

“DERECHOS HUMANOS Y DEMOCRACIA DELIBERATIVA: APORTE PARA EL ANALISIS DE LA PARTICIPACION CIUDADANA EN LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL”

Work in progress

Autores:

Carlos Martín Villanueva

INTRODUCCION:

En la teoría política contemporánea se han profundizado los estudios respecto a la relación existente entre derechos humanos, democracia deliberativa y justicia, lo cierto es que los mismos han sido, en general, dirigidos a la resolver la tensión entre derechos fundamentales y democracia deliberativa en los estados constitucionales de derecho. Así se han desarrollado múltiples estudios sobre el activismo judicial y el alcance de la revisión constitucional por las Cortes Constitucionales, con diversas perspectivas y alcances respecto a su papel como obstáculos u dinamizadores de la democracia deliberativa. Sin embargo, estas constataciones se han realizado debatido poco la participación ciudadana en la tarea de juzgar desde una concepción de democracia deliberativa. En el presente trabajo nos proponemos una aproximación a este problema desde una perspectiva normativa de democracia deliberativa, derechos humanos y ciudadanía con fuente en las posiciones constructivistas dialógicas que tienen como representantes autores como Habermas, Forst, Benhabib y Nino.

La concepción deliberativa de la democracia ha ganado terreno en las últimas décadas como forma de superación de las limitaciones de la democracia liberal de mercado como los excesos del ideal normativo de la concepción democrática republicana.(Habermas, 1998;1999) El modelo procedimentalista¹ confía en la reforma de las instituciones a los fines de garantizar la participación inclusiva de los ciudadanos en las decisiones que pueden afectarlos y de emancipación ciudadana, heredero de una visión ilustrada emancipadora del ciudadano.

¹

Respecto a este modelo, observamos que a pesar de los avances y la profundidad de la visión que parece recorrer los aspectos centrales de la filosofía práctica y de los interesantes diseños para construir un modelo dialógico de función jurisdiccional que supere el modelo de pesos y contrapesos, y la tensión entre democracia y derechos fundamentales, son pocos los desarrollos realizados para pensar la aplicación del derecho a los casos concretos, independientemente de la jurisdicción Constitucional. Una excepción a esta regla es la línea de investigación llevada a cabo, desde una perspectiva teórica cercana, por Antony Duff, quien además de sus profundas reflexiones sobre el derecho penal y la democracia deliberativa, se ha ocupado de analizar el proceso judicial de adscripción de responsabilidad penal desde este ideal de democracia deliberativa. La idea base de la cual parte es que el derecho penal debe ser concebido como ley de los ciudadanos surgido a partir de procedimientos deliberativos, en donde los creadores como los destinatarios de las normas son los mismos ciudadanos y donde el juicio penal es un juicio entre conciudadanos, en donde el imputado es y debe ser tratado como un ciudadano que tiene una participación en el proceso respondiendo sobre la acusación formulada. En este sentido afirma “un juicio penal es y pretende ser un proceso racional de comunicación en el que la acusada esta activamente involucrada” (Duff, 2015, 39) Tomando como punto de partida estas ideas de Duff sobre el proceso judicial de adscripción de responsabilidad penal como un ámbito dialógico ciudadano donde un ciudadano es llamado a responder antes sus conciudadanos, se intentará reconstruir sobre las bases del pensamiento de Habermas, Nino y Forst las bases de una concepción de derechos fundamentales, democracia y ciudadanía sobre las cuales establecer normativamente las bases del modelo dialógico del proceso, en especial, la que corresponde al momento epistemológico y político más importante de este que es, el juicio oral y público. Posición que, en última instancia, se encuentran está fundado en un reconocimiento de ciudadanía como agencia racional capaz de decidir y dar razones, protegido con un conjunto de derechos básicos que surgen de un marco universalista pero cuyos contenidos concretos deben ser conformados por el reconocimiento mutuo de los ciudadanos, en prácticas democráticas deliberativas e inclusivas, regida por el principio de igual dignidad.

Dentro de este déficit de tratamiento, creemos que a partir de estas bases también se puede cubrir la insuficiencia más importante en los debates respecto a la democratización de la justicia, y que se encuentra referida a la forma de participación de los ciudadanos en la función jurisdiccional, que es paradójicamente la forma más destacable aplicación de la democracia deliberativa. Por eso, se intentará mostrar la forma en que la discusión actual ha descuidado preguntas centrales respecto al derecho de los ciudadanos a participar en la función jurisdiccional y en especial en aquella destinada a la imputación y castigo de responsabilidad penal, y sobre que precondiciones deben satisfacer los

diseños específicos de tal manera que se presenten como respetuosos de la forma en que los ciudadanos desde un punto de vista normativo deben ser tratados cuando se realizan diseños institucionales que incluyen su participación.

Por último, en el marco de una profundización del debate respecto a las implicancias de esta concepción democratizadora y, por lo tanto, de emancipación política de los ciudadanos, el problema se centra con relación a los instrumentos institucionales para dicha transformación de la función jurisdiccional, especialmente la penal. En este sentido, sostenemos que la mayoría de las reformas procesales penales propugnadas intentan dar un manto de legitimación a un poder judicial desprestigiado y no un legítimo intento de dar al ciudadano una mayor participación en las políticas públicas y decisiones fundamentales, como la de participar en la tarea de la aplicación del derecho, ni un mayor reconocimiento de su capacidad y derecho de decidir y dar razones de su decisión. Esta opción encierra un profundo elitismo de la corporación judicial y de la clase política en general y ha sido una de las razones por las cuales los instrumentos de democratización propuestos han asumido diseños que no representan un auténtico reconocimiento de ciudadanía ni se constituyeron como auténticos vehículos de emancipación política.

Uno de los instrumentos propuestos para el proceso de democratización de la justicia es la participación de los ciudadanos en la propia función jurisdiccional, resolviendo los casos individuales que se presentan, a través de la conformación de tribunales mixtos compuestos de jueces técnicos y legos. Cosacov (2017) ha afirmado que la institución de los jurados populares se inscribe dentro de un proceso emancipatorio, un momento en la constante lucha por el reconocimiento del ciudadano del derecho a decidir. Como intentaremos mostrar desde, una concepción fuerte de democracia, esta institución según los diseños que elijan puede una auténtica institución de autogobierno o supuestos avances que terminan obturando este proceso democratizador. En este sentido, se debe partir del fundamento normativo de la exigencia de ser tratados como ciudadanos capaces de dar razones y exigir razones. Al mismo tiempo, entendemos que a partir de dicho fundamento no sólo es necesario extender la exigencia de razones en los procesos judiciales llevados a cabo a través de jurados, como derecho de ciudadano imputado de controlar si ha sido oído, de ser condenados en base a razones que pueda aceptar y por tanto no arbitrarias e incluso a exigir la revisión de la decisión dada por falencias en las razones esgrimidas (Villanueva, 2017) sino también al reconocimiento del derecho de los ciudadanos legos, de participar de la tarea de juzgar, de ser tratados como sujetos capaces de dar razones y en ese sentido de motivar las sentencias. A tal fin se propondrán ciertos argumentos respecto a la participación ciudadana en Juicios por jurados y se mostrará la forma en la cual el diseño actual de los Juicios por Jurados viola esta exigencia respecto a la forma en que deben ser tratados los ciudadanos,

patentizándose en la forma de organizar la estructura y forma de la deliberación y motivación de la sentencia. Como ejemplo de esto se tomarán los diseños de juicio por jurado existentes en la provincia de Córdoba, en especial se tomará en cuenta los datos relevados a partir de una investigación que hemos realizado en el Centro de investigaciones de Filosofía de la Universidad Nacional de Córdoba sobre delitos de femicidio juzgados en la Provincia de Córdoba por juicio por jurados. Como se intentará demostrar, en primer lugar, el hecho de que el jurado técnico delibere junto al jurado lego tiene incidencia en la libertad de los mismos para presentar razones, no solo por su carácter de experto sino a partir de prácticas de imposición de creencias que desarrollan los jueces técnicos. En segundo lugar, a través de la exclusión del lego en la expresión de las razones, siendo competencia exclusiva de los jueces técnicos la motivación del veredicto, incluso en los casos en los casos en que las opiniones de los legos se opongan al voto de los jueces técnicos.

LA CONCEPCIÓN DE DEMOCRACIA DELIBERATIVA DESDE UNA CONCEPCIÓN DISCURSIVA PROCEDIMENTALISTA

Como afirmamos en la introducción de este trabajo, el modelo de la democracia deliberativa discursiva o procedimental ha propiciado vasta gama de trabajos vinculados al análisis de la misma y atento su carácter normativo a la evaluación crítica de instituciones y diseños de reforma institucional.

Esta concepción de la democracia se ha ido extendiendo, tomando la expresión de Lakatos, un verdadero programa progresivo que ha permitido, por un lado describir y explicar mejor ciertos aspectos de la realidad política, superar las limitaciones de la teoría liberal de la democracia como así también, establecer normativamente bases para la crítica institucional, política, jurídica y social sino también proponer cambios, de distinto nivel de profundidad, sobre la realidad existente a los fines de cumplir las promesas emancipadoras que se presentan como continuadoras del ideal ilustrado.

La concepción deliberativa se ha presentado como un valioso instrumento de análisis que permite dar cuenta de los peligros que acecha a la democracia en la forma del vaciamiento de la política y del rol de la ciudadanía en la misma, como puede ser la creciente tecnocracia política que, desde posiciones elitistas, mantiene e intenta ampliar campos de poder en la decisión política.

Como hemos manifestado esta concepción normativa se presenta, como superadora de las concepciones liberales y republicanas (Habermas, 1998;1999)² La concepción es procedimentalista³ y confía en la reforma de las instituciones a los fines de garantizar la participación inclusiva de los ciudadanos en las decisiones que pueden afectarlos. La democracia debe ser entendida como un procedimiento para organizar el “ejercicio público del poder en las principales instituciones de una sociedad sobre la base del principio de que las decisiones que afectan el bienestar de la colectividad puedan ser consideradas como el procedimiento de deliberación libre y razonada entre individuos tomados como iguales desde el punto de vista moral y político”. (Benahbib, 2002, pag. 105)

La concepción discursiva procedimentalista de democracia deliberativa que nos ocuparemos se apoya en las prácticas del dialogo en la interacción social, la existencia de un hecho básico social que es los individuos se comunican, plantean pretensiones de validez intersubjetivas. Sobre la existencia de estas prácticas se identifican vía argumento trascendental, la existencia de una racionalidad comunicativa y presupuestos implícitos (Habermas, Alexy, Nino) que funcionan como condiciones de posibilidad pragmático de este dialogo.

