo, se realizan y encubren no con la simplicidad de antaño, sino frecuentemente –al menos en la delincuencia más lesiva socialmente- con uso de medios sofisticadísimos cuya apreciación/valoración no está a la altura del hombre de la calle o bien, del hombre masa”*².

Este ha sido históricamente uno de los argumentos antijuradistas más difundidos y que ha logrado mantenerse a lo largo del tiempo sin mayor desarrollo, en lo relativo a la comprobación de si esa hipótesis se ve verificada a través de su análisis en la praxis judicial.

Más allá de ello, poco se ha dicho acerca del correlato de esta inteligencia con los postulados propios del positivismo criminológico, es decir, con esta especie de *“saber total”* que, a fines del siglo XIX, pretendió englobar dentro de su disciplina, a las concepciones propias del Derecho penal, procesal penal, política criminal y filosofía del castigo, entre otras.

Sobre el particular, debemos recordar a Ferri, ferviente contradictor de la instauración del jurado, quien en su diatriba, mezclaba cuestiones relativas, por un lado, a la supuesta ignorancia del pueblo –en la medida en que la transmisión de determinados conocimientos quedaba circunscripta exclusivamente a los miembros de las clases más privilegiadas- y, por el otro, al hecho de que esa tara mental estaba íntimamente ligada a su ubicación dentro de la sociedad.

Respecto del pensamiento del positivista italiano, se ha dicho que *“Este autor afirmaba que los legos electos conforme a la suerte ciega no pueden sino representar la cualidad predominante del pueblo: la ignorancia. Conforme con la pretensión científica del positivismo, entendía asimismo, que los hombres llamados a juzgar deben poseer los conocimientos necesarios para comprender la naturaleza del hombre delincuente. Admitiendo la simpatía liberal que provoca el jurado, negaba, sin embargo, que los ideales democráticos estuvieran en pugna con la ciencia y que los arduos y peligrosos problemas de la justicia criminal debieran ser resueltos por la ignorancia popular”*³.

Sin embargo, tal razonamiento esconde una sobrevaloración de la función judicial y una subvaloración en lo atinente al conocimiento y la capacidad de razonamiento del lego a la hora de decidir respecto de una misma cuestión.

Se trata sin dudas de un argumento corporativista que esconde que los jueces profesionales muchas veces necesitan recurrir a auxiliares de la justicia para descifrar e investigar maniobras delictivas que exceden los conocimientos jurídicos, por tratarse de hechos perpetrados desde un manejo económico, contable o financiero que requiere de conocimientos muy específicos.

Paradójicamente, es en el ámbito de la delincuencia económica -invocado por los antijuradistas para rechazar la participación ciudadana en su juzgamiento- donde aparecen estas falencias por parte de quienes integran la magistratura profesional.

Adviértase, en este sentido, lo señalado por Maier en cuanto a que si bien las decisiones de los jurados no pueden sostenerse a priori como más justas que aquellas dictadas por jueces profesionales, la afirmación inversa es tan incierta como la anterior.

Sobre la cuestión, indica este autor: *“Los jueces profesionales no son –y no sólo entre nosotros, sino, antes bien, universalmente-, precisamente, una muestra de los más excelsos ciudadanos de una sociedad determinada. Se trata tan solo de abogados que*

² PEDRAZ PENALVA, ERNESTO, *Sobre la participación popular en la justicia penal*, en: AAVV, Juicio por Jurados en el Proceso Penal, 1ª ed., Buenos Aires, Ed. Ad Hoc, 2000, p. 296.

³ CAVALLERO, RICARDO J., HENDLER, EDMUNDO, *Justicia y participación. El juicio por jurados en materia penal*, 1ª ed, Buenos Aires, Ed. Universidad, 1988, p. 72.

*cumplen un servicio público y no son, necesariamente, las personas más inteligentes, o más destacadas o los mejores juristas de un país (tampoco sería deseable que lo fueran)*⁴.

Y es que este argumento corporativista persigue, en realidad, mantener el *statu quo* del aparato judicial y, con él, cierto resabio elitista en su conformación. Evidencia de ello, resulta un estudio acerca de la extracción social de los ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación durante el período 1930-1983, donde se concluyó que, cotejada la clase social de estos magistrados en relación al porcentaje de la población que comparte este mismo estrato, las clases privilegiadas poseen una abrumadora sobrerrepresentación⁵.

Como contrapartida, al menos en lo que hace al más alto Tribunal del país, las clases bajas prácticamente no se encuentran reflejadas en lo que a la conformación del mismo se refiere.

En palabras de Baratta: *“El concepto de «sociedad demediada», acuñada por Dahrendorf para expresar el hecho de que sólo la mitad de la sociedad (estratos medios y superiores) extrae de su seno a los jueces, y que éstos tienen frente a sí sobre todo individuos provenientes de la otra mitad (la clase proletaria), ha hecho surgir en los propios sociólogos burgueses de si no se realiza con ello el presupuesto de una justicia de clase. [...] La distancia lingüística que separa juzgadores y juzgados y la menor posibilidad de desempeñar un papel activo en el proceso y de servirse de la obra de abogados prestigiosos, ponen en desventaja a los individuos socialmente más débiles”*⁶.

A la par de ello, compartimos la idea esbozada por Hendler y Cavallero de que este razonamiento esconde un mecanismo de distribución del poder político, en el sentido de que las prácticas judiciales, mediante la utilización de un argumento científicista, pretenden ligar el reproche de la culpabilidad y la posterior aplicación de una pena, a través de una suerte de derivación de un procedimiento lógico y razonado, fundado en métodos deductivos e inductivos⁷.

