

JUICIO POR JURADOS Y PROCEDIMIENTO PENAL



Coordinado por Gustavo Letner y Luciana Piñeyro



Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires
Consejo de la Magistratura



JUICIO POR JURADOS Y PROCEDIMIENTO PENAL



www.editorial.jusbaire.gov.ar
editorial@jusbaire.gov.ar
fb: /editorialjusbaire
Av. Julio A. Roca 534 [C1067ABN]
+5411 4011-1320



Sello
**Buen
Diseño**
argentino

Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Juicio por jurados y procedimiento penal ; coordinación general de
Gustavo Letner ; Luciana Piñeyro. - 1a ed. -
Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editorial Jusbaire, 2017.
Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online
ISBN 978-987-4057-99-0

1. Juicio por Jurados . I. Letner, Gustavo, coord. II. Piñeyro, Luciana,
coord.
CDD 347.075

© Editorial Jusbaire, 2017

Hecho el depósito previsto según Ley N° 11723

Consejo Editorial

Presidenta:

Vanesa Ferrazzuolo

Miembros:

Marcela I. Basterra

Alejandro Fernández

Lidia Ester Lago

Fernando Bosch

Fabiana H. Schafrik de Nuñez

Alejandra García

Departamento de Coordinación de Contenidos

Editorial Jusbaire

Corrección: Mariana Palomino; Daniela Donni y Florencia Parodi

Coordinación de Arte y Diseño: Mariana Pittaluga

Maquetación: Esteban J. González

La presente publicación ha sido compuesta con las tipografías *Geogrotesque* del tipógrafo argentino Eduardo Manso y *Alegreya* de la fundidora argentina Huerta Tipográfica.



Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires
Consejo de la Magistratura

Autoridades 2017

Presidenta

Marcela I. Basterra

Vicepresidente

Alejandro Fernández

Secretaria

Lidia Ester Lago

Consejeros

Silvia Bianco

Vanesa Ferrazzuolo

Juan Pablo Godoy Vélez

Darío Reynoso

Javier Roncero

Marcelo Vázquez

Administrador General

Alejandro Rabinovich

ÍNDICE

PRÓLOGO	
Por Marcela I. Basterra.....	09
INTRODUCCIÓN	
Por Gustavo Letner y Luciana Piñeyro.....	11
LA EVOLUCIÓN DEL JURADO EN LA ARGENTINA	
Por Denise C. Bakrokar y Natali D. Chizik.....	13
EL JURADO INDÍGENA EN ARGENTINA	
Por Andrés Harfuch, Mariana Bilinski y Andrea Ortiz.....	25
REFLEXIONES EN TORNO AL JURADO COMO GARANTÍA DEL IMPUTADO Y LA OBLIGATORIEDAD DEL JUICIO POR JURADOS	
Por Patricia López y Ariel Ospitaleche.....	33
EL JUICIO POR JURADOS POPULARES: LA EXPERIENCIA EN LA PROVINCIA DE NEUQUÉN	
Por Florencia María Martini.....	49
EL VOIR DIRE: CLAVES PARA LOGRAR UN JURADO COMPETENTE, INDEPENDIENTE E IMPARCIAL	
Por Guillermo Nicora.....	73
RELACIONES ENTRE LOS “ESTÁNDARES DE PRUEBA” Y LA ACTIVIDAD DE LAS PARTES	
Por Fernando Javier Zvilling.....	105
LA POTESTAD JURISDICCIONAL PARA ABSOLVER ANTE EL VEREDICTO CONDENATORIO DEL JURADO	
Por Nicolás Schiavo.....	131

DEMOCRATIZACIÓN DE LA JUSTICIA Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA. EL JUICIO POR JURADOS POPULARES Por Daniel Erbetta.....	151
JURADO POPULAR VS. JURADO ESCABINADO. UNA DISYUNTIVA POLÍTICA Por Sidonie Porterie y Aldana Romano Bordagaray.....	169
DEL <i>COMMON LAW</i> AL <i>CIVIL LAW</i>: EL GRAN POTENCIAL DEL JURADO PARA PONER FIN A LA CULTURA INQUISITIVA Por Andrés Harfuch, Vanina Almeida, Mariana Bilinski y Denise Bakrokar.....	187
JUICIO POR JURADOS: VEREDICTO DE CULPABILIDAD Y DETERMINACIÓN DE LA PENA Por Tamara Peñalver.....	201
EL JUICIO POR JURADOS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN Y DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES Por Alejandra Alliaud y Miguel Kessler.....	227

PRÓLOGO

La creación de la Unidad de Implementación de Justicia por Jurados permitió que el Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires desarrolle diversas políticas institucionales, orientadas hacia la efectiva aplicación de este instituto de participación ciudadana.