A partir de los trabajos de Apel y Habermas en la década de los setenta y ochenta, basadas en las prácticas de comunicación humana con pretensiones de validez específicas, se reconoce un cambio de paradigma en la concepción de racionalidad, en donde se resalta el carácter dialógico y comunicativo de la razón. A partir de estos estudios, el problema de la justificación racional de creencias, normas, expresiones, queda situado marco de la comunicación intersubjetiva. Siguiendo a Prono (2010) pese a las diferencias entre ambos autores, estos toman como tesis central que la validez racional, en el ambo teórico como el práctico, es constitutivamente y conceptualmente intersubjetiva.

“...exige apelar al principio procedimental del discurso práctico para toda fundamentación, tanto en el ámbito teórico práctico como teórico; dicho principio debe ser entendido como una forma de diálogo en la que se cuestionan pretensiones de validez y en la que sólo se emplean argumentos y contrargumentos racionales. De este modo Apel y Habermas concuerdan en sostener que, en la medida en que el pensar se afirma con pretensiones de validez, él mismo se sitúa ya siempre en el terreno del discurso argumentativo, que implica buscar y dar razones que sean aptas para revisar críticamente

² Dentro de la concepción deliberativa de democracia la versión procedimentalista que sostienen los autores citados parece superar los excesos de una posición republicana, que dependería de la existencia efectiva de la virtud cívica de los ciudadanos y de las limitaciones a la autonomía personal en función de un ideal de la comunidad de pertenencia del ciudadano

³ Algunos autores como Gargarella prefieren llamar concepción epistémica de democracia”, Nosotros preferimos llamar concepción discursiva procedimental de democracia, pues a diferencia de Gargarella que sigue la línea de Nino de democracia deliberativa epistémica, seguimos la clasificación establecida por Habermas a la misma que él denomina política deliberativa procedimental.

y para justificar mediante la argumentación (ante nosotros mismos, pero también ante los demás), lo que pensamos (Apel, 1996, 1998, Habermas 1997: 37-38, Böhler 2003). Desde esta perspectiva la racionalidad se constituye entonces en el terreno pragmático de la comunicación intersubjetiva. Este, precisamente, es trasfondo filosófico presupuesto por la teoría de la democracia deliberativa para abordar el problema de la fundamentación normativa de las decisiones políticas y del ordenamiento del estado de derecho.” (Prono, 2010)

A partir de estos presupuestos pueden derivarse ciertos principios que van a regir las condiciones de validez de los enunciados que se presentan con pretensiones de validez intersubjetiva, entre ellas las exigencias de las normas que deben regirnos: El Principio de discurso en Habermas y principio de justificación de Forst y Principio de libertad comunicativa junto con el derecho a tener derechos en Benhabib, que pese a sus diferencias puntuales reflejan la misma exigencia básica de justificación de las normas frente a los sujetos a las mismas.

El principio del Discurso de Habermas sostiene sólo pueden pretender validez las normas que encuentran (o pudieran encontrar) la aprobación de todos los afectados en tanto que participantes en un discurso práctico.

Forst sostiene que existe un derecho moral básico a la justificación el derecho a la justificación, el derecho a ser respetado como una persona moral, que es autónoma por lo menos en el sentido en que no debe ser tratado de una manera para la cual no pueda dársele razones adecuadas. Las personas morales deciden, ellas mismas, sobre la conformidad de esas razones en un diálogo concreto con otros. Dicho de manera abstracta (como se explica en la siguiente sección), éstas son razones que deben ser justificadas de manera universal y recíproca, y que no pueden ser negadas sin violar el respeto por los otros como seres con sus propias perspectivas, necesidades e intereses. Hablar de un derecho aquí —y ciertamente, del más fundamental de los derechos de todo ser humano—, es decir que se expresa una pretensión fundamental, absolutamente obligatoria para todos los sujetos, que no puede ser negada intersubjetivamente. En la medida en que los derechos sean entendidos como ciertas demandas recíprocas, legítimas e incuestionables universalmente, es adecuado denominar el derecho a la justificación como un derecho moral y como el derecho básico, pues éste no es en sí mismo un derecho humano específico, establecido intersubjetivamente y reconocido, sino que es la base de la justificación de los mismos derechos concretos.” De este derecho a la justificación se vincula al principio de justificación, ya que cualquiera sea en contexto, los seres humanos entre si están obligados a reconocer en otro, un ser a quien deben dar razones justificadas de las acciones que los afecten. El principio de justificación afirma que las acciones son justificadas con referencia a normas

están basadas en razones aceptables por los sujetos. Para esto Forst recurre a las exigencias de generalidad y reciprocidad de las razones.

Por último, Benhabib sostiene que “existe un derecho moral fundamental, el «derecho a tener derechos» (Hannah Arendt) de todo ser humano a ser reconocido por otros, y a su vez reconocer a otros, como una persona con derecho a respeto moral y a derechos legalmente protegidos dentro de una comunidad humana. Los derechos humanos articulan los principios morales que protegen la libertad comunicativa de los individuos” Benhabib entiende que respetar la libertad comunicativa de los individuos comprende la idea del derecho del otro de aceptar como legítimas sólo aquellas reglas de acción de cuya validez ha resultado convencida con razones. Benhabib, se asienta en un universalismo justificatorio que descansa en el universalismo moral y sobre una de sus reglas básicas el igual respeto por el otro en tanto que un ser capaz de libertad comunicativa.

La traslación de estos principios de estos al ámbito de las decisiones públicas implica reconocer el centro de la democracia deliberativa, tanto en lo que significado y sus exigencias de la formación de la voluntad común. Con respecto a lo primero, la democracia deliberativa, como instancia de autogobierno asume un carácter procedimental, en el cual las decisiones no se basan en valores predeterminados que se imponen sino en el procedimiento de acuerdo racional que se plantea como base de la organización política y de criterio de validez de las acciones, decisiones, estructuras y normas. Como Gargarrella afirma el núcleo conceptual de esta esta visión, para que “para que una decisión colectiva sea justificada, ella debe ser el producto de una discusión justa entre "todos los potenciales afectados" (Cohen 1989; Elster 1998; Estlund 2009; Habermas 1996; Nino 1996)

Según nuestro punto de vista, aunque no es lugar para su tratamiento, el núcleo de estas exigencias y como sostén mismo de los principios, la idea de reconocimiento intersubjetivo, en el reconocimiento del alter y el ego y deben profundizarse los lazos comunicantes con los desarrollos post-hegelianos respecto a esta idea, como ser los desarrollos de Honnet.

LA CONCEPCIÓN DELIBERATIVA Y EL CARÁCTER EMANCIPATORIO DE LOS PROCESOS DE DEMOCRATIZACIÓN:

A partir de desarrollos iniciales habermasianos, el programa ha profundizado sus desarrollos en muchos de los sentidos en los cuales esta concepción presentaba puntos que sus críticos señalaban. Entre ellos una mayor preocupación en los aspectos críticos y emancipatorios dirigidos a lograr a establecer la ampliación de derechos sociales para la efectiva participación ciudadana y el efectiva goce de la autonomía privada, pensando y denunciando los efectos de la desigualdad (Gargarrella),

como así también del respeto al otro concreto y el valor de la identidad (Benhabib), este modelo procedimentalista intenta mantener sus ideales universalistas originarios con los nuevos desafíos que plantea la identidad del “otro” concreto.

Asimismo, afirma Marcos Engelken-Jorge () que la concepción deliberativa del discurso encontró en la obra de Rainer Forst (2007a; 2007b; 2011) un replanteamiento que profundiza esta exigencia emancipadora “La deliberación pública se presenta, en este contexto, como una forma de reconocimiento de la autonomía individual y queda plasmada en una suerte de “derecho a la justificación”; y por tanto, concomitante obligación de proporcionar justificaciones..... En conflictos reales, ya sean inter o intraculturales, a lo que asistimos –sostiene Forst– es a una demanda de justificaciones, de manera que se aduzcan razones que legitimen una determinada situación u orden social puestos en cuestión precisamente a través de dicho conflicto. Lo que se espera, en suma, es que se ofrezcan argumentos que persuadan de que una determinada situación u orden social debe ser efectivamente aceptado o, de lo contrario, que se atienda a las objeciones planteadas y se modifique dicho estado de cosas. De este modo, lo que exigen implícitamente las partes es ser reconocidas como personas autónomas o, expresado de manera negativa, no ser ignoradas en la determinación de las relaciones sociales y políticas que afectan a todos y todas.”

Como hemos afirmado (Villanueva,2017) ⁴ Forst tiene una visión emancipatoria de los derechos humanos y la democracia deliberativa. Cuando analiza las exigencias de una teoría de los derechos fundamentales destaca como una exigencia central es que la teoría debe poder mantener el rasgo de los Derechos Humanos como forma de crítica, de objeción fundamental frente a las diversas formas de violencia contra la dignidad humana, contra la alienación del hombre por el hombre, exigencia que está vinculada con la idea de construir los fundamentos de los Derechos Humanos desde una filosofía normativa vinculada de manera inescindible a una teoría crítica de la sociedad propia de su filiación Frankfurtiana y con una concepción crítica de justicia.

La demanda de derechos humanos surge en conflictos sociales, en los cuales el llamado a la justificación de estructuras existentes percibidas como injustas, se hace cada vez más fuerte. Precediendo a todas las demandas de derechos humanos concretos, hay un derecho básico que es reclamado: el derecho a la justificación. Ese tipo de disenso y conflicto, actual e histórico —interno

⁴ El aporte de Forst es y ha sido importante en el análisis de categorías de filosofía prácticas como de derechos humanos, democracia y teoría de la justicia. Es considerado un representante de la cuarta Generación de la teoría crítica Frankfurtiana, y heredero directo de Jurgen Habermas. Esta cuarta generación toma principalmente elementos de la teoría de la acción comunicativa de Habermas e intenta recuperar al igual que Axel Honnet, el representante más sobresaliente de la tercera generación, la articulación entre teoría social y filosofía crítica normativa desde la cual se pretende abordar y participar de los principales problemas morales y políticos contemporáneos.

a la sociedad y a la cultura—, es el contexto actual en el que surge la demanda de los derechos humanos. Cada concepción de la fundación y validez de los derechos humanos debe tomar en cuenta esa forma de disenso y preguntar posteriormente cómo debe ser entendido el derecho básico a la justificación y qué derechos específicos pueden ser reclamados a partir de esa base.