En consecuencia, demostrado el débil sustento de este primer escollo, es momento de adentrarnos en el desarrollo de las implicancias de la participación ciudadana a lo largo de todo el procedimiento penal.

Corresponde aclarar en este punto, que si bien el juicio por jurados en una de las manifestaciones más representativas de este fenómeno, desde la sanción del Código Procesal Penal de la Nación, a lo largo de los años -lenta y paulatinamente- se han ido incorporando distintos institutos relacionados principalmente con el reconocimiento de la víctima como sujeto procesal.

Inclusive, más recientemente, por influjo de la ley 26.550⁸, que incorporó el artículo 82 *bis* al ordenamiento de forma, se ha ampliado aquella idea que vinculaba al

⁴ MAIER, JULIO B. J., *Derecho Procesal Penal, Fundamentos*, 2ª ed., Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004, Tomo I, p. 786.

⁵ Cfr. KUZN, ANA, *Los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1930-1983)*, en: *Estudios de Sociología y Metodología*, Ed. Estudio, 2000, ps. 21/24; citado por BERCHOLC, JORGE, *El juicio por jurados y sus posibles beneficios*, en: AAVV *El estado y la emergencia permanente*, Jorge Bercholc (Dir.), Buenos Aires, Editorial Lajouane, 2008 ps. 443/444.

Este último autor señala que el 17% de los ministros pertenece al patriciado y, considerando que sólo el 2% del total de la sociedad pertenece a ese estrato, habría un 750% de sobrerrepresentación del mismo; que el estrato superior tiene un 39% de ministros y un 8% sobre el total social, lo que implica un 395% de sobrerrepresentación; que el estrato medio presenta porcentajes entre el 39 y 30% respectivamente; y que el estrato bajo tiene un 3,8% de ministros y un 60% en el total social.

⁶ BARATTA, ALESSANDRO, *Criminología Crítica y crítica del Derecho penal. Introducción a la sociología jurídico penal*, 1ª ed., trad. de Álvaro Bunster, Buenos Aires, Siglo XXI editores, 2003, p. 186.

⁷ CAVALLERO-HENDLER, *op. cit.*, p. 150.

⁸ BO 27/11/2009.

querellante particular con el particular ofendido, al permitir que en la investigación de determinados delitos intervengan en carácter de querellantes personas jurídicas, siempre que su objeto social se vincule directamente con la naturaleza de las infracciones⁹.

En este contexto, tanto la (re)apropiación del conflicto por parte de la víctima, la aparición de acusadores colectivos –con las necesarias advertencias en torno al desbalance del *fair trial*–, como la instauración del juicio por jurados, forma parte de un paulatino y bien recibido proceso de democratización en la administración de los conflictos, en aras de la instauración de vías alternativas y horizontales de soluciones de controversias cada vez más individuales.

III. Aproximación a la noción de juicio por jurados

Si bien resulta dificultoso –para no decir apodíctico– el encontrar los verdaderos orígenes de la participación ciudadana en el proceso penal, puesto que este fenómeno se confunde a lo largo de la historia y sus características se permean con los diferentes modelos de enjuiciamiento; en lo estrictamente atinente al juicio por jurados, es posible afirmar que el mismo aparece con la carta Magna de Juan sin Tierra del año 1215, cuya más famosa cláusula, identificada como la número treinta y nueve, hizo del juzgamiento por los pares, un resguardo frente a cualquier castigo de los que hoy llamaríamos de naturaleza penal.

Sin embargo, este primer atisbo tenía un alcance notablemente diferente al jurado que podríamos denominar “moderno”, toda vez que los *hombres libres* a los cuales hacía alusión la mentada cláusula, abarcaba únicamente a los barones del reino¹⁰.

Tal vez la antigüedad del instituto bajo estudio, es la que ha llevado a parte de la doctrina a cuestionar su aplicación en el contexto actual, en atención a su aparente anacronismo.

En este orden de ideas, se ha argumentado que: “*Sin perjuicio, asimismo de que conceptos tales como el de «sano sentimiento del pueblo», nos traigan aromas «rousseauianos» o, peor aún, de unas ideologías políticas más recientes, parece hoy muy discutible hablar sin mediación constitucional del sentido de la independencia de la «participación popular» relativa al jurado. Defender su mayor independencia (si es que cabe graduación) paradójicamente por la ausencia de profesionalidad y falta de permanencia de sus componentes, sobrelleva al menos el anacronismo histórico de utilizar un argumento decimonónico de transición, comprensible entonces frente al viejo sistema de nombramiento o promoción de la magistratura por el Ejecutivo*”¹¹.

Esta postura puede ser inscripta dentro de aquellas tendencias dogmáticas de tinte progresista, en virtud de las cuales se ha planteado -no sólo en relación al Derecho procesal penal sino, principalmente, en torno a la criminología y la filosofía del castigo-, un supuesto avance o progresión lineal y evolucionista de las prácticas que conforman el castigo, como así también aquellas ligadas específicamente a la resolución de los conflictos de esta naturaleza.

A través de las mismas, y en lo que a nuestra materia se refiere, suele hablarse de una suerte de *racionalización* en las prácticas punitivas, con el consiguiente correlato en

⁹ Prescribe la norma en cuestión: “*Intereses colectivos. Las asociaciones o fundaciones, registradas conforme a la ley, podrán constituirse en parte querellante en procesos en los que se investiguen crímenes de lesa, humanidad o graves violaciones a los derechos humanos siempre que su objeto estatutario se vincule directamente con la defensa de los derechos que se consideren lesionados. No será obstáculo para el ejercicio de esta facultad la constitución en parte querellante de aquellas personas a las que se refiere el artículo 82*”.