La promoción de los juicios por jurados resulta necesaria, dado que constituyen una expresión del sistema de gobierno representativo y republicano, garantizado expresamente en la Constitución Nacional y en el texto supremo de la Ciudad de Buenos Aires.

Uno de los principales objetivos que tenemos como administradores del Poder Judicial es procurar el impulso permanente de toda acción orientada a garantizar el acceso a la justicia y la participación ciudadana. En este sentido, debemos trabajar arduamente para la incorporación de mecanismos eficaces en la justicia, que involucren a los ciudadanos en las decisiones judiciales.

La participación activa de la ciudadanía a través de la conformación de jurados populares, como herramienta que permite la intervención de esta en el proceso jurisdiccional, contribuye significativamente al objetivo final de lograr una justicia más democrática y cercana a la gente.

El juicio por jurados también se presenta como un procedimiento que garantiza principios hoy reclamados por la sociedad, como son la celeridad en la administración de justicia y la transparencia.

Este sistema no sólo resulta beneficioso para los participantes, sino que el acusado también se ampara en un procedimiento de mayor independencia e imparcialidad del juzgador.

Es indudable que se trata de una instancia de apertura del Poder Judicial a la ciudadanía, máxime en los tiempos que corren, donde la sociedad exige, de modo activo y demandante, respuestas a las autoridades. La intervención de doce ciudadanos en la toma de decisiones resulta la herramienta por excelencia para aportar mayor transparencia a las decisiones judiciales.

La implementación del juicio por jurados conlleva una modificación sustancial de las prácticas de litigación en juicios orales, lo que motiva la organización de distintas actividades de capacitación teóri-

cas y de entrenamiento, destinadas a los Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial y del Ministerio Público.

Los talleres que hemos realizado hasta el momento han arrojado resultados significativamente positivos, vislumbrándose un alto grado de compromiso por parte de todos los operadores judiciales.

Esta obra se presenta en un contexto de transformación de la justicia; se han suscripto este año cuatro convenios interjurisdiccionales de traspaso de la justicia nacional al ámbito local, dentro de los que se encuentra el fuero penal. Esto nos exige retomar la discusión del juicio por jurados y trabajar en conjunto para consolidar la plena autonomía de la Ciudad de Buenos Aires.

De este modo, esta publicación es una contribución sumamente significativa para continuar avanzando hacia una justicia penal cercana, abierta al ciudadano y, por sobre todo, respetuosa de los mandatos constitucionales.

Es importante destacar el mérito de los autores, quienes generosamente participaron de esta obra y aportaron sus valiosos conocimientos en la materia. Además, debe subrayarse la tarea que realiza la Unidad de Implementación de Juicio por Jurados del Consejo de la Magistratura, a cargo de la Dra. Luciana Piñeyro, por su gran compromiso con la labor de promoción de este sistema de participación popular.

Finalmente, este trabajo no hubiera sido posible sin el permanente apoyo de la Editorial Jusbaire, que se encuentra en la búsqueda constante de nuevas publicaciones en pos de facilitar el acceso de los distintos actores del mundo jurídico a la jurisprudencia, la doctrina y la normativa de nuestra Ciudad.

Dra. Marcela I. Basterra
Presidenta del Consejo de la
Magistratura de la Ciudad
Autónoma de Buenos Aires

INTRODUCCIÓN

Nos es muy grato como coordinadores poder presentarle al lector esta compilación de artículos escritos por destacados especialistas en juicios por jurados. En ella encontrarán una gran variedad de temas, que van desde la evolución histórica del instituto de juicio por jurados en la Argentina hasta cuestiones más controvertidas relacionadas con la selección del jurado, la prueba, el veredicto, la pena y su tratamiento en la jurisprudencial actual.