En este sentido vemos, que desde este derecho a la justificación puede justificarse el significado emancipador de los derechos humanos y la democracia deliberativa, como condiciones de una sociedad justa en determinados contextos políticos.

Como afirmamos, intento de Forst es mostrar que es posible una alternativa a estos enfoques que logre rescatar el aspecto crítico político y social de los derechos Humanos, que deben ser reconsiderados como resultantes de luchas emancipadoras de personas que se ven como dignas de un estatus, de ser considerado un igual en lo social y lo político, con un poder de codeterminar las condiciones de vida, las normas y las instituciones al cual se encuentra sometido. Por eso, la lucha es por la de revertir una situación en la que el individuo es tratado como una “nulidad de justificación” como un ser indigno de dar y exigir razones. (Villanueva, 2017)

El fundamento moral de los Derechos Humanos, como lo reconstruyo, es el respeto de la persona humana como agente autónomo con un derecho a la justificación, es decir de un derecho a ser reconocido como alguien que puede exigir razones adecuadas para cada acción que reivindica una justificación moral, y para cada estructura política o social y para cada ley que pretenda vincularlo. Los derechos humanos aseguran el estatus de personas como iguales en el mundo político y social en ese sentido fundamental: Sobre la base de una demanda moral indispensable de respeto mutuo...Esto significa que la función esencial de los derechos humanos reside en garantizar, asegurar y expresar el estatus de las personas como iguales respecto a su derecho a la justificación. (Forst,1994,64)

Por tanto, los derechos humanos pueden caracterizarse por su función como derechos fundamentales para asegurar el estatus de personas seres con un igual derecho a la justificación. Esto derechos pueden ser de diversas índoles, pueden ser derechos de tipo civiles, políticos o sociales para una estructura general de justificación. Respecto al contenido de estos derechos, Forst señala, que los constituyen derechos sustantivos que no pueden negarse a otros razonablemente, sin vulnerar las exigencias de generalidad y El fundamento moral de los Derechos Humanos, como lo reconstruyo, es el respeto de la persona humana como agente autónomo con un derecho a la justificación, es decir de un derecho a ser reconocido como alguien que puede exigir razones adecuadas para cada acción que reivindica una justificación moral, y para cada estructura política o social y para cada ley que pretenda vincularlo. Los derechos humanos aseguran el estatus de personas como iguales en el mundo

político y social en ese sentido fundamental: Sobre la base de una demanda moral indispensable de respeto mutuo...Esto significa que la función esencial de los derechos humanos reside en garantizar, asegurar y expresar el estatus de las personas como iguales respecto a su derecho a la justificación. (Forst,1994,64)

En el pensamiento de Forst se mantiene el presupuesto de un agente moral racional y se refuerza la idea de la necesidad del reconocimiento intersubjetivo, recíproco como tales. La misma idea de reconocimiento de la agencia moral y racional del otro parece encontrarse en los presupuestos del discurso moral en Nino. En el caso de Forst, el dar y exigir razones presupone el reconocimiento del otro como ser con derecho a exigir y dar razones y esto conlleva el reconocimiento de su dignidad. El sujeto, así considerado debe ser valorado como miembro de la comunidad política con derecho a participar de las discusiones sobre las estructuras políticas y sociales a la que se encuentra sometido, y que funda, por esta razón, una de las ideas más reconocidas de Forst es la idea de un derecho Humano a la Democracia.

Bajo estos fuertes supuestos es posible la crítica a las instituciones sociales, jurídicas y políticas existentes, y las propuestas de diseños institucionales emancipadores, que es uno de los puntos principales de esta concepción. Así Habermas sostiene, que desde esta concepción discursiva es posible pensar el desarrollo y consolidación de los procesos democratizadores, no dependiendo de la virtud cívica de los ciudadanos ni de una ciudadanía colectivamente capaz de acción sino de la “institucionalización de procedimientos y presupuestos comunicativos, así como de la interacción de deliberaciones institucionalizadas con opiniones públicas desarrolladas informalmente.” (Habermas, 1pag. 374)

Tomaremos en adelante muchos de estas premisas sostenidas por Forst junto con los aportes de Habermas y Nino para la extensión de la democracia deliberativa a la función jurisdiccional, en especial, en la comprobación y consolidación de los presupuestos comunicativos ya existentes en el proceso penal, como así también en la forma de la democratización del sistema de enjuiciamiento penal a través de la intervención de los ciudadanos en la tarea de juzgar, a través de juicio por jurados. En este sentido, trataremos de justificar la necesidad de su participación como también mostrar como no todos los diseños de juicio por jurados son respetuosos de la ciudadanía y ni constituyen un avance en la democratización de las instituciones y por en su consecuencia, en la emancipación de los ciudadanos.

DEMOCRACIA DELIBERATIVA DISCURSIVA Y PROCESO JUDICIAL:

Como adelantábamos en la introducción pese al avance de programa de la concepción de democracia deliberativa y la profundidad de la concepción que parece recorrer los aspectos centrales de la filosofía práctica son pocos los desarrollos realizados para pensar la aplicación del derecho a los casos individuales. La mayoría de los trabajos se centran en la tensión entre democracia y derechos fundamentales, el rol de la jurisdicción constitucional y la propuesta de interesantes diseños para construir un modelo dialógico de función jurisdiccional que supere el modelo de pesos y contrapesos. (Gargarella) y como afirmamos han dejado analizar la tarea jurisdiccional normal de los tribunales referido a la resolución de los casos concretos.

Antony Duff, es uno de los pocos investigadores que están desarrollando esta línea de investigación, desde una perspectiva teórica cercana a la que nosotros presentamos, teniendo como referentes a Dworkin y Rawls y aportes del comunitarismo. Duff ha realizado importantes estudios sobre el contenido del derecho penal y la democracia deliberativa, en la cual ya Nino, (1980, 2013); como Gargarella (2015) han profundizado. Asimismo, y esto es lo que en este texto se rescata, se ha ocupado de la analizar el proceso judicial de adscripción de responsabilidad penal desde este ideal de democracia deliberativa.

La idea base de la cual parte Duff es que el derecho penal debe ser concebido como ley de los ciudadanos surgido a partir de procedimientos deliberativos, en donde los creadores como los destinatarios de las normas son los mismos ciudadanos. En tal sentido la pregunta fundamental en ese sentido es “¿Qué tipo de derecho penal, en cuanto derecho a que nosotros mismos nos sometemos, respetaría y expresaría nuestra ciudadanía?” (Duff, 2015, pág. 30) y sostiene que un derecho procesal, que exprese y respete nuestra ciudadanía debe ser entendido comunicativamente como un juicio de conciudadanos, en donde el imputado es y debe ser tratado como un ciudadano que tiene una participación en el proceso respondiendo sobre la acusación formulada. En este sentido afirma “un juicio penal es y pretende ser un proceso racional de comunicación en el que la acusada esta activamente involucrada” (Duff, 2015, pág. 39) y que este sujeto a ciertas condiciones de legitimidad que al mismo tiempo son precondiciones de responsabilidad penal y que deben cumplirse si pretendemos juzgarlo como ciudadano responsable.

Sostengo que esta que la idea de Duff de un proceso penal visto en términos comunicativos dialógicos entre ciudadanos puede ser ampliada en sus pretensiones y mejor articulada, desde el modelo dialógico de proceso derivado de la concepción de democracia deliberativa procedimentalista discursiva aquí expuesta. Así, partiendo de las sugerentes ideas de Duff sobre el proceso judicial de adscripción de responsabilidad penal como un ámbito dialógico ciudadano donde un ciudadano es llamando a

responder, se puede reconstruir sobre las bases del pensamiento de Habermas, Nino y Forst las bases de una concepción de derechos fundamentales, democracia y ciudadanía sobre las cuales establecer normativamente las bases del modelo dialógico del proceso, en especial, la que corresponde al momento epistemológico y político más importante de este que es, el juicio oral y público.

En primer lugar, es posible desde enfoque de democracia deliberativa fuerte que hunde sus raíces en una concepción meta ética constructivista de raigambre Kantiana⁵ y es posible reconstruir un concepto normativo de ciudadanía basado en el reconocimiento recíproco de sus capacidades de cada ciudadano de ser partícipes de un dialogo, de tener libertad comunicativa para dar y exigir razones en aquellas decisiones que los afecten, algo que desde en el pensamiento de Duff se presenta como dado. Un modelo dialógico de función jurisdiccional y concretamente de proceso judicial debe estar fundado en misma visión de ciudadanía como agencia racional capaz de decidir y dar razones, protegido con un conjunto de derechos básicos que surgen de un marco universalista pero cuyos contenidos concretos deben ser conformados por el reconocimiento mutuo de los ciudadanos, en prácticas democráticas deliberativas e inclusivas, regida por el principio de igual dignidad.

En segundo lugar, Duff, se presupone además de presuponer un concepto de racionalidad comunicativa, de agencia y ciudadanía, no se encuentra abocado a la construcción de una teoría consistente de fundamentación de derechos fundamentales y de democracia deliberativa que, si es articular de una manera más coherente desde la posición discursiva, que pese a sus diferencias como hemos visto en la primera parte del trabajo mantienen un fuerte compromiso a supuestos teóricos y metodológicos comunes.

En tercer lugar, aunque no se ha profundizado de manera suficiente sobre la aplicación del derecho en los casos concretos, lo cierto es que muchos de los autores de esta línea han establecido las bases de como pensar de una visión discursiva el proceso judicial. En este sentido, Habermas que ha sido el promotor de esta línea dialógica y la ha vinculado especialmente en los años noventa a la teoría del derecho desarrollando un sistema de derechos fundamentales y de democracia deliberativa que intenta superar la tensión entre autonomía privada y autonomía política, ha afirmado sobre el proceso judicial, que es esencial pensando en la justificabilidad de la sentencia, en la aceptabilidad racional de las sentencias judiciales, no solo dependerá de la calidad de los argumentos sino de la estructura del proceso de argumentación. Para el autor, la teoría discursiva del derecho se apoya en un fuerte concepto de racionalidad procedimental, que no solo debe buscarse en la dimensión lógico semántica sino en la

dimensión pragmática del proceso de fundamentación del mismo. Por eso mismo, es importante es la circulación de las razones, como la posibilidad de todos los individuos de presentar sus pretensiones de validez y justificarlas.