¹⁰ Cfr. CAVALLERO-HENDLER, *op. cit.*, p. 24.

¹¹ PEDRAZ PENALVA, *op. cit.*, pps. 293/294.

aquéllas de carácter procedimental; es decir, una suerte de avance en la suavización de las penas, acompañado por la supuesta profesionalización en el ejercicio de la magistratura que, en definitiva, habrían confluído en una mejora de la situación del acusado.

Partiremos, entonces, por dejar de lado esta tesis pretendidamente evolucionista que asigna una función positiva a la magistratura profesional, en desmedro de la participación popular en el proceso penal; toda vez que la misma parte, en primer lugar, de la falacia de asociar al jurado con ciertas prácticas primitivas de venganza ilimitada o venganza de sangre, las cuales, luego de una serie de transformaciones, habría desembocado en un sistema de castigos supuestamente racionales y discriminados.

Falacia, en el sentido de que este castigo “moderno”, allí cuando se ve realizado a través de medios institucionalizados, no difiere en mucho de las sanciones aplicadas en épocas inmediatamente anteriores a la Revolución francesa, si tomamos a este fenómeno como hito de la suavización de la pena¹².

“Es cierto que esa especie de prácticas irracionales pueden comprobarse en sociedades tribales de antigüedad prehistórica o en grupos humanos aislados de la cultura occidental. Pero eso no autoriza a contemplarlo como una actitud primitiva que se encuentre superada en las sociedades industrializadas de nuestro tiempo. Basta reparar en las guerras que tienen lugar hoy en día, emprendidas por naciones líderes de esa cultura. Tan irracional como la práctica «primitiva» de perseguir y castigar a los miembros del clan familiar del agresor, es bombardear poblaciones enteras por las transgresiones al derecho internacional incurridas por algún gobernante autoritario”¹³.

En segundo término, no debemos soslayar el hecho de que estas tesis de tinte progresista, nacieron y han sido el fundamento dogmático que utilizó la nueva clase gobernante a la hora de justificar el cambio político e institucional que se produjo con posterioridad a la toma de la Bastilla. Era necesario, en esta primera época, resaltar las bondades de una administración pretendidamente nueva, diametralmente diferente a la anterior, para lo cual fueron comunes los argumentos relativos a la suavización y racionalización del castigo.

Desde esta perspectiva, la paradoja de la Revolución en lo que a este punto se refiere, radicó, principalmente, en el cuestionamiento del funcionamiento de la totalidad de las instituciones instauradas en el Antiguo Régimen –en particular, las prácticas judiciales-; situación que, a poco de afirmado el nuevo orden burgués en el poder, terminó con la implementación de un sistema procesal mixto que incorporó algunas de las más denostadas prácticas inquisitivas, propias del sistema de administración de justicia anterior.

Sentado ello, no pretendiendo, con este breve análisis, introducirnos en el estudio de la genealogía del juicio por jurados, lo cierto es que “[e]l modo como fueron desenvolviéndose las prácticas jurídicas que desembocaron en el sistema de enjuiciamiento que nos interesa no influye para nada en cuál sea el sentido actual que dicho sistema tiene. Sería inútil, en consecuencia, tratar de evaluar o de centrar la discusión del tema en base a cuáles fueron sus orígenes. La utilidad de la indagación histórica tiene que ser vista bajo otras perspectivas. En todo caso el valor de dejar puntualizados claramente los orígenes y el desenvolvimiento de una institución es hallar, si es que existen, las notas de su universalidad”¹⁴.

¹² De hecho, la pena de muerte, como caso paradigmático, ha existido y ha sido aplicada tanto en las sociedades antiguas, como en aquéllas pretendidamente “modernas”.

¹³ HENDLER, EDMUNDO, *Los caminos del Derecho penal (entre la guerra y la “civilización”)*, en: www.catedrahendler.org/doctrina.

¹⁴ CAVALLERO-HENDLER, *op. cit.*, pps. 25/6.

IV. Publicidad y control de la actividad judicial

Desde esta perspectiva, las notas características de este instituto son, por un lado, la idea del juicio por jurados como una garantía del justiciable y, por el otro, la inteligencia tendiente a considerarlo como la realización del principio republicano de gobierno.

Puntualmente, en relación a la lógica trazada por el artículo 24 de la C.N., se ha señalado que en lo que concierne a los derechos y garantías de los habitantes, nuestra Carta Magna nos ha concedido uno fundamental: que el juicio de aprobación o desaprobación de nuestros conciudadanos presidiría la sentencia penal, esto es, abriría o cerraría las puertas a la aplicación del castigo estatal¹⁵.

Para nada pretendemos con esto, afirmar que las decisiones de los jurados serán indefectiblemente más justas que aquéllas dictadas por los jueces profesionales. Esta sería una mera afirmación dogmática, sin posibilidad de contrastación con la realidad.

No obstante ello, la participación de jueces accidentales permitiría, en algunos casos, aventar aquella lógica de la burocracia señalada por Max Weber, en el sentido de que, más tarde o más temprano, las personas o funcionarios que participan de ella tienden a realizar el trabajo más fácil.

En lo que al trabajo de los magistrados se refiere, ello implicaría una insensibilización y alejamiento por parte del funcionario en relación al caso particular que debe resolver, con la consecuente invisibilidad del conflicto que en el mismo subyace. Las personas se convierten, en un primer momento y por intermedio de la norma, en sujetos procesales. Seguidamente, esos sujetos procesales, en el trabajo diario del juez profesional, son cosificados e identificados a través de un número de expediente.