Celebramos una vez más no sólo el apoyo constante de Editorial Jusbaire y del Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires en las diversas publicaciones que hemos presentado sobre la temática del juicio por jurados, de las cuales este es el tercer trabajo destinado a dicha institución, sino también la ayuda y el soporte institucional para que, por intermedio de la Unidad de Implementación de Justicia por Jurados, se sigan desarrollando todas las actividades de capacitación, actualización, concientización y difusión que se llevan a cabo desde hace ya muchos años.

A modo de ejemplo, durante 2016, en el marco de la 42^a Feria Internacional del Libro de Buenos Aires, se realizó con gran éxito el Simulacro de Juicio por Jurados, que contó con la participación del reconocido actor Lito Cruz. A su vez, se llevó a cabo también un taller práctico sobre la audiencia de *voir dire*, se dictó un curso teórico-práctico sobre cuestiones generales del juicio por jurados destinado a operadores judiciales y profesionales del Derecho, se dictó el II Taller Internacional sobre cuestiones fundamentales del Juicio por Jurados y técnicas de destreza en Litigación con Jurados Populares –en el que participaron experimentados capacitadores de los Estados Unidos– y se organizó en forma conjunta con la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires la presentación del libro *Las múltiples dimensiones del juicio por jurados*, de la investigadora Shari Diamond, en la cual tuvimos el honor de contar con la presencia de la autora y de Valerie Hans, ambas figuras relevantes a nivel internacional, quienes intercambiaron experiencias con diversos operadores de la justicia local.

No deja de ser un desafío seguir trabajando para que la justicia porteña dicte su propia ley de jurados, tarea en la que el Consejo de la Magistratura se ha comprometido intensamente durante los últimos años, con el aporte a la Legislatura local de un proyecto de ley que, entendemos, reúne los estándares más altos de calidad, fruto del aporte de reconocidos juristas que participaron en su redacción.

Insistimos en que la efectiva implementación del juicio por jurados como sistema de juzgamiento penal en la Ciudad de Buenos Aires logrará acercar la justicia a la ciudadanía y, a través de la participación popular, se obtendrá una mayor transparencia en las decisiones judiciales, todo lo cual mejorará, sin lugar a dudas, la calidad del servicio de justicia.

No podemos dejar de destacar que las experiencias de la provincia de Buenos Aires y de Neuquén, además de resultar altamente positivas, evidencian un efectivo incremento de la participación ciudadana en la administración de justicia y fortalecen definitivamente la confianza del pueblo en las decisiones judiciales.

La presentación de esta obra es un aporte más para reafirmar nuestro compromiso de trabajo hacia este objetivo.

Dr. Gustavo Letner

Juez en lo Penal, Contravencional
y de Faltas de la Ciudad Autónoma
de Buenos Aires

Dra. Luciana Piñeyro

Titular de la Unidad de
Implementación de Justicia
por Jurados del Consejo de la
Magistratura de la CABA

LA EVOLUCIÓN DEL JURADO EN LA ARGENTINA

Por Denise C. Bakrokar* y Natali D. Chizik**

INTRODUCCIÓN

El caso del jurado en la República Argentina es claramente particular. A pesar de que la Constitución Nacional establece en tres de sus artículos que los juicios deben realizarse con participación ciudadana, desde 1853, el jurado a nivel nacional es una deuda pendiente.

Los artículos de la Constitución que regulan el juicio por jurados en nuestro país son el 24, el 75 inciso 12 y el 118, que proviene de la Constitución de Norteamérica.¹

* Abogada especialista en Derecho Penal. Funcionaria en la Justicia Criminal y Correccional Federal. Integrante del Departamento Jurídico de la Delegación de Asociaciones Israelitas Argentinas (DAIA). Docente del Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Buenos Aires. Integrante del Equipo de Juicio por Jurados del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales. Integrante de la Asociación Argentina de Juicio por Jurados. Autora de diversos artículos sobre el juicio por jurados.

** Abogada. Ejercicio independiente de la profesión. Integrante del Equipo de Juicio por Jurados del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP). Miembro de la Junta Directiva de la Asociación Argentina de Juicio por Jurados (AAJJ). Autora de diversos artículos sobre juicio por jurados e integrante del Equipo de Investigación sobre el Jurado en Neuquén.

1. Art. 24: "El Congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todos sus ramos, y el establecimiento del juicio por jurados".

El art. 75, inc. 12 determina, como una facultad del Congreso: "dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones; y especialmente leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y nacionalidad, con sujeción al principio de nacionalidad natural y por opción en beneficio de la Argentina; así como sobre bancarrotas, sobre falsificación de la moneda corriente y documentos públicos del Estado, y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados".