Como hemos afirmado anteriormente (Villanueva, 2017) Carlos Santiago Nino, presenta una versión del Constructivismo ético postkantiano que entra debate con las concepciones de Rawls y Habermas, y que se presenta a sí misma como una visión superadora de ambas, delineando asimismo su propia concepción de democracia deliberativa. Los textos en los cuales Nino presenta con claridad su posición constructivista son *Ética y Derechos Humanos* (1989), *Constructivismo Epistemológico: Entre Rawls y Habermas*. (1988), *El constructivismo ético* (1989), y *La constitución de la democracia deliberativa* (1997).⁶

En *Fundamento de Derecho Constitucional* (1992) es uno de los pocos trabajos en donde Nino analiza la garantía del debido proceso, y va a desglosar esta garantía en una serie de sub garantías referidas a: 1) acceso a la jurisdicción, 2) las características que debe tener el proceso, y 3) las condiciones generales que debe satisfacer un acto de coacción dispuesto como consecuencia del proceso.

En *Fundamento*, citando a Lawrence Tribe, Nino señala que hay dos justificaciones principales de la necesidad de interponer un proceso: 1) “Que existe un valor intrínseco en el hecho de que el individuo pasible de coacción no sea manipulado, sino que sea participe de un dialogo en el que se lo trata de convencer-así como el trata de convencer de la posición contraria-sobre la justificabilidad del acto de coacción. Ello implica respetar la dignidad de la persona, considerándola capaz de valorar y participar de la búsqueda conjunta de la verdad.” (Nino, 1992, 446)⁷ 2) El segundo enfoque, da al proceso un enfoque instrumental, como un mecanismo para garantizar la aplicación imparcial y ecuánime de la ley.

Nino va a afirmar que los dos enfoques no son excluyentes sino complementario dentro de una democracia liberal: 1) las afectaciones a los bienes y las personas establecidas por actos de los órganos de poder deben estar realizada con los máximos recaudos de que se han configurado las condiciones que lo hacen justificable y 2) “*En la justificación de ese acto de coacción debe participar el individuo que es o puede ser destinatario de él, no solamente en el debate democrático que conduce a la sanción de una ley que lo permite en términos generales, sino también en la discusión sobre la procedencia de la privación del caso particular*”(Nino, 1992, 447).

⁷ Como afirmaremos más adelante, de la justificación dada a las garantías procesales establecidas en dicho libro y de la teoría de fundamentación de derechos humanos contenida en *Ética y Derechos Humanos* creemos que es posible reconstruir la idea del derecho al ciudadano no solo a ser juzgados por pares que le den razones de su decisión sino también al derecho de estos de ser considerados como agentes capaces de decisión y justificación.

Lamentablemente Nino no llevo más allá estas ideas que justificaban un cambio posible en su teoría de derechos humanos y en una concepción del proceso judicial. Mi idea en este punto es que es posible mostrar no solo esta tercera vía de justificación en Nino sino también analizarla desde la propia red conceptual del autor, mostrar su justificación, analizar la idea la forma en que puede ser sostenida desde otra concepción constructivista de derechos Humanos que es Rainer Forst y finalmente mostrar como la misma esta concepción dialógica puede encontrar confirmación en un argumento retorsivo a partir de la propia práctica del proceso judicial.

Debemos recurrir a *Ética y Derechos Humanos* para encontrar una vinculación entre el principio de dignidad y esta consideración respecto a cómo deben ser tratados las personas como participantes de un dialogo, donde los sujetos son pensados como seres capaces de dar y exigir razones. Efectivamente cuando analiza el Principio de Dignidad y ha superado las críticas del determinismo de la voluntad humana, Nino señala que este principio no solo se vulnera cuando no se toma a las decisiones de los sujetos como determinadas causalmente sino cuando también sucede con las creencias y las opiniones. Cuando estas son tratadas como síntomas y no como razones, estas no están siendo puestas al mismo nivel que las creencias y decisiones de aquel que las impugna. En estos casos no se está tratando a las personas como iguales, al negar el estatus moral que distingue a las personas de las cosas. Nino se va a referir a que en estos casos "Tomar en serio una creencia" es Tomar en serio una decisión o consentimiento de un individuo. Vamos a ver que una expresión similar va a utilizar Rainer Forst para referirse al derecho a la justificación y al derecho de dignidad y que es que dar razones y exigirlos es mostrar que el individuo "cuenta".

En Forst, asienta como hemos visto su teoría de Derechos Humanos en un principio básico de justificación. Desde este la visión de justicia es más original y más profundo se contrapone esencialmente al concepto de arbitrariedad. El dominio de la arbitrariedad, en relaciones de poder sobre individuos concretos, sobre una clase social o a partir de relaciones de poder asimétricas, se relaciona con situaciones de dominación sin razones legítimas. El reclamo de justicia se dirige frente a esta clase de dominación arbitraria pero no por que priva a los individuos de algunos bienes materiales que hacen a su bienestar sino a las formas en que se desconoce a los individuos un derecho fundamental de justificación y al contiene el cumplimiento del principio de que no las personas no se encuentren sometidos a decisiones o estructuras sociales y políticas que no puedan ser justificadas frente a los afectados, por ejemplo la privaciones de bienes a los que no pueden ser justificados por razones generales y reciprocas frente a individuos libres e iguales. Para Forst, el reclamo de justicia es emancipador:

“La justicia tiene como meta terminar la dominación y el ejercicio del poder no justificado y arbitrario; y se trata ante todo de la posición-del estatus-de los ciudadanos

como personas con un derecho a la justificación. Los principios fundamentales de justicia no exigen una forma de distribución de ciertos bienes, determinada de antemano; antes bien, exigen que a toda forma de distribución se anteponga un proceso de justificación.” (Forst, 2014).

De estos presupuestos derivamos que un proceso judicial injusto, que determina una práctica arbitraria de poder, se puede configurar de cuatro maneras no excluyentes: 1) que el proceso en concreto configure un orden de justificación en el cual no haya espacio para que sean presentadas las razones de los individuos, no se efectiviza por tanto el derecho a “ser oído”, en el cual sin ese requerimiento básico tampoco puede defender su punto de vista y que implica la posibilidad de controlar haberlo sido, 2) en el cual quienes son las partes afectadas por las decisiones de un tribunal no son tenidas en cuenta como personas dignas de recibir razones de las decisiones que directamente lo afectan. Implica directamente desde el punto de vista de Forst el no reconocimiento del otro, 3) que la decisión se base en razones que no pueden ser aceptables racionalmente por no satisfacer los criterios de generalidad y reciprocidad, y 4) que en este último caso, discutir las razones de la decisión si las mismas no cumplen con los criterios de aceptabilidad, representada en la posibilidad de presentar recursos frente a la sentencia que se considera inaceptable.

Como ya afirmamos (Villanueva, 2017) el reconocimiento de las personas como dignas de ser tratadas como sujetos de razones, también podría encontrarse en la vía dialógica desarrollada por Nino y desde la cual puede derivarse una concepción de institución procesal justa. El proceso judicial se presenta como un espacio dialógico donde, ciertos sujetos exhiben pretensiones de verdad sobre afirmaciones fácticas y validez de normas. Estas pretensiones son expuestas por las partes con pretensión de aceptabilidad racional, con exclusión de la imposición de la violencia, frente a otro sujeto, quien de manera imparcial quien deberá tomar decisiones respecto a los requerimientos de las partes a partir de las consideraciones de las mejores razones brindadas.

La práctica misma del juicio a partir de la modernidad, con sus componentes, etapas y circulación de la palabra no puede considerarse con sentido, ni las manifestaciones de las partes no caer en contradicciones pragmáticas, si el proceso no es concebido como un espacio donde se busca un consenso racional entre los participantes, los cuales tienen un derecho a dar y exigir razones, y por tanto las partes, incluidos los ciudadanos que pertenecen al estamento lego del tribunal, son considerados en este sentido dignos de ser tenidos en cuenta como agentes morales y racionales y ciudadanos ejerciendo su autonomía política, como partes de una comunidad de seres libres e iguales. Asimismo, en este espacio, en donde prima la acción comunicativa dirigida al entendimiento, la decisión final que debe tomar el tribunal de juicio, qua agente racionales y que representa el auditorio

racional universal, se debe someter al resultado de la evaluación de los mejores argumentos. La decisión final del tribunal así considerado se presenta bajo tal exigencia fundamental, la de haber arribado a la misma en base a la selección de los mejores argumentos normativos y empíricos. Esta exigencia pragmática otorgará validez respecto a la verdad objetiva de las proposiciones asertivas seleccionadas para configurar la premisa fáctica como así también la corrección normativa de la premisa normativa que se encuentren en discusión.

Ahora bien, si esta es la práctica y estas son los presupuestos y principios que los sostienen pragmática y moralmente, el proceso judicial para poder llevarse a cabo de manera racional el mismo tiene que tener como ideal regulativo un conjunto de condiciones ideales de donde es posible derivar la exigencia de ser oído, de controlar la exigencia de dicha exigencia y por último la posibilidad de revisión. Una de estas condiciones básicas es los participantes, en una condición simétrica, pueden expresar su tesis y los argumentos que los sostienen, con la perspectiva de poder llegar a una resolución racionalmente motivada. En el caso del proceso penal, las implicaciones a las que hemos hecho referencia ut supra sobre las potestades de las partes, implican la protección de esta posibilidad y asimismo presuponen también que el juzgador las debe tomar en consideración imparcialmente. El control de que se ha considerado los argumentos imparcialmente es lo que se controla a través de la motivación.

LOS PRESUPUESTOS DE LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA DISCURSIVA APLICADA A LA PARTICIPACIÓN DE LA CIUDADANÍA EN LA TAREA DE JUZGAR

La idea que parece vislumbrarse es que no solo el derecho a la motivación y las garantías directamente vinculados a la estructura del proceso de argumentación pueden explicarse reconstructivamente desde estas reglas del dialogo ideal en una democracia deliberativa, surgido del principio discursivo y moral de justificación vinculado al derecho a ser considerados como agentes autónomos dignos de exigir y dar razones, sino también que de estos presupuestos comunicativos generales de la argumentación pueden justificarse un conjunto más amplio de derechos y de diseños específicos justicia penal, que incluyan de manera directa a los ciudadanos en la tarea de juzgar.