En palabras de Calamandrei: *“El verdadero peligro no viene de fuera; es un lento agotamiento interno de las conciencias, que las hacen aquiescentes y resignadas: una creciente pereza moral, que a la solución justa prefiere, cada vez más, la transacción, porque ésta no turba la vida tranquila y porque la intransigencia exige demasiado trabajo”*¹⁶.

Luego, en lo atinente al jurado como institución, el art. 118 de la C.N. prescribe que: *“Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución”*.

Es esta faceta del jurado la que convierte a la participación ciudadana en la principal vía para lograr la democratización de la administración de justicia.

De ello no podemos inferir que los habitantes carezcan de toda intervención en el sistema penal. De hecho, el principio representativo de gobierno les otorga una intervención –si bien indirecta- en la formulación de las normas.

Empero, la participación popular tanto en la sanción de las leyes como en su posterior aplicación en un conflicto de naturaleza penal, va mermando paulatinamente a medida que avanzamos desde lo genérico -la sanción de la norma- hacia lo específico -la aplicación de ella a un caso en particular-, escenario en el cual su intervención se vuelve prácticamente nula.

Para fundamentar tal exclusión, suele recurrirse al principio republicano de gobierno, en virtud del cual, la participación popular en el marco del proceso penal quedaría limitada exclusivamente a su derecho a la información. En efecto, mediante la publicidad de los actos de gobierno y, en particular, de la publicidad del juicio oral y la

¹⁵ Cfr. MAIER, *op. cit.* p. 778.

¹⁶ CALAMANDREI, PIERO, *Proceso y democracia*, Buenos Aires, 1960, p. 81; cit. por CAVALLERO-HENDLER, *op. cit.*, p. 90.

expresión de los motivos que llevaron a determinada decisión, se sostiene que queda saldado el control de los ciudadanos respecto de la actuación de los funcionarios judiciales.

Conviene, a esta altura, discernir acerca de cuál y de qué manera los ciudadanos ejercen dicho control y, de la mano de tal análisis, verificar si la información brindada por estas agencias, se traduce en un adecuado y efectivo contralor.

Los medios que, comúnmente se utilizan para ejercer esta suerte de publicidad, son, fundamentalmente, la televisión y la prensa escrita, con las falencias propias que derivan de los mismos.

En este sentido, Bercholz traza una distinción entre lo que es la publicidad que de los actos procesales exige el principio republicano, traducida en el acceso público a los mismos para su debido control ciudadano, y la visibilidad y transparencia –“verlo todo, mostrarlo todo”- que en este aspecto se arrojan los medios masivos de comunicación¹⁷.

Ello se debe a que las características propias del discurso jurídico y de todo proceso judicial se rigen por un proceso racional y argumentativo que resulta totalmente ajeno a la lógica y dinámica televisiva, donde los televidentes son continua e incesantemente bombardeados con imágenes, con una rapidez tal que impide a éstos procesar los estímulos visuales recibidos y, de esta manera, desarrollar un pensamiento abstracto, lógico y crítico acerca de la pseudoinformación que les es proporcionada.

*“Una comunicación por imágenes necesariamente se refiere a cosas concretas, pues ello es lo único que pueden mostrar las imágenes y, en consecuencia, el receptor de esa comunicación es constantemente instado al pensamiento concreto, lo que en lugar de ejercitar y fortalecer su pensamiento abstracto, más bien lo debilita”*¹⁸.

No es posible soslayar que también la televisión genera un lenguaje propio, el cual es patrimonio exclusivo de determinados comunicadores sociales: el denominado *periodismo especializado*.

Se trata de “formadores de opinión” que manejan una sintaxis y códigos de lenguaje propios con un grado de complejidad análogo a la dogmática penal, es decir, a aquella inteligencia que, como vimos anteriormente, era utilizada por las posturas antijuradistas para cuestionar la capacidad del jurado popular a la hora de comprender la dinámica propia de determinadas maniobras delictivas.

Desde este punto de vista, tampoco podría afirmarse que la actividad de contralor ciudadana se vea materializada mediante la utilización de este tipo de estructuras comunicativas.

Muy por el contrario, lo que se vislumbran son evidentes incompatibilidades y contradicciones excluyentes entre la sintaxis televisiva y la percepción ciudadana de la actividad judicial. En efecto, gran porcentaje de la población suele cuestionar la necesidad de llevar adelante un proceso penal –con todos los costes que el mismo trae aparejados- cuando en un bloque de un programa periodístico, el comunicador social llega, en algunos supuestos, a afirmar la existencia del hecho delictivo e, incluso, la culpabilidad del acusado¹⁹.

Lo que sigue a este proceso complejo comunicativo es la *condena social*, cuando no, la venganza privada. Es decir, que a los costes que, de por sí, le trae aparejado al imputado el hecho de encontrarse inmerso en un proceso penal, deben anexársele aquellos

¹⁷ BERCHOLC, *op.cit.*, ps. 438/439.

¹⁸ Cfr. ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, *La palabra de los muertos. Conferencias de criminología cautelar*, Buenos Aires, Ed. Ediar, 2011, p. 368; en relación al pensamiento de Giovanni Sartori.

¹⁹ BERCHOLC, *op.cit.*, p. 442.

efectos deletéreos relacionados con la vida en sociedad²⁰. El rechazo por parte de sus vecinos, escraches, son sólo la mínima muestra de lo que denominamos *condena social*.