Art. 118: "Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del despacho de acusación concedido en la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego de que se establezca en la República esta institución. La actuación de estos juicios se hará en la

Nuestra Constitución está compuesta por dos partes, una dogmática en la que se regulan los derechos y garantías de los ciudadanos, donde se incluye el artículo 24, y una parte en la que se regulan las atribuciones y funciones de los diversos poderes del Estado, donde se ubican los artículos 75 y 118. Tal como se puede apreciar, el juicio por jurados se repite a lo largo de toda nuestra ley fundamental, con lo cual queda claro que nuestros constituyentes optaron por esta y no otra forma de enjuiciamiento.

Según nuestra ley suprema, es el Congreso Nacional el que debe dictar las leyes que regulen el juicio por jurados, pero todavía no se avanzó en este sentido. A principios de la vigencia de la Constitución, el entonces Presidente de la República ordenó realizar una ley sobre juicio por jurados. Se hizo un proyecto de ley que se presentó en el Congreso en 1871, que era una copia casi exacta del Código de Procedimiento del Estado de Virginia (EE.UU.). Lamentablemente, nunca tuvo tratamiento legislativo y en su lugar se legisló un código procesal completamente inquisitorial. Fue una de las grandes tragedias de la democracia de Argentina, que a la fecha se ha comenzado a remediar.

A lo largo de los años, y en períodos de vigencia de la democracia, se presentaron diversos proyectos de ley que buscaban instaurar el juicio por jurados, pero todos corrieron igual suerte.

Incluso se ha llegado a sostener que el jurado en nuestro país cayó en desuetudo por no haberse regulado a nivel nacional por más de 150 años, lo que es a todas luces erróneo, sobre todo teniendo en cuenta que los tres artículos de la Constitución que se refieren al juicio por jurados fueron mantenidos en todas las modificaciones sufridas por nuestra Ley Suprema, incluso en la última reforma de 1994.²

Algunos de los argumentos esgrimidos tenían que ver con el costo del jurado, la posible influencia de los medios de comunicación en sus decisiones, la falta de preparación de los ciudadanos, su potencial aplicación de mano dura, y su desconocimiento de la ley. Estos argumentos fueron

misma provincia donde se hubiera cometido el delito; pero cuando este se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el Derecho de Gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio”.

2. Existieron distintas excusas que postergaron indefinidamente la adopción de una ley de jurados por parte del Congreso que, en definitiva, encubren una cuestión de detentamiento del poder de los operadores jurídicos.

cayendo uno a uno a través de los años. El último que embiste en contra del jurado es por la falta de motivación de sus decisiones, ya que este se limita a decidir si una persona es culpable o no por los hechos por los que se lo acusa, sin dar explicaciones acerca de su decisión.

De este modo, los detractores del jurado en nuestro país entienden que el jurado, a pesar de estar tres veces mencionado por nuestra Constitución, es inconstitucional por no permitir el derecho al recurso previsto en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional, a los que Argentina ha adherido. Su error se basa en que confunden la falta de motivación del veredicto del jurado con la falta de fundamentos. Asimismo, si el jurado absuelve y no se permite apelación de las absoluciones, dichos fundamentos no tendrían ningún uso.

Si bien es cierto que aquel imputado que apela una condena no posee en sus manos –como base para apelar– una opinión escrita en la cual se explican las razones del jurado para emitir un veredicto condenatorio, el tribunal de apelaciones puede revocar una condena si el veredicto es irrazonable sobre la base de la evidencia presentada en juicio, y lo cierto es que los jurados arriban a una decisión basados fuertemente en su razonamiento individual y colectivo.³

Por su parte, no puede sostenerse válidamente que un acusado que presenció todo su juicio desconozca los fundamentos detrás del veredicto. Por lo demás, la exigencia de motivación de las decisiones rige únicamente respecto de los jueces profesionales, por el principio republicano de gobierno y para permitir el control por parte de los órganos superiores. En síntesis, este argumento es también insostenible.

Frente a tal resistencia en el orden federal, comenzó a darse un proceso peculiar, tal vez porque el *movimiento juradista* argentino ha sido siempre muy fuerte; los grandes avances de la democracia comenzaron a darse desde las provincias. Estas fueron dictando sus propias leyes para que sus juicios terminen por jurados, tal como lo ordena la Constitución, y así dejaron atrás los sistemas inquisitivos que regían sus procedimientos.