En este punto creo que se encuentra el mayor déficit de tratamiento de los autores de la concepción deliberativa del discurso⁸, sin embargo, creemos que a partir de las bases teóricas es posible cubrir la

⁸ Desde los primeros cultores del modelo como Habermas, Rawls, Nino, Bohman, así como sus continuadores, Gargarella, Spector, entre muchos otros, se han ocupado de establecer las exigencias del modelo deliberativo como la evaluación del tipo de las instituciones que respetan o deshonran este modelo de democracia. (Gargarella, 2014). En este sentido se han desarrollado estudios sobre el rol de los jueces, el activismo judicial, los límites del sistema de frenos y contrapesos de la división de poderes y el control de constitucionalidad. Asimismo, a partir de los desafíos propuestos por los objetores de la democracia deliberativa de que la misma no puede mostrar instituciones que se deriven de tal modelo⁸, se han propugnado diversos tipos de diseños institucionales que permitan un ejercicio dialógico de la función jurisdiccional con

insuficiencia más importante en los debates respecto a la democratización de la justicia, y que se encuentra referida a la forma de participación de los ciudadanos en la función jurisdiccional, que sería, prima facie, paradójicamente la forma más destacable aplicación de la democracia deliberativa a la función jurisdiccional. Como afirma, la discusión actual ha descuidado preguntas centrales respecto al derecho de los ciudadanos a participar en la función jurisdiccional y en especial en aquella destinada a la imputación y castigo de responsabilidad penal, y sobre que precondiciones deben satisfacer los diseños específicos de tal manera que se presenten como respetuosos de la forma en que los ciudadanos desde un punto de vista normativo deben ser tratados cuando se realizan diseños institucionales que incluyen su participación. Del hecho de que la mayoría de los autores de la democracia deliberativa plantean la existencia de un derecho humano a la democracia, como son Habermas, Forst, Benavid y creemos que Nino también, la pregunta es cual es el alcance de tal derecho en el plano de la participación ciudadana en la función jurisdiccional y en especial, en el derecho a participar decidiendo sobre la adscripción de responsabilidad de delitos a los ciudadanos y en su condena. Básicamente, si la democracia no es un diseño de gobierno más, sino aquel en la cual de mejor manera pueden realizarse el ideal de autogobierno y autonomía personal, a través de la participación de las decisiones que los afecten, en que sentido podemos afirmar que el mismo también puede extenderse a las decisiones que resuelven el caso individual de ciudadanos particulares. ¿Es la participación ciudadana en la tarea de juzgar un derecho derivado de este derecho a la democracia? ¿La resolución judicial tiene una analogía relevante en este sentido con las decisiones que nos afectan como ciudadanos, como son claramente las reglas generales y abstractas emitidas por el legislador? ¿Qué argumentos pueden esgrimirse en este sentido? ¿Cualquier diseño de participación de los ciudadanos garantiza este derecho a la democracia y el consiguiente respeto de los ciudadanos tal como estos deben ser considerados y tratados?

El principal instrumento hasta ahora pensado de participación ciudadana ha sido el juicio por jurados y a ella nos referimos cuando hablamos de participación en este ámbito. En los juicios por jurados tenemos participación de los ciudadanos legos en la propia función jurisdiccional, pues participan en

respecto a los otros poderes del estado y la redefinición del poder judicial (en especial las Cortes Constitucionales) como impulso como promotor del dialogo en un democracia deliberativa y como control de los canales de participación e inclusión en del dialogo público.

Sin embargo, estas constataciones se han realizado debatido poco la participación ciudadana en la tarea de juzgar desde una concepción de democracia deliberativa. Lo cual es llamativo, porque una de las principales instituciones democráticas que parecen responder plenamente a la exigencia de participación ciudadana y deliberación es el juicio por jurados. En esta clase de instituciones los ciudadanos participan de la administración de justicia tomando una decisión final en ciertos asuntos conflictivos tras el paso de un proceso de deliberación colectivo. Unas de las pocas contribuciones interesantes al respecto es la de la introducción de jurados populares en el control de Constitucionalidad desarrollado por Spector (2014) Gosh

la resolución participando en la conformación de la decisión colectiva respecto a la existencia del hecho y la responsabilidad o no del imputado, estableciendo las bases de la justificabilidad del castigo. Lo que voy a encarar en el presente apartado es si desde la posición filosófica de democracia deliberativa discursiva procedimental cuales son los argumentos a favor de la participación ciudadana y si este puede ser considerado un simple medio para la democratización de la justicia o un derecho de los ciudadanos derivado de un derecho al autogobierno democrático.

Al igual que Gargarella () separaré entre argumentos políticos como epistémicos para la justificar la presencia de los ciudadanos como jurados. Los políticos serán, en general, establecidos en forma de derivación directa de la condición de ciudadano en una democracia deliberativa y de la legitimación de sus resoluciones frente al imputado y la comunidad ciudadana que no participan del mismo, pero como justiciables eventuales tienen un interés en la forma en que se justificó la resolución y la corrección del procedimiento argumentativo llevado a cabo. Los argumentos epistémicos, están dirigidos a preservar la imparcialidad en la decisión.

Los argumentos políticos son a) La aplicación de los principios que sustentan la participación democrática y la legitimidad de las decisiones y normas dentro de un sistema democrático. b) el argumento de la legitimidad para responsabilizar. c) El argumento de la necesaria participación frente a la indeterminación del derecho. Los argumentos epistémicos: a) El valor de las perspectivas que posibilita la composición de los jurados por elementos legos b) la posibilidad de un mayor control de los sesgos o perjuicios a la hora de juzgar para asegurar el derecho a una decisión imparcial.

En los párrafos siguientes solo estableceré algunas pautas de la conformación de dichos argumentos que deberán ser profundizadas:

La aplicación de los principios que sustentan la participación democrática y la legitimidad de las decisiones y normas dentro de un sistema democrático:

Cuando intentábamos reconstruir la idea de lo que significa la democracia veíamos que desde una concepción procedimentalista discursiva esta debía ser entendido como un procedimiento para organizar el ejercicio público del poder que garantizara el autogobierno de los ciudadanos para lo cual debíamos tomar en cuenta el principio básico, independientemente del nombre específico que estos autores le asignen, de que las decisiones, normas e instituciones que puedan afectar al ciudadano puedan contar con su aceptación y por tanto sean producidas a través de procesos de deliberación libres y razonados entre ciudadanos tomados como iguales desde el punto de vista moral y político. (Benhabib,2002, pág. 105). Por el contrario, un sistema injusto es aquel en el cual estoy sometido a

decisiones, normas y diseños institucional en donde se puedan afectan los derechos de los ciudadanos y estos no pueden participar de la decisión. (Forst;2015)

La forma directa de afectación, sin duda, es a través de la imposición de normas jurídicas creadas por los órganos legislativos, pero aplica también de manera al caso del poder judicial atento el carácter eventual del juzgamiento de cualquier ciudadano. Esto es lo que Nino afirmaba cuando afirmaba que en la justificación del acto de coacción debe participar el individuo que es o pueda ser destinatario de un acto de coacción. (Nino, 1992) La circunstancia de cualquier ciudadano de tener que responder eventualmente de sus acciones frente a sus conciudadanos frente al posible incumplimiento de las leyes surgidas democráticamente hace necesario que tenga un derecho a participar de la institución en la cual se define mediante la aplicación del derecho el acto de coacción.

El argumento de la legitimidad para responsabilizar:

Antony Duff, (2015) afirma que el imputado de un delito responde frente a la comunidad política por la violación de la ley, al que está sometido al surgir por medio del ejercicio del autogobierno de la comunidad en procedimientos de democracia deliberativa. Esa comunidad de ciudadanos es quien debe decidir sobre esta responsabilidad, ya que es la comunidad política la que debe responsabilizarse sobre la pena aplicada.

Así podemos decir que hay dos formas de entender el alcance de este argumento: 1) Hay buenas razones para esgrimir a favor de un derecho general y permanente de la ciudadanía para participar en la función jurisdiccional penal, en función a quien se asignará la responsabilidad de la pena es a la comunidad misma por lo cual la comunidad política debe estar representada en los juicios por miembros de la ciudadanía elegidos de manera imparcial. 2) Una segunda manera, menos radical que el primero, sostiene, que la delegación a funcionarios expertos por parte de la comunidad es legítima, a menos que los funcionarios así instituidos hayan perdido la legitimidad para poder juzgar. Este argumento a diferencia del primero dependerá de una condición empírica que es la constatación de esta legitimación. En nuestro país, por ejemplo, con más de veinte años de mediciones de confianza pública en los jueces en los cuales los resultados arrojan un rechazo de más de dos tercios de la población, uno puede afirmar que los jueces en Argentina han perdido toda legitimidad para juzgar y que deben ser intervenidos por representantes directos de esa comunidad.⁹

⁹ ⁹Un ejemplo de esta desconfianza surge del último estudio anual de Latinobarómetro, que señala que el 31% de los latinoamericanos dice que las posibilidades de sobornar a un juez son “bastantes/muchas”. Mientras que el 72% asegura tener “poca o nada de confianza” en el Poder Judicial. En el caso de la Argentina, tal desconfianza trepa hasta el 75%. En 2010, sólo el 34% tenía confianza en ese Poder. Pero este año, la confianza bajó otros 9 puntos: cayó hasta el 25%.

El argumento de la necesaria participación ciudadana frente a la indeterminación de derecho:

a) El valor de las perspectivas que posibilita la composición de los jurados por legos:

En el juzgamiento tenemos un ciudadano frente a la imposición de una norma general y abstracta a un caso individual que nos enfrenta al “otro concreto”. Juzgar responsabilizando al “otro concreto” implica la necesidad del mayor entendimiento posible de sus motivaciones, del marco referencias de creencias y deseos que guiaron la acción del agente. Para el entendimiento elementos, entre otros, es necesario que entre quienes lo juzguen se puedan encontrar iguales epistémicos del ciudadano imputado. El igual epistémico representa la idea de un sujeto que puede compartir su mismo mundo de vida. Esta idea es la que exige la integración plural de la integración de los jurados populares para garantizar la pluralidad de perspectivas. Un ejemplo de esto se encuentra en la integración por mitades de hombres y mujeres para garantizar en esta diversidad la perspectiva por género, siendo considerada valiosa tal mirada.¹⁰

Surgen interrogantes interesantes, si la integración garantiza la representación de perspectivas de género y si tales perspectivas agotan las diferencias sociales que deben ser representadas, por ejemplo, otros géneros, la pertenencia a otros sectores sociales, su pertenencia a pueblos aborígenes, grupo etario, grupo religioso, etc. Así, por ejemplo, en la regulación de los juicios por jurados en la Provincia de Neuquén y Rio Negro se señala que la integración será plural. El jurado deberá quedar integrado por hombres y mujeres en partes iguales y que, como mínimo, la mitad del jurado pertenezca al mismo entorno social y cultural del imputado. Por último, afirma que también se tratara de que haya pluralidad etaria y que en el panel estén representados personas mayores, menores y adultas. En el caso de Chaco, mantiene la separación entre varones y mujeres, pero le agrega la integración por ciudadanos de pueblos aborígenes cuando se juzgue un hecho en donde el acusado y la víctima pertenezcan al mismo pueblo indígena Qom, Wichi o Mocoví, el panel de doce jurados titulares y suplentes estará obligatoriamente integrado en la mitad por hombres y mujeres de su misma comunidad de pertenencia.