En tal contexto, la repercusión mediática, en la mayoría de los casos, se ciñe a lo que, en el caso del Código Procesal de la Nación se refiere, es la etapa de instrucción y, sólo en determinados supuestos, este foco de atención se extiende hasta el dictado de la prisión preventiva.

Una vez superada esta primera instancia, esta repercusión suele por lo general mermar²¹, y lo único que queda es, justamente, aquella primigenia y, en la mayoría de los supuestos, pobremente fundada *condena sin proceso* fogueada por los medios de comunicación. Y será ésta la que acompañará al acusado durante lo que queda del proceso, encarcelado o no, e, incluso, aunque termine sobreseído.

En atención a las complejidades señaladas, compartimos la idea de que *“la instrumentación [del juicio por jurados] puede generar un modelo participativo que genere publicidad en sentido estricto, mediante el involucramiento directo de los ciudadanos en el proceso de impartir justicia, sin mediaciones, ni confusiones semióticas, ni internalizaciones incompatibles por el uso de un arsenal significativo (el discurso televisivo) no articulable con el objeto que se quiere «publicitar» (los procesos judiciales)”*²².

Es cierto que la actividad de contralor que esta forma de participación ciudadana encierra respecto de la función de administrar justicia no es pleno, es decir, no abarca la totalidad de sus actos, instancias y organismos intervinientes, en tanto se encuentra abocado exclusivamente al análisis de los contornos fácticos de un supuesto en particular, y la posible vinculación de ese supuesto a una persona o personas determinadas.

Empero, tampoco ese control se ve efectivizado por la mera transmisión recortada –en modo alguno inocentemente– que, de una parte de la realidad, llevan adelante los medios de comunicación.

El *derecho a la información*, en los términos en los que se habla hoy en día, se materializa en la exteriorización de pequeñas porciones que, de los hechos, es llevada a cabo por el intermediario, quien, solapadamente, les incorpora una valoración propia, la cual es disfrazada con un manto de supuesta objetividad; sin que por ello no podamos dejar de advertir que la labor periodística se mueve de acuerdo a intereses corporativistas que se canalizan y difunden a través de la tarea supuestamente informativa.

Podemos graficar esta idea de la siguiente manera: *“las opiniones sobre la «sociedad» en que se vive dependen, en gran parte, de los medios de información. Esto es válido para la vida en general, como para la parte del sistema que concierne a la investigación científica (criminología) y a la política penal. Esta dependencia de los*

²⁰ En tal sentido, se pregunta Carnelutti: *“Estos daños ¿quién los repara? No se debe confundir, ciertamente, la culpa con el error profesional; esto quiere decir que las equivocaciones, que no se deban atribuir a impericia, a imprudencia, sino, por el contrario, a la insuperable limitación del hombre, no dan lugar a responsabilidad de quien las comete; pero es precisamente esta irresponsabilidad la que señala otro aspecto en demérito del proceso penal. Es un hecho que este terrible mecanismo, imperfecto e imperfectible, expone a un pobre hombre a ser llevado ante el juez, investigado, no pocas veces arrestado, apartado de la familia y de los negocios, perjudicado por no decir arruinado ante la opinión pública, para después ni siquiera oír que se le dan las excusas por quien, aunque sea sin culpa, a perturbado y en ocasiones ha destrozado su vida. Son cosas que, desgraciadamente suceden; y una vez más, aún sin protestar, ¿no deberemos al menos reconocer la miseria del mecanismo, que es capaz de producir estos desastres, y que es hasta incapaz de no producirlos?”* (CARNELUTTI, FRANCESCO, *Las miserias del proceso penal*, trad. de Nicolás Vázquez, Buenos Aires, Editorial Rodamillans SRL, 2006, p. 82)

²¹ Con las salvedades propias de determinados procesos en los cuales las crónicas periodísticas acompañan a los delitos investigados hasta el dictado de la sentencia; mas en estos supuestos, son otros los intereses que habilitan el mantenimiento del foco de atención.

²² BERCHOLC, *op. cit.*, p. 442.

medios de comunicación es aún más fuerte en relación con ciertas actividades que se criminalizan. El riesgo de la criminalización obliga a que se oculten estas actividades. [...] Las víctimas de las actividades criminalizadas, al buscar contacto con la policía y el poder judicial se ven obligadas a hablar el idioma del sistema, viéndose sometidas además al marco de interpretación del mismo. Así, tampoco resulta fácil obtener información confiable de las víctimas de las actividades criminalizadas. Sin embargo, el tipo de información que pintan los medios de comunicación son los de «interés periodístico»²³.

Frente a esta realidad irremediable, el jurado nos ofrece la posibilidad de un control más directo y sin intermediarios en torno a las prácticas judiciales que se desarrollan en una investigación en particular, en la medida en que es un número heterogéneo de la población el que interviene, en forma personal, en la etapa principal del proceso.

Y es justamente esta composición heterogénea que caracteriza la institución analizada, la que funciona como una aproximación más intensa a la garantía que reivindica la publicidad de los actos de gobierno; es decir, que si bien en este sistema no interviene la totalidad de la ciudadanía –circunstancia irrealizable en los hechos-, sí lo hace un grupo de personas que, pese a su reducido número, representa de mejor manera a todos los sectores que conforman la sociedad.

En efecto, el procedimiento de selección azaroso que plantea este modelo de participación, permite, eventualmente, revertir aquella situación planteada en un principio, en relación a la elevada sobrerrepresentación de los sectores privilegiados, en desmedro de las clases bajas²⁴.