3. Harfuch, Andrés, “Inmotivación, secreto y recurso amplio en el juicio por jurados clásico”, *Derecho Penal*, año I, N° 3 “Participación Ciudadana en la Justicia”, Ed. Infojus, 2013, p. 113. Disponible en: http://www.infojus.gov.ar/revistas/revista_derecho_penal/rvdpeo03-derecho_penal_nro_3.htm;jsessionid=safv66vsh3da1moja3rksvqd6?o

EVOLUCIÓN EN LAS PROVINCIAS

De nuestras 23 provincias, la pionera en adoptar participación ciudadana en su sistema de justicia fue la de Córdoba, que en 2005 adoptó un sistema de jurado mixto o escabinado,⁴ compuesto por ocho jueces legos y tres jueces profesionales. La experiencia cordobesa fue vista como exitosa, a pesar de los problemas de tener jueces profesionales dentro de la sala del jurado.⁵ Si bien hubo un contexto de desconfianza inicial hacia este nuevo sistema, lo cierto es que esta primera experiencia fue sumamente positiva y supo abrir un camino al jurado en la Argentina.

Luego hubo un período de receso, hasta que en 2011 la provincia de Neuquén aprobó un nuevo código procesal en el que se reguló el juicio por jurados al estilo clásico. Ello fue el puntapié inicial para que varias provincias se acoplaran a la “ola juradista”, y ahora la tendencia se inclina hacia el modelo de un jurado de 12 integrantes, que consideramos ampliamente superior al sistema escabinado escogido por la provincia de Córdoba.

Así, la provincia de Buenos Aires, una de las más grandes en la Argentina, con casi 20 millones de habitantes, también dictó en 2013 una ley que regula el juicio por jurado, en su modalidad clásica. Esto implicó el mayor avance en materia juradista en los últimos tiempos, ya que Buenos Aires es un ejemplo a seguir por muchas provincias.

Neuquén y Buenos Aires ya han celebrado sus primeros juicios por jurados con gran éxito, mostrando la efectividad del sistema y el compromiso de los ciudadanos. En Neuquén ya se celebraron aproximadamente 20 juicios por jurados; en la provincia de Buenos Aires, unos 60 se llevaron a cabo, y estaba contemplada la cantidad de más de 150 juicios a lo largo del 2016.⁶ Así, con aciertos y errores, estas provincias lograron romper la barrera inicial y pasar de sistemas anticuados a sistemas realmente adversariales.

4. Hans, Valerie P., “What Difference Do Juries Make?”, *Empirical Studies of Judicial Systems*, Editorial Kuo-Chang Huang, 2009, pp. 105-148.

5. Hendler, Edmundo, presentación en la mesa de debate celebrada el 25 de julio de 2007 en Berlín, en la Humboldt University, organizado por la *Law and Society Association* de los Estados Unidos. Disponible en: http://www.catedrahendler.org/doctrina_in.php?id=31

6. Este artículo fue elaborado en el año 2016. A la fecha se celebraron 35 juicios en la provincia de Neuquén y 150 juicios en la provincia de Buenos Aires, aproximadamente.

Las siguientes provincias en incorporar el juicio por jurados al estilo clásico a sus ordenamientos fueron Río Negro y Chaco, pero estos aún no entraron en vigencia. Está previsto que este año comiencen a celebrarse los primeros juicios por jurados en Chaco, aunque a la fecha no se ha sorteado la lista de ciudadanos que podrían ser convocados para actuar como jurado,⁷ y respecto de Río Negro, está previsto en la ley que los primeros juicios comiencen en 2018, cuando ya haya entrado en vigencia el sistema acusatorio.

Por lo tanto, hoy en día cinco provincias argentinas ya tienen leyes que explícitamente incluyen participación legal en la justicia, y unas otras tantas como La Rioja, Santa Fe, Chubut, Salta, Santa Cruz y la Ciudad de Buenos Aires, se encuentran en tratamiento legislativo de proyectos presentados en las legislaturas provinciales.