Coloma afirma que “Por cierto, la deliberación sería especialmente enriquecedora si la composición del tribunal favoreciere la diversidad cognitiva –inteligencias múltiples según la terminología acuñada

¹⁰ Esta segunda perspectiva es la que parece seguir la ley provincial de juicio por jurado, según lo expresado por el legislador histórico. El miembro informante del oficialismo en la legislatura de Córdoba afirmó que la idea era que el estamento lego conformara una muestra justa y representativa de la población.

por Howard Gardner– de sus distintos miembros. Así, sería deseable que los jueces no proviniesen de una misma facultad de derecho, hubiese diversidad de género, distintas posiciones ideológicas, etc.” Sobre todo, el argumento epistémico se fortalece en sociedades con una gran desigualdad social y política criminal altamente selectiva, que se dirige casi exclusivamente a perseguir a los ciudadanos de los estamentos sociales con más carencia y vulnerabilidad y donde por otra parte, los jueces corresponden al estamento más elevado de la escala social. No hay mundo de la vida compartido y por tanto no son pares epistémicos, cosa que el jurado a través del sistema de selección entre todos los elementos de la sociedad al menos hace probable. Es discutible si sería necesaria una selección de Jurados acorde a cada ciudadano imputado o solo es necesario cuando estos mundos de la vida puedan diferir más sustancialmente como es el caso de la incorporación de los

b) la posibilidad de un mayor control de los sesgos o prejuicios a la hora de juzgar para asegurar el derecho a una decisión imparcial.

Vinculado estrechamente con este primer argumento epistémico, se puede sostener el argumento del mayor control de los sesgos o prejuicios a la hora de juzgar para asegurar el derecho de una decisión imparcial. Investigaciones de psicología, la psicología social y las ciencias cognitivas muestran la existencia de sesgos implícitos en la forma en que los seres humanos procesan la información y la forma que afectan finalmente las decisiones del individuo. Estudios de psicología jurídica refieren la existencia de estos mismos sesgos referidos a miembros de ciertos grupos en los jueces legos y aún a su pesar, en lo jueces legos. (Arena, 2016; Greenwald Y Krieger, 2006). Como afirma Federico Arena “Un sesgo implícito consiste en la atribución inconsciente de un menor valor moral a una persona o grupo y suele traducirse en preferencias categóricas (independientes del contexto) a favor o en contra de esa persona o grupo [Alexander, 1992]. Los sesgos implícitos representan un desafío para la lucha contra la discriminación puesto que sugieren la posibilidad que las personas actúen de manera sesgada y traten a los demás de manera discriminatoria aun sin darse completamente cuenta de ello. Asimismo, los sesgos implícitos son resultado de la educación, el contexto cultural y el estrato social de pertenencia, por lo que el agente no sólo no puede controlarlos, sino que, además, suele no advertir su incidencia en el propio razonamiento. Si ello es así, las acciones sesgadas carecerían de dos rasgos que suelen asociarse con la responsabilidad: control y consciencia [Lawrence, 1987]. Por otro lado, distintas investigaciones muestran que, si bien el funcionamiento de los sesgos implícitos es inconsciente, de ello no se sigue que sea imposible para el agente advertirlos y, por lo tanto, controlarlos, por lo que resultaría, en cierto grado, responsable [Mavda, 2017].”

Una idea similar, respecto a que los jueces legos pueden implicar un mayor control de Sesgos implícitos, sostiene Gargarella (2015). Para él hay un argumento epistémico valioso para la participación ciudadana y está centralmente vinculados al rol que pueden jugar los jueces legos en contra de los sesgos epistémicos. Se encuentra a favor de los jueces legos en la función jurisdiccional penal, en su creación, aplicación e interpretación del derecho. Para él es necesaria esta participación pues los bienes que están en juego son muy importantes en sus vidas y habitualmente las decisiones públicas sobre ellos se encuentran basadas en información parcial y limitada, y de esta manera tenemos sobre-criminización y una especie de infracriminización sobre delitos que no son seriamente reconocidos como tales o que no son perseguidos adecuadamente. (Para nosotros esto último puede ser aplicable a la violencia de género y los femicidios que no se investigan, persiguen y sancionan adecuadamente por ausencia de la violencia de género). Afirma:

“Indudablemente, tanto la falta de información relevante como los sesgos que afectan a los decisores y a los ejecutores de la ley explican muchos de los problemas que caracterizan al derecho penal moderno. Una presencia más activa del pueblo en el proceso de crear, aplicar e interpretar el derecho penal podría ayudar a eliminar o minimizar los sesgos existentes que tan perversamente afectan al derecho existente. Tal incremento en la intervención popular (que, como veremos, podría ser objetado por diversas razones) podría conllevaría interesantes consecuencias. Entre otras cosas, (i) permitiría la incorporación de información relevante al proceso de toma de decisiones; (ii) ayudaría a eliminar sesgos indeseados de dicho proceso; (iii) permitiría a las personas diluir o remover prejuicios sin sustento, reconocer la dignidad de los puntos de vista y de las vidas ajenas y aprender acerca de su sufrimiento; (iv) forzaría a otras personas a ofrecer razones públicas que, en su ausencia, tenderían a no aparecer; (v) movería a otras personas a filtrar sus demandas irreflexivas basadas en pasiones o en el mero interés propio; (vi) alentaría a cada uno a clarificar sus propias opiniones y a "repensar" sus reclamos, y (vii) educaría a las personas en el arte de vivir junto a otros.”

Además de compartir estos argumentos sostengo que frente a las posiciones generales que señalan que la instauración de juicio por jurados legos produce la mayor incidencia de sesgos implícitos en la decisión judicial, sostengo que ciertos diseños institucionales de instauración del jurado permiten un mayor control de estos sesgos. En primer lugar, la incidencia de los sesgos en contra de los imputados parece menores cuando hay mecanismos de audiencia de control de posibles sesgos

implícitos a través de las audiencias de *voir dire*, en el cual se seleccionan a los jurados. Este mecanismo parece de muy difícil implementación en los jueces técnicos cuyo único control de sesgos implícitos es posterior a la sentencia cuando involuntariamente no haya podido racionalizarlos u ocultarlos al momento de motivar la sentencia.

Por otro lado, si la educación, el contexto cultural y el extracto social de pertenencia, entre otros factores, de los jueces técnicos definen la existencia de ciertos sesgos. Y si estas circunstancias, según los estudios de sociología jurídica, son similares en los jueces técnicos, por lo tanto, también parece mayor la incidencia de estos factores en la conformación de sesgos compartidos y en última instancia en la mayor dificultad para identificarlos. Por el contrario que una mayor diversidad de niveles de educación, contexto cultural y extracto social de pertenencia pueden producir una menor incidencia de sesgos compartidos a la hora de deliberar y tomar la decisión.

LA IMPORTANCIA DEL DISEÑO INSTITUCIONAL DEL JURADO: ENTRE LA LEGITIMACIÓN DE LA DECISIÓN TÉCNICA Y LA EMANCIPACIÓN.

Afirmábamos que el modelo procedimentalista discursivo permite la evaluación de diseños institucionales y las propuestas de nuevos diseños basados en la profundización del proceso democratizador de las instituciones públicas y con ello un mayor grado de emancipación de los ciudadanos. Cosacov respecto a los juicios por jurados afirmaba que la introducción de los mismos se inscribe en un proceso emancipatorio, un momento en la constante lucha por el reconocimiento del ciudadano del derecho a decidir.

Compartimos esta idea, pero relativizada por una tesis fundamental de que no todos los diseños de juicio por jurados, en la que participan jueces legos son respetuosos de la ciudadanía y ni constituyen un avance en la democratización de las instituciones y por en su consecuencia, en la emancipación de los ciudadanos. Sobre todo cuando observamos que muchas de las reformas procesales penales que las introdujeron estuvieron impulsadas a partir de la crisis de legitimidad de la justicia técnica y fueron intentos de dar un manto de legitimación a un poder judicial desprestigiado o de propulsar un cambio punitivista, más que un legítimo intento de dar al ciudadano una mayor participación en las políticas públicas y decisiones fundamentales, como la de participar en la tarea de la aplicación del derecho, ni un mayor reconocimiento de su capacidad y derecho de decidir y dar razones de su decisión.

Esta opción encierra un profundo elitismo de la corporación judicial y de la clase política en general y ha sido una de las razones por las cuales los instrumentos de democratización propuestos han asumido

diseños que no representan un auténtico reconocimiento de ciudadanía ni se constituyeron como auténticos vehículos de emancipación política.

Como intentaremos mostrar desde una concepción procedimentalista de democracia estos instrumentos según los diseños que elijan pueden ser verdaderas instituciones de autogobierno o supuestos avances que terminan obturando este proceso democratizador.

El ejemplo del diseño en la provincia de Córdoba:

La provincia de Córdoba fue la primera provincia de la República Argentina en tener juicio por jurado. Se incorporó la participación ciudadana en la función jurisdiccional en 1992 a través de una reforma del Código Procesal penal que comenzó a regir en 1998. En el año 2004, se incorporó paralelamente otro diseño mixto de juicio por jurado. Inicialmente el proyecto contemplaba la introducción de un modelo de jurado anglosajón pero la existencia de una exigencia expresa de motivación en las sentencias en el artículo 155 de la Constitución Provincial provocó la reforma del diseño para no violar dicha normativa (Villanueva, 2017b).

El diseño implementado en esta última reforma se aplica a cualquier causa que sea elevada a juicio en la provincia y encuadre con los delitos que prevé la ley, que establece que las Cámaras con competencia en lo Criminal deberán integrarse obligatoriamente con jurados populares: cuando se encuentren avocadas al juzgamiento de los delitos comprendidos en el fuero penal económico y anticorrupción administrativa previsto en el artículo 7° de la ley N° 9182 y también de los delitos de homicidio agravado (artículo 80), delitos contra la integridad sexual de la que resultare la muerte de la persona ofendida (artículo 124), secuestro extorsivo seguido de muerte (artículo 142 bis, in fine), homicidio con motivo u ocasión de tortura (artículo 144, tercero, inciso 2°) y homicidio con motivo u ocasión de robo (artículo 165), del Código Penal de la Nación. Como consecuencia de estas dos primeras causales el juzgamiento de la violencia femicida cae bajo esta la competencia de tribunales integrados por tribunales mixtos, técnicos y legos. Respecto a la primera de estas causales, la violencia femicida queda atrapada por tres incisos principales el vínculo (inc. 1 del artículo 80), femicidio (inc. 11) y femicidio vinculado (art. 13).