V. Jurado, representatividad, e igualdad

El mecanismo de selección señalado en el punto anterior encuentra, en lo que a nuestro análisis se refiere, una nueva arista, ahora, atinente a la representación ciudadana en la aplicación de las normas.

Advertimos más arriba de qué manera la participación popular desde la sanción de las leyes, pasando por la selección de un sujeto que inmediatamente es incorporado a la maquinaria penal, hasta llegar al dictado de la sentencia, va perdiendo entidad a medida que avanza esta sistemática compleja.

Sin embargo, la aparición del jurado en la última etapa previa al dictado de la sentencia, trasunta una especie de reversión de aquel orden decreciente, de forma tal que los mismos ciudadanos que, a través de un padrón electoral se encuentran habilitados a elegir la composición de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, también encuentren un canal de representación en lo que a la administración de justicia se refiere.

Prueba de esto último es el hecho de que el mecanismo que, por lo general, se utiliza para designar a los jueces accidentales, consiste en la selección azarosa de éstas personas a través de la nómina de votantes habilitados.

En lo que concierne a nuestro sistema en particular, es necesario advertir que, si bien desde la reforma constitucional de 1994, el sistema de elección de los magistrados se modificó sensiblemente -en la medida en que dejaron de ser designados

²³ HULSMAN, LOUK, *La criminología crítica y el concepto de delito*, en: AAVV *Abolicionismo Penal*, trad. de Mariano Ciafardini y Mirta Bondanza, Buenos Aires, Ed. Ediar, 1989, ps. 95/96.

²⁴ Al respecto, señala Montesquieu: “*Es necesario que los jueces sean de la misma condición del acusado, para que éste no pueda pensar que cae en manos de gentes propensas a irrogarle daño*” (MONTESQUIEU, CHARLES, *Del espíritu de las leyes*, 1ª ed., Buenos Aires, Ediciones Libertador, 2004, p. 133).

antojadizamente por el Poder Ejecutivo-, y de la mano de la instauración del Consejo de la Magistratura, la implementación de concursos para cubrir esos cargos, y la incorporación de consultas populares a través de mecanismos de adhesión y oposición a dichas candidaturas²⁵, estos paliativos no han sido suficientes a la hora de la realización del principio representativo de gobierno en lo que a la conformación del Poder Judicial se refiere²⁶; pues la participación popular en este contexto, no deja de ser indirecta.

En este sentido, es dable destacar que *“hoy han cambiado completamente, respecto a la época liberal clásica, las formas de investidura «popular» y la mediación representativa. El problema, en consecuencia, es determinar si los mismos requisitos personales de los jueces apuntados por la tradición liberal clásica, y en particular la autonomía del poder ejecutivo, estarían mejor garantizados a través de su reclutamiento por una vía electiva o mediante concursos públicos”*²⁷.

Desde esta manera, el jurado propone una suerte de vinculación entre la representatividad propia de los habitantes de la Nación a la hora de elegir los miembros de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, con otro modelo de representatividad, ligado íntimamente al anterior a través de la utilización del padrón electoral que, por un lado, habilita la incorporación de mecanismos democráticos de carácter censitario a la organización del Poder Judicial y, por el otro, pulveriza hasta su mínima expresión, el contralor de las decisiones jurisdiccionales dictadas con anterioridad a la sentencia.

En este último sentido, el censado se convierte, en esta etapa, en censor de la actividad de los operadores judiciales.

En este orden de ideas, el poder de control de las prácticas judiciales y del correspondiente ejercicio de la magistratura tiende a atomizarse hasta llegar a su mínima expresión: la persona integrante del jurado. Aquella esfera de poder que, mediante el voto, les fue otorgada a los legisladores, es reapropiada por los particulares en la etapa decisoria del conflicto, situación que se ve realizada a través de la aplicación de la norma en un caso determinado.

De esta forma, la sociedad crearía una forma de *anticuerpos* contra la autoridad exterior que representa el poder político, materializada no sólo a través de la sanción de las leyes, sino también por el actual monopolio de la decisión acerca de la cantidad y cualidad del castigo: *“De modo que la representación del poder, tal como es, se ofrece [en la sociedad] como medio mismo para anularlo. La misma operación que instaura la esfera de lo político, impide su despliegue”*²⁸.

También en la intervención del jurado se vislumbra una suerte de sistema de frenos y contrapesos, ligada no sólo a la función de control de la labor jurisdiccional, sino además para morigerar la responsabilidad funcional y política de los magistrados, quienes carecen, por un lado, de representatividad y, por el otro, son blanco de continuos ataques por parte de los medios de comunicación, allí cuando las decisiones adoptadas por ellos son contrarias a los intereses de esos grupos empresarios.

²⁵ No debe olvidarse que estas adhesiones y oposiciones, en los hechos, se encuentran íntimamente ligadas a la actuación política de determinadas organizaciones –no son muchos los ciudadanos particulares que se presentan en las audiencias-, sumado a la circunstancia de que las mismas no son vinculantes.

²⁶ En este sentido, señala Montesquieu: *“El poder judicial no debe darse a un Senado permanente, sino que lo deben ejercer personas del pueblo, nombradas en ciertas épocas del año, de la manera prescripta por la ley, para formar un tribunal que sólo dure el tiempo que la necesidad lo requiera. De esta manera, el poder de juzgar, tan terrible para los hombres, se hace invisible y nulo, al no estar ligado a determinado estado y profesión”* (MONTESQUIEU, *op. cit.*, p. 133.).