De este modo, se inició un proceso sin precedentes en que las provincias argentinas tomaron la iniciativa de adoptar procesos respetuosos de la Constitución Nacional, en contraposición a la inacción del Congreso Nacional, lo que constituye un ejemplo a seguir por el resto de las provincias de nuestro país.

Se trata de un avance esencial en la materia, ya que hace algunos años era impensable que algo semejante pudiera llegar a suceder y hoy es un gran motivo de celebración en nuestro país.

LAS DIFERENTES REGULACIONES EN LAS PROVINCIAS

Si bien la mayoría de las provincias que dictaron sus leyes en el último tiempo optaron por el modelo de jurados clásico, se pueden observar algunas diferencias en las regulaciones.

Muchas veces estas diferencias surgieron como resultado de negociaciones políticas en las que se prefirió adoptar un sistema menos perfecto, pero adoptar un sistema de jurados al fin. El desconocimiento del modelo de juicio por jurados por parte de algunos legisladores y su temor a lo nuevo los llevaron a desechar algunas cuestiones importantes del sistema, tales como la unanimidad. Estas cuestiones se plasmaron en las leyes aprobadas y produjeron un jurado no tan perfecto.

7. A la fecha, la situación de la provincia de Chaco se mantiene en las mismas condiciones que al momento de la elaboración del artículo.

Desde la Asociación Argentina de Juicio por Jurados consideramos conveniente que las leyes se aprueben, aunque con defectos, antes que perder la batalla por cuestiones que se pueden corregir a futuro.

Así, a pesar de que la ley de Neuquén contaba con algunos errores, que se fueron perfeccionando en las demás provincias que adoptaron leyes posteriormente, lo cierto es que la provincia no fue ajena a la idea de perfeccionarla y por ese motivo se realizó, entre otras actividades, un Taller Internacional de Juicio por Jurados en 2015, al que se invitó a varios expertos en el tema de jurados. El objetivo era no sólo celebrar la implementación del jurado en Neuquén, sino también poner en evidencia los inconvenientes que presentaba la ley sancionada, por ejemplo al no requerir veredictos unánimes por parte del jurado. De este modo, vemos que incluso en las provincias donde ya rige el sistema de juicio por jurados existe la conciencia de la necesidad de mejorar las flamantes leyes.

ALGUNAS DIFERENCIAS

En primer lugar, las provincias de Neuquén y Chaco entendieron que el juicio por jurados es obligatorio (art. 118 CN), mientras que Buenos Aires lo ha considerado optativo y, por lo tanto, renunciable por el acusado, quien puede solicitar un juicio ante un tribunal. Aquellos que se inclinan por la posibilidad de renunciar al jurado entienden que este es un derecho para el imputado, quien puede decidir si desea ser juzgado por sus pares o si, en cambio, prefiere ser juzgado por jueces profesionales. De hecho, la ley de la provincia de Buenos Aires establece que para casos con múltiples acusados, la renuncia de uno de ellos a ser juzgado por un jurado afecta al resto de los acusados, quienes pierden el derecho de ser juzgados por sus pares. Como vemos, este puede ser un aspecto a modificar en futuras reformas.

En Buenos Aires, en la actualidad hay una alta tasa de renuncia al jurado. Algunas razones se relacionan con que aún nos encontramos en los inicios de esta nueva cultura. Muchos abogados defensores, e incluso el propio imputado, no terminan de comprender acabadamente de qué se trata el juicio por jurados. Asimismo –y lógicamente– la defensa selecciona los casos que llevará ante un jurado cuando

percibe que tendrá una mejor chance de ganar el caso frente al jurado de pares y no frente a un juez.

Por el contrario, quienes están por su naturaleza obligatoria, consideran que el juicio por jurados es una garantía del acusado a ser juzgado por un jurado pero que, a la vez, existe un derecho del pueblo de participar en la administración de justicia, especialmente en los delitos más severos. En nuestra sociedad hay una gran desconfianza hacia las decisiones del Poder Judicial, por lo que es sumamente importante que las personas se involucren activamente en la administración de justicia y la doten, en consecuencia, de mayor legitimidad.

Otra de las diferencias se da en la cantidad de votos necesarios para que un veredicto sea válido. Por ejemplo, la provincia de Neuquén requiere mayorías de 8/4 votos para alcanzar un veredicto de culpabilidad. En el caso de Buenos Aires, se requiere mayoría de 10/2 votos para condenar, y se exige la unanimidad únicamente para los casos en que pueda aplicarse una pena de prisión perpetua.