La ley establece que el jurado estará integrado por ocho ciudadanos y tres jueces técnicos. Esto implica una constitución sui generis, ya que existe diferencia de los juicios escabinados clásicos son mayoría, los jueces legos y a diferencia de los jurados anglosajones, deliberan en conjunto con los técnicos el veredicto sobre la existencia del hecho y del jurado.

Una de las particularidades de este sistema y que lo caracteriza como un sistema mixto, es que en la deliberación del veredicto sobre existencia del hecho y culpabilidad del imputado participarán también

dos jueces técnicos del Tribunal. El tercer miembro de los jueces técnicos, el Presidente del Tribunal, no participa de la votación de este primer punto a resolver, pero si participa, en la práctica, de la deliberación incluso dando su opinión. El jurado así constituido fija la base fáctica comprensiva de la existencia del hecho, la participación del imputado y la culpabilidad del mismo. En caso de que el veredicto sea "culpable", el Tribunal técnico supuestamente decidirá el tipo de delito cometido e impondrá la pena.

A partir del año 2016, comenzamos el análisis de las decisiones judiciales de femicidio que se llevan a cabo por medio de este diseño de juicio por jurados. La información brindada originalmente consistía en 396 sentencias de juicios llevados a cabo con Jurados Populares, como primera decisión metodológica, identificamos aquellas sentencias correspondientes a delitos cometidos contra mujeres, ya sean de homicidios, tentativas de homicidios, o de cualquier tipo de lesiones, atendiendo a los criterios establecidos por Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género. Con este primer recorte, identificamos 47 casos violencia femicida, distribuidos en 12 Cámaras, 24 correspondientes a la ciudad de Córdoba, y 23 del interior provincial. De esos casos 25 corresponden a homicidios de mujeres, 20 a tentativas de homicidios y 2 a femicidios vinculados. Referidos a los 25 casos de homicidios de mujeres, 14 fueron caratulados como casos de femicidio. En estos casos relevamos los cuales hubo votos de disidencia internas en el tribunal, estableciendo que solo en 11 casos se produjo esta situación, pero solo 9 de estas fueron disidencias entre legos y jueces técnicos correspondiente la fundamentación del voto en disidencia a cargo del Presidente del Tribunal. En el resto de los 36 casos fue unánime la sentencia. Es decir, solo el 20 por ciento de las causas hubo disidencias internas siendo unánimes casi en el ochenta por ciento de los casos.

Esta escasa cantidad de disidencias entre los jurados legos y los técnicos tienen como una de sus causas principales la conformación de la deliberación conjunta del veredicto.

Numerosos estudios han criticado esta clase de diseño institucional, que con justificaciones paternalistas, logra inhibir el poder de decisión de los jurados legos, obstaculizando su carácter democratizado transformándolo en una participación inerte y que se dirige en sus objetivos a representar solo una instancia de legitimación de las decisiones tomadas por los tribunales técnicos. Esto se logra por 1) efectos mismos del diseño de deliberación como lo han demostrado como decíamos importantes estudios de psicología social, y 2) por estrategias y dinámicas en el interior de la deliberación llevada a cabo por los expertos y en los cuales se pone de manifiesto el menosprecio del papel de la ciudadanía, influyendo en sus decisiones, 3) finalmente, por un sistema que cristaliza este menosprecio que es la forma en que se motiva el veredicto posterior a la deliberación.

Los problemas de la deliberación conjunta:

Los estudios dedicados a los jurados escabinados y mixtos como el sistema de la provincia de Córdoba, han puesto el foco de sus críticas a estos diseños en la influencia que ejercen los jueces técnicos expertos sobre los jueces. Sobre este punto Bonvillani y Tomasini (2001) expresan que los jueces legos y los expertos se constituyen en un grupo emergentes donde rigen ciertas operaciones y relaciones psicosociales. En este sentido en la decisión grupal debe tomarse en cuenta la mutua referencia entre los participantes, la representación de la situación grupal, de roles, los marcos de referencia que influyen fuertemente en el proceso de deliberación y toma de decisión grupal. Referidos a los jurados escabinados pero aplicable también al sistema mixto de la ley provincial, las autoras demuestran en sus estudios que a) que las relaciones de poder condicionan el proceso de toma de decisiones en un grupo de jurados legos, b) que estas relaciones de poder se construyen a partir de la diferencia entre los capitales simbólicos entre legos y técnicos, c) que los atravesamientos institucionales, en su dimensión material y simbólica, operan potenciando estas relaciones, y d) que el ejercicio de poder es mecanismo sutil que se ejerce a nivel simbólico.

Efectivamente en la investigación realizada sobre los casos de femicidio puede constatarse este poder simbólico ejercido por el lego, que minimiza y neutraliza el carácter democratizador de la participación ciudadana en la función jurisdiccional. Esto no solo fue posible apreciarlo en la escasa incidencia de las disidencias entre jueces legos y técnicos, que no llegó al 20 por ciento de los casos, sino en que las sentencias siguieron los criterios doctrinarios de los jueces técnicos de cada tribunal aunque cambiara la conformación de los jueces legos, así en las Cámaras en las cuales los fiscales no investigaban con perspectiva de género ni se los jueces aplicaban esta perspectiva a la subsunción de los casos, no se imputaba femicidio ni quedaba tematizado la violencia de género mientras que en las Cámaras, cuyos miembros técnicos adherían a la perspectiva de género, en casos similares a los de las Cámaras antes mencionados condenaron por femicidio, vieron las tentativas de femicidio como parte de la violencia de género, a pesar del cambio de conformación de sector lego del tribunal llamado a decidir. En las entrevistas realizadas a los jurados legos, también se observó el capital simbólico que los jueces técnicos acumulaban en la percepción de los legos y por los que eran reconocidos. Bonvillani y Tomasini (2001) citando a Bourdieu (1994), esta capital simbólica no solo está dado porque es un experto que conoce la ley, sino por un cargo de juez que se presenta como un título que multiplica su valor e influencia. El juez, “es aquel investido con la capacidad de juzgar, investidura que sanciona una diferencia, la de existir para que sea conocida y reconocida por el agente investidos....La figura del juez se dibuja a partir de: las credenciales que porta, el derecho a ser portavoz del sistema, el ser considerado como una fuente de información válida (autorizada), el gozar de una jerarquía y posición social y el manejo de habitus lingüísticos vinculados al universo jurídico. Estas características, según

varios autores (por ejemplo, Kelman y Hamilton, dotan al agente de la capacidad de inducir comportamientos” (Bonvillani y Tomasini, 2001, pág. 166) a estos hay que sumar los atravesamientos institucionales como ser los directores del proceso, en los cuales solo ellos tienen experiencia, dirigiendo los espacios, los tiempos, la distribución de la palabra, etc.

Finalmente se agrega que el juez se presenta como un sujeto en un estatus diferente epistémicamente sino también moralmente, como aquel que tiene que cargar con el peso de la decisión colectiva y responder en su caso.

Todas estas diferencias de capital simbólico afectan la deliberación conjunta de jueces técnicos y legos, pero sostenemos que no como una consecuencia no deseada sino con la función latente de neutralizar el carácter emancipador de la participación de los ciudadanos en la administración de justicia y legitimar la actuación técnica. El efecto neutralizador se ve reforzado a partir de una serie de prácticas de imposición de poder la voluntad de juez técnico.

La obstrucción del derecho a decidir de los ciudadanos legos también se presenta en la forma de prácticas demostrativas de mecanismos de poder desde los jueces técnicos a los legos. Si las disidencias fueron pocas queda más expuesto la imposición de la voluntad de los técnicos en el contraste con Cámaras del Crimen con prácticas más permeables a las diferencias de opinión y aporte de razones por parte de los jurados. Estas disidencias solo se produjeron en algunos tribunales de manera reiterada, por ejemplo, de los 9 casos de disidencias entre legos y técnicos, 3 fueron dentro del mismo tribunal de la localidad de San Francisco, donde se establecieron pautas institucionales de mayor respeto a la opinión del ciudadano lego. Refuerza esta idea que en San Francisco se juzgaron solo 4 casos en el periodo estudiado, con lo que el 75 por ciento de las causas juzgadas se permitió el ingreso de las razones establecidas por los jueces legos.

En las entrevistas realizadas a los jueces legos que participaron en uno o más causas pudo observarse que la mayoría de ellos señalaron prácticas de los jueces técnicos para obstaculizar el disenso proveniente de los jueces legos. Así ciudadanos que habían presentado su oposición a la forma de entender la causa de la forma en que lo hacía la mayoría compuesta por los jueces legos respecto a la forma de realización del hecho o participación del imputado fueron apartados del tribunal, otros fueron llevados al costado a los fines de tener una charla personal con el juez para convencerlos de la necesidad de cambiar de postura y mostrar que se había llegado a una decisión unánime. En los casos consultados los jueces legos manifestaron que sintieron que sus razones no eran tomadas en cuenta y que no consideraban que los jueces legos los trataran como iguales en la decisión y en la expresión de razones.

El sistema de motivación del veredicto:

La ley que establece el jurado mixto en la provincia de Córdoba excluyen al presidente del tribunal técnico del voto de la primera cuestión de la sentencia referida a la existencia del hecho y participación de los jurados y se pone a cargo de aquél la fundamentación lógica y legal de la decisión mayoritaria en caso de discrepancia entre los dos Jueces técnicos y los Jurados y éstos forman mayoría, o cuando debe motivar la decisión minoritaria de los Jurados si ninguno de los Jueces técnicos hubiere votado en el mismo sentido que éstos.