²⁷ FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, 6ª ed., Madrid, Ed. Trotta, 2004, p. 578.

²⁸ CLASTRES, PIERRE, *La sociedad contra el estado*, 1ª ed., trad. de Ana Pizarro, La Plata, Ed. Terramar, 2008, p. 40.

Hasta el momento, hemos intentado un breve desarrollo de un sentido, podríamos decir, *lato* de esta idea de representatividad popular.

Ahora bien, en lo que hace a su carácter *estricto*, debemos añadir el notable beneficio que podría traer aparejada la forma de composición del jurado como mecanismo por excelencia a la hora de garantizar la imparcialidad de los jueces, en sus tres manifestaciones²⁹.

Respecto de la independencia de los jueces, ya hemos dicho que la naturaleza accidental que presenta el jurado y el hecho de estar por fuera de toda estructura burocrática, conforman un binomio que los alejan de cualquier posible intromisión por parte de otros organismos integrantes del Poder Judicial.

En lo atinente a la imparcialidad frente al caso, toda vez que tal situación se define por lo general de manera negativa, en el sentido de que no debe existir ningún tipo de circunstancia que genere al imputado un *temor de parcialidad*, podemos señalar que tanto juez como jurado parten desde una misma posición, si consideramos que, en teoría, es recién en la audiencia de debate cuando toman contacto con el caso. Ambos pueden tener prejuicios respecto de los hechos, el imputado, y un eventual reproche; sin embargo, en la medida en que este último modelo participativo parte de la base de que gran parte de la población se hallaría representada, la existencia de prejuicios personales, se diluiría frente a la postura del resto de los integrantes.

Por último, en relación a la idea de juez natural y su corolario procesal identificado en el principio *forum delicti commissi*, qué mejor que sean personas que habitan el mismo ámbito espacial que el acusado, que conocen las costumbres y las pautas culturales propias del lugar en cuyo contexto nació el conflicto, quienes lleven adelante la tarea de juzgamiento.

En los hechos, la decisión del jurado se materializa como la consecuencia lógica de un debate previo en el cual participan representantes de los diferentes estratos que conforman el grupo social determinado, en el cual, en un plano de perfecta igualdad, cada uno de ellos expone sus argumentos, recibe las críticas correspondientes y, según el caso, desarrolla una refutación. Se trata de un proceso dialéctico y lógico, en el cual prevalecen las leyes de la experiencia de cada uno de los miembros.

En este proceso se ve reflejada, a nivel microestructural, la más pura esencia de los procesos democráticos de toma de decisiones, es decir, una suerte de educación moral y cívica en la que intervienen las manifestaciones propias de esa cultura en particular.

En efecto: “*El establecimiento del jurado tendría el sentido de proteger a las capas sociales más débiles frente al poder gobernante, permitiéndoles restringir las atribuciones de este último y preservar sus propias pautas de comportamiento [...] Esa es la función de la participación ciudadana en el enjuiciamiento penal y la del juicio por jurados en particular: resguardar la homogeneidad cultural de quienes imponen los castigos y quienes son castigados*”³⁰.

VI. Reflexiones finales

En este contexto, las argumentaciones que venimos desarrollando a lo largo de este trabajo demuestran las bondades que el jurado trae aparejadas en favor de la democratización de las decisiones y el control de las prácticas judiciales.

²⁹ Cfr. HARFUCH, ANDRÉS Y OTROS, *El juicio por jurados como participación popular en el proceso penal*, en: AAVV, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año VIII, N° 14, Buenos Aires, Ed. Ad Hoc, 2002, ps. 360/361.

³⁰ HENDLER, EDMUNDO, *El juicio por jurados. Significados, genealogías, incógnitas*, 1ª ed., Buenos Aires, Ed. Del Puerto, 2006, p. 13.

Sin embargo, no podemos dejar de resaltar que en el proceso penal actual, tal como se encuentra regulado en el ordenamiento adjetivo, la implementación del jurado resulta una utopía.

Y es que en un proceso en el cual todavía no ha sido dejado de lado aquel paradigma de la confiscación del conflicto a la víctima –para nada superado con las reformas al Código Procesal, en la medida en que la participación del querellante sigue teniendo un carácter subsidiario respecto del acusador público-, ni la figura omnipresente y omnisciente del juez instructor, ni los espasmos propios de reformas penales mediante las cuales se pretenden implantar prácticas propias de un sistema acusatorio, sin que las mismas hayan podido revertir la naturaleza propia de nuestro modelo inquisitivo reformado, la institución del jurado aparece como un ideal inalcanzable.

Ante este panorama, tal vez el único camino posible para obtener este fin sea probablemente la necesidad de llevar a cabo una reforma integral del ordenamiento procesal en su conjunto, en la cual se vea plasmado un modelo representativo y participativo en sentido amplio.

Es decir, en los inicios del proceso, que ponga por encima del interés público en perseguir los delitos, a la idea de reapropiación del conflicto por parte de la víctima, de modo tal que en aquellos casos en los cuales convergen las pretensiones del querellante con las del acusador público, sean las del primero las que prevalezcan a la hora de impulsar el proceso.

Este carácter subsidiario devolvería a la víctima la posibilidad de optar entre mecanismos alternativos de resolución de conflictos, o acudir a la vía judicial; a la par que permitiría descongestionar la labor del fiscal, la cual quedaría limitada únicamente a aquellos supuestos de hecho en los cuales no exista un querellante.

Luego, en el juicio propiamente dicho, la participación popular adquiere contornos más específicos, en la medida en que el acusado es sometido a juzgamiento por parte de sus pares, con la consiguiente repercusión que tal intervención podría producir en la selectividad del sistema penal.