Posiblemente, por temor a que los delitos queden impunes, las provincias prefirieron no requerir la unanimidad y conformarse con veredictos mayoritarios, lo cual entendemos que es un error.

Con el paso del tiempo, el sistema de mayoría se fue *aggiornando*. En Río Negro se ha adoptado la llamada “variante inglesa”:⁸ unanimidad para condenar o absolver, y si luego de un tiempo razonable de deliberación los jurados no logran alcanzar un veredicto, se les informará que se admiten veredictos mayoritarios de 10/2 votos, cuando se trate de un jurado compuesto por doce personas, y de 6/1 votos en caso de un jurado de siete integrantes.

Finalmente, la ley de jurados de la provincia de Chaco establece el modelo clásico del *common law*: jurado compuesto por doce miembros y unanimidad para veredictos condenatorios o absolutorios.

El INECIP y la AAJJ⁹ siempre han estado en contra del sistema de mayorías y han demandado la incorporación de la unanimidad. Lo cierto es que la unanimidad nunca fue un obstáculo para alcanzar veredictos válidos y está demostrado que, contrariamente a lo que suele

8. Juries Act 1974, subsection 17 (4). Disponible en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1974/23#11g19>

9. Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP) y la Asociación Argentina de Juicio por Jurados (AAJJ).

pensarse, el porcentaje de jurados estancados es mínimo. La exigencia de unanimidad es el reconocimiento de la garantía constitucional de *ultima ratio* del Derecho Penal y del principio de inocencia, ya que únicamente puede condenarse a una persona con el voto unánime del pueblo. A su vez, la unanimidad proporciona una deliberación más robusta entre los jurados,¹⁰ que les confiere a las decisiones una altísima legitimidad, entre muchos otros beneficios. Por lo tanto, creemos que las futuras reformas de las leyes existentes hoy en Argentina deben encaminarse hacia la unanimidad.

Otro de los puntos en el que las diversas leyes provinciales difieren es qué solución dar frente a la imposibilidad del jurado de arribar a un veredicto. Las soluciones adoptadas por cada provincia fueron diferentes.

La provincia de Neuquén no reconoce el jurado estancado, y la imposibilidad de alcanzar la mayoría requerida conlleva al dictado de un veredicto de no culpabilidad. Por su parte, en la ley de la provincia de Buenos Aires sí existe la figura del jurado estancado. Entonces, si el jurado no logra arribar a un veredicto y hay ocho miembros del jurado a favor de condenar, se les pedirá que vuelvan a la sala a deliberar nuevamente, hasta tres veces. La idea es superar el estancamiento, pero si el estancamiento persistiese, se procederá a la disolución del jurado y se dispondrá la realización del juicio con otro jurado, en la medida en que el fiscal mantenga la acusación, pero con una restricción: sólo se permite un jurado estancado. Si el jurado se estanca más de una vez, el juez deberá absolver al acusado.¹¹ En este punto hay una diferencia con el jurado norteamericano, en tanto limita la persecución estatal: la fiscalía está limitada en su persecución de una condena.

En Chaco, donde se requiere la unanimidad para condenar o absolver, el jurado estancado está contemplado, junto con la posibilidad de reabrir el debate para superar un estancamiento. Entre las opciones disponibles para superarlo, el juez puede dar instrucciones adicionales, clarificar instrucciones previas, solicitar a los abogados que brinden alegatos adicionales, la reapertura de cierto punto de prueba, etcétera

10. Seidman Diamond, Shari; Rose, Mary R. y Murphy, Beth, "Revisiting the unanimity requirement: The behavior of the non-unanimous civil jury", *Northwestern University Law Review*, 2006, 100 (1): 201-230.

11. Harfuch, Andrés (dir.), *El Jurado Clásico. Manual Modelo de Instrucciones al Jurado. Ley Modelo de Juicio por Jurados*, Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 2014.

(Reglas de Procedimiento Penal de Arizona, Comentario 22.4). Si aun así el jurado se mantuviese estancado, en tanto no lograrse alcanzar la unanimidad podrá haber un nuevo juicio ante el pedido de la fiscalía, pero con idéntica restricción que la establecida en la ley de la provincia de Buenos Aires: si el jurado se estancase más de una vez, el veredicto será siempre de no culpabilidad.

Finalmente, la ley de la provincia de Río Negro no prevé el jurado estancado y, en caso de no alcanzarse la unanimidad, o la mayoría supletoria, se deberá dictar un veredicto de no culpabilidad.

Además, y si bien todas las provincias reservaron el juicio por jurados para los casos más graves, en algunas provincias tales como Neuquén, Buenos Aires y Río Negro el jurado se convoca en un juicio en función de los años de pena requerida por la acusación, mientras que en Córdoba y Chaco se prevé una lista taxativa de delitos.

LOS ASPECTOS NOVEDOSOS

Las regulaciones del juicio por jurado en Argentina también adoptaron institutos novedosos en la materia. Muchas de estas inclusiones tuvieron que ver con el contexto sociocultural de nuestro país, sumado a los procedimientos a los que estamos acostumbrados.

En primer lugar, todas las leyes de las diferentes provincias han exigido que el jurado esté conformado por hombres y mujeres en partes iguales. Aquí, nuestras leyes contienen una regulación distinta al del jurado clásico de *common law*. Lo que se busca es eliminar cualquier presunta discriminación por género y, en definitiva, que el jurado sea representativo de la sociedad y no se excluya a ningún grupo.

Es de destacar en este sentido que el proyecto de ley de jurados de la Ciudad de Buenos Aires realiza un ajuste a esta previsión del género. Exige que la cantidad de hombres y de mujeres deba ser de por lo menos cinco en cada caso; permite que dos integrantes sean de cualquier género. Esto pretende garantizar que no haya discriminación, y a su vez permitir cierto margen a la actividad estratégica de las partes.

En segundo lugar, la provincia de Chaco adoptó el “jurado indígena” para los casos en que se encuentre involucrado algún miembro de una comunidad originaria. Sin perjuicio de que la provincia de Neuquén no

preveía esta posibilidad expresamente, lo cierto es que a fin de garantizarse la pertenencia del jurado a la misma comunidad que la acusada, se llevó a cabo un juicio integrado parcialmente por miembros de la comunidad indígena Mapuche.¹² Esto es un avance en la materia, en tanto los pueblos originarios, los cuales tienen sus propias costumbres, reglas y formas de resolución de conflictos, pueblan varias provincias argentinas, por lo que si se pretende que el jurado sea representativo de cada sociedad, la sanción de este tipo de normas deviene adecuada.

En tercer lugar, en Argentina está contemplada la figura de la querrela o el particular damnificado, que interviene como una tercera parte en los procesos penales. Así, las víctimas de un delito, sus familiares y/o determinadas organizaciones también están legitimadas a participar de los juicios penales por jurados en forma independiente del acusador estatal. En todos los casos, la participación de la querrela es completamente opcional.

Asimismo, si bien hoy en día el jurado es convocado en casos de delitos graves, en el proyecto de ley para la provincia de La Rioja está contemplado el juicio por jurados en materia civil. En el proyecto de la provincia de Chubut se prevé un jurado escabinado o mixto para delitos menores y un jurado clásico para los casos más graves. En este sentido, en la provincia de Río Negro está contemplado un jurado de 7 personas para los casos con penas de 12 a 25 años de prisión y un jurado de 12 para los casos que prevén penas mayores a 25 años.

NUEVOS DESAFÍOS

Es útil reconocer que esta nueva modalidad de juzgamiento trae cambios significativos, que conllevan a dejar atrás ciertas prácticas inquisitivas para adoptar otras, propias de un sistema adversarial. En este sentido, los operadores judiciales se ven en la necesidad de un entrenamiento adecuado. Vamos abandonando un sistema escrito para adoptar nuevas formas de litigación en las que el mayor de los desafíos es hablar y sobre todo adaptar ese relato a un nuevo lenguaje: aquel dirigido a las personas y no a los jueces profesionales, como veníamos acostumbrados.

12. Disponible en: <http://www.juicioporjurados.org/2015/11/veredicto-del-jurado-en-juicio-relmu.html>

Otro nuevo instituto es la audiencia de *voir dire* –o audiencia de selección del jurado– de la cual surge el jurado que finalmente va a intervenir en el caso. Aquí, cada provincia reguló la modalidad de esta audiencia de forma diversa, admitiendo más o menos recusaciones sin causa, las que sin dudas la práctica irá moldeando.

Asimismo, se deberán regular las reglas de