A partir de estos incisos el Presidente del Debate carece de voto en las cuestiones previstas en la existencia del hecho, como también en lo atinente a la culpabilidad o inocencia del acusado. De dichas normas se deriva también que en las cuestiones en las que los jurados deben votar, la fundamentación lógica y legal de la sentencia correrá por su cuenta, salvo que uno de los jueces técnicos haya concurrido a formar mayoría. Por último, el Presidente deberá motivar la decisión minoritaria de los jurados si ninguno de los técnicos hubiera votado en el mismo sentido que éstos. Por su parte el artículo 45 de la Ley establece que la sentencia que se dicte deberá observar los requisitos exigidos por la ley de rito, en clara alusión al artículo 408 inc. 2º del Código Procesal Penal, en cuanto establece que la sentencia deberá contener ‘el voto de los jueces y jurados sobre cada una de las cuestiones planteadas en la deliberación, con exposición concisa de los motivos de hecho y de derecho en que se basen, sin perjuicio de que adhieran específicamente a las consideraciones y conclusiones formuladas por el magistrado que votare en primer término. Los jurados podrán adherir al voto de cualquiera de los jueces’.

La ley al separar entre quienes deciden (legos más técnicos) de los que motivan (técnicos). El sustrato no es sino uno solo, que el juez lego mismo es el elemento irracional en la sentencia, incapaz de dar razones justificadoras válidas de la forma en que arribó a su creencia o en las razones en que puede fundar su convencimiento acerca de las cuestiones relativas a la existencia del hecho y de la culpabilidad del imputado.

Este escepticismo respecto a la posibilidad del juez no técnico de exponer razones de cuestiones no técnicas es un fuerte prejuicio que desnuda que en el fondo mantenemos la idea de que al juez lego solo le podemos solicitar íntima convicción no por cuestiones de legitimidad como pretendían Zambiazzo y Gonzales Castro sino como límite epistemológico.

La justificación de la intervención de los jueces legos en la tarea de motivación se encuentra para nosotros por un lado, en el hecho básico de que no existen condiciones epistémicas esencialmente distintas entre jurados y legos. Los límites de la humana racionalidad son los mismos en ambos. Como afirma Husser, Del Vechi-Sibila, si la sana crítica racional se encuentra en el seguimiento de

los principios de la lógica, la psicología y la experiencia común, estos son comunes en técnicos y legos.

Por otro lado, deviene irrelevante las objeciones epistémicas, de carácter factico, frente a los argumentos normativos de carácter jurídico, ético y políticos, que se asientan en una noción fuerte de ciudadanía y agencia, implicando el deber del Estado de considerar a los ciudadanos como agentes racionales autónomos con un derecho básico a la justificación (Forst) y su deber de participar activamente en las responsabilidades de la comunicada política y en la discusión pública. Siguiendo la idea de Giddens, hay una implicación de ambos deberes, y que es analizada por David Held (1997). Esto no significa desconocer las dificultades reales respecto al cumplimiento de los jurados legos en su tarea. Paul Ricoeur (2008) da cuenta de la tensión entre autonomía y la vulnerabilidad. Ricoeur, analiza esta vulnerabilidad como, desde un aspecto, la incapacidad o a la capacidad menor de expresarse. Otro aspecto, es la dificultad del sujeto de ser escuchado frente a la intensidad de la confrontación de argumentos y de rivalidad de palabras que se inscriben en el mundo discursivo (alteridad). Este aspecto señala la realidad de la desigualdad del dominio de la palabra, es decir, a limitaciones extrínsecas al agente. Sin embargo, estas limitaciones, la vulnerabilidad no puede ser utilizada como argumento por parte del Estado para restringir la autonomía de los ciudadanos y excluirlos de su ejercicio.

La participación del ciudadano en la administración de justicia, a través de los juicios por jurados, como agentes racionales autónomos, implica la exigencia de considerarlo y tratarlo como capaz de deliberar y dar razones. Al mismo tiempo el deber de participación implica la idea de responsabilidad, de la cual se desprende la obligación de ofrecer razones de las conclusiones a la cual se arriba, si de esta se sigue el cercenamiento de derechos de otros ciudadanos.

Destruir este prejuicio es la verdadera forma de inmunizarse contra la irracionalidad. No establecer la distinción entre quienes son capaces de dar razones y quienes no, sino en justamente ver que la racionalidad consiste en esta posibilidad humana y general de aportar razones para nuestras creencias y nuestras acciones, lo cual es una verdadera y coherente apuesta al cognitivismo. A nuestra manera de ver este sistema, este diseño institucional si bien permite incluye a los ciudadanos en la administración de justicia, que por razones jurídicas, políticas y filosóficas, no permite que esta participación pueda desarrollarse en plenamente, no es el que mejor representa a los componentes del ideal deliberativo de la democracia ni a la consideración de los ciudadanos como agentes de razones violando su derecho a justificación.

A MODO DE CONCLUSION:

El modelo de la democracia deliberativa, de raigambre procedimentalista discursiva, que tiene su principal desarrollo a partir de los estudios de Habermas y que actualmente tiene entre sus exponentes a Forst, Benhabib y como así también con diferencias importantes Nino, es el fundamento de profundos estudios entre democracia, derechos fundamentales, derecho y modelo jurisdiccional, aparece como una alternativa superadora a otras concepciones normativas de democracia.

Este modelo entre sus ventajas puede mostrar la progresiva incorporación de nuevas problemáticas sociales, políticas y culturales, que han permitido superar las críticas dirigidas a su olvido de los problemas de identidad, igualdad y transformación social y política. En este sentido veíamos como este modelo podía conservar a través de planteamientos como los de Forst no solo una retórica sino verdaderas propuestas emancipatorias dirigidas a la crítica de la justicia de las instituciones y las bases críticas para su reemplazo por otros que permitan el respeto del derecho de justificación de los ciudadanos, como derecho de los mismos a ser tratado como ciudadanos capaces de exigir y dar razones.

Entre las estructuras sociales que deben merecen crítica y transformación se encuentra el poder judicial y específicamente la forma de juzgar. En este aspecto mostramos como los mismos se habían volcado al estudio al diseño de la justicia Constitucional descuidando en alguna medida los estudios sobre la aplicación de este modelo democrático a la aplicación del derecho a casos concretos. En esta línea de investigación se encuentra Duff, que ha trabajado la idea de un derecho penal y un derecho procesal penal desde una concepción deliberativa de democracia, pero sin un soporte filosófico que permite articular una teoría de la racionalidad y la acción social, Derechos Humanos, Democracia y el mundo jurídico, estableciendo una teoría que convoca a la unidad dese la filosofía práctica.

El enfoque al mismo tiempo, referido a la aplicación jurisdiccional del derecho permite dar cuenta de un modelo dialógico de proceso judicial y de las garantías que lo guían como así también poder justificar la participación de los ciudadanos en la tarea misma del juzgar a través de juicios por jurados. Asimismo, permite la crítica concreta de los diseños de jurados existentes y las propuestas de diseños más respetuoso.

El trabajo no ha querido ser más que un avance de un proyecto a llevar a cabo, y que tiene enormes desafíos hacia el futuro: Ampliar y profundizar la base teórica, la profundización de sus aplicaciones al campo del derecho procesal, el fortalecimiento de los argumentos de la participación de los jueces legos y la respuesta a sus posibles críticas, por último profundizar en el estudio del derecho comparado y proponer las bases para el diseño de un juicio por jurados respetuosos del derecho a la justificación y de su derecho participar y decidir.

Bibliografía

ALEXANDER, L. (1992), "What Makes Wrongful Discrimination Wrong? Biases, preferences, stereotypes, and proxies", *University of Pennsylvania Law Review*, 141 (1), pp. 149-219.

ARENA, F.J. (2016), "Los estereotipos normativos en la decisión judicial", *Revista de derecho de la Universidad Austral de Chile*, 29 (1).

Bonvillani, A.-Tomasini, M. (2001). El jurado como grupo. Diferencias de capital simbólica y construcción de poder. En Cosacov, G.-Morey, P., *Creencias y ontología. El caso del jurado* (pág. 200). Córdoba: Editorial Copiar

Cosacov, G.-Rufinetti, E. (2017) *Yo te juzgo. Reflexiones en torno al derecho ciudadano a castigar*. Córdoba. Editorial Brujas.

Duff, A. (2015). *Sobre el castigo: Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*. Buenos Aires: Siglo 21.

Forst, R. (2005). El derecho Básico a la justificación: Hacia una concepción constructivista de los derechos humanos. *Estudios Políticos*, 35-59.

Forst, R. (2014). *Justificación y crítica: Perspectiva de una teoría crítica de la política*. Buenos Aires: Katz.

Gargarella, R. (2014). *Por una justicia dialogica: El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo 21.

Gargarella, R. (2015) El lugar del pueblo en el derecho penal. <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/05/doctrina41047.pdf>

Habermas, J. (1998). *Facticidad y Validez*. Madrid: Trotta.

Habermas, J. (1999). *La inclusión del otro: Estudios de teoría política*. Madrid: Paidós Iberica.

Hart, H. (1994) *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Harfuch. (2012). Inmotivación, secreto y recurso amplio en el juicio por jurados. *Revista Derecho Penal*.

Held, D. (1997). Ciudadanía y Autonomía. *Doxa*, 43-71.

Nino, C. S. (1980). *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires: Astrea.

Nino, C. S. (1989). *Ética y Derechos Humanos*. Buenos Aires: Astrea .

Nino, C. S. (1992). *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Astrea.

Nino, C. S. (1993). Derecho, moral y política. *Doxa*, 35-46.

- Nino, C. (2013). *Una teoría de la justicia para la democracia*. Buenos Aires: Siglo veintiuno.
- Ovejero, F. (2008). *Incluso un pueblo de demonios: democracia, liberalismo y republicanism*. Buenos Aires: Katz.
- Pastor, D. (2010). El deber judicial de motivar las condenaciones. En D. y. Pastor, *Reflexiones sobre el procedimiento penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Prono, A. (2010) La democracia deliberativa y el problema de su implementación práctica. consideraciones críticas en torno al debate consenso vs. Conflicto. *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política Universitas* n. 12 julio 2010.pag. 113-134.
- Villanueva, C. (2017). Hacia un fundamentación constructivista del principio de justificación judicial: la reconstrucción de una vía dialógica a partir de la teoría de fundamentación de derechos humano de Rainer Forst . En R. Sanchez Brigido, C. Longhini, C. M. Villanueva, & D. Domeniconi, *Constructivismo y Derechos Fundamentales* (pág. 192). Córdoba: Lex.
- Villanueva, C. M. (2017). El deber de motivar legal y lógicamente las sentencias del artículo 155 de la Constitución Provincial como garantía de debido proceso y su implicancia en el diseño de participación ciudadana en la justicia penal. En J. E. (Compilador), *Treinta años de la Reforma Constitucional* (pág. 349). Córdoba: Editorial UNC.
-