En este sentido, el jurado podría operar como un contrapeso que permita revertir el efecto selectivo que las agencias del poder punitivo despliegan en la etapa de la criminalización secundaria, en tanto su conformación azarosa a través del padrón electoral –mayormente integrado por individuos de la misma clase social que el imputado– habilitará, eventualmente, la posibilidad de que se cumpla con el ideal de justicia que consagra al jurado como garantía.

Cierto es que no existen ni han existido sistemas penales en los que la totalidad de las garantías se hayan aplicado de manera perfecta, y en beneficio del universo de los integrantes de una sociedad determinada. Se trata de un modelo ideal, puramente teórico que, como tal, no se ha visto materializado jamás en los hechos.

De allí que, si nos abocáramos a la tarea de buscar un parámetro que nos permita medir el mayor grado de evolución de un sistema penal, éste no debería estar ligado a la mayor o menor intervención estatal en el conflicto –ideal identificado con la supuesta racionalización del castigo, postulada por el pensamiento Ilustrado–, sino que, en todo caso, un índice adecuado debería tener en cuenta la mayor o menor violencia que trae aparejada dicha intervención.

Desde esta perspectiva, aquél modelo ideal de garantismo puro que fuera planteado líneas más arriba, en contraste con la legislación y prácticas judiciales existentes en un momento determinado, nos dará la pauta necesaria para verificar el avance real de nuestro sistema en pos de la materialización de las prerrogativas establecidas en la Constitución Nacional.

En términos de Ferrajoli, *legalidad* y *jurisdiccionalidad* constituyen los pilares fundamentales del sistema de garantías.

La garantía de *jurisdiccionalidad*, desde esta óptica, es el presupuesto necesario que permite la realización de la *legalidad*, si consideramos a este último principio como el producto de una actividad cognoscitiva consistente en la aplicación de una norma penal a un supuesto de hecho determinado y, posteriormente —en relación ahora con el *principio de culpabilidad*—, la vinculación de tal suceso con la conducta realizada por el acusado; todo ello, en el marco de un debate *inter partes*, en el cual el juzgador aparece como un tercero ajeno al suceso³¹.

Agregamos nosotros, que dicha actividad cognoscitiva, vista a la luz de la doble faceta que plantean los principios de legalidad y culpabilidad, puede ser extrapolada, no ya a la discusión de las partes, sino, más específicamente, al interior del jurado, cuando cada uno de sus integrantes, en un plano de igualdad, se sienta a discurrir acerca de la viabilidad de imputar o no el hecho delictivo al acusado.

De esta manera, la *jurisdiccionalidad*, materializada a través del jurado, hace las veces de *nexo* entre los principios penales y las garantías de índole procesal, toda vez que sólo a través de un procedimiento en el cual el *fair trial* y la igualdad se traduzcan, primero, en el marco de la contienda, y luego, a la hora de la decisión del conflicto, podrá obtenerse el verdadero producto de la participación popular en el proceso penal en el sentido amplio de la democratización de la administración de justicia.

Podemos seguir discutiendo eternamente acerca de las virtudes o debilidades de la implementación del juicio por jurados, de la interpretación que debe otorgársele a las cláusulas constitucionales, o podemos afirmar, como lo hace Maier, que hoy en día es indiscutible la manda constitucional que ordena la instauración de este instituto³².

Siguiendo esta inteligencia, resulta evidente que el hecho de que en la actualidad este instituto aún no haya sido instaurado a nivel nacional se debe, sin dudas, a la falta de decisión política de llevar adelante la reforma integral necesaria que, la participación popular en la dinámica propia de nuestra sociedad actual, exige para su implementación.

Y es que más que concebir a los derechos y garantías como pilares establecidos e intangibles con un objeto fijo del que se pretende derivar un fundamento último y con pretensiones de universalidad, estos deben ser concebidos como el producto de una construcción y continua reconstrucción que se ha venido dando a lo largo de la historia en las fibras más íntimas de las tramas de las relaciones sociales.

Desde esta perspectiva, sería más correcto, en honor a esta concepción dinámica de los derechos, conceptualizar a los mismos como “acontecimientos” y, más precisamente, como producto del accionar político³³.

³¹ Cfr. FERRAJOLI, *op. cit.*, ps. 578/584.

³² Ha señalado el autor aludido: “*Quiero partir de algunas bases. En primer lugar no voy a discutir, como se acostumbra en la República Argentina, acerca de la conveniencia o inconveniencia del jurado, ni voy a hacer un relato histórico, que trasunte mi opinión acerca de la legislación positiva argentina. Voy a tomar la legislación constitucional positiva argentina como un hecho indiscutible, a pesar de que aquí todavía se discute sobre ello. Es decir, voy a tomar como un hecho indiscutible que nuestra Constitución Nacional impone el juicio por jurados en materia criminal y que nuestra historia jurídica lo impone desde los albores de nuestra independencia, en el año 1812*” (MAIER, JULIO B.J., *La reforma procesal penal para implementar un sistema de juicios terminados por jurados*, en: AAVV, *Juicio por Jurados en el Proceso Penal*, 1ª ed., Buenos Aires, Ed. Ad Hoc, 2000, p. 11)

³³ En este sentido, RAFFIN, MARCELO, *La experiencia del horror. Subjetividad y derechos humanos en las dictaduras y posdictaduras del Cono Sur*, 1ª ed., Buenos Aires, Ed. Del Puerto, 2006, ps. 51/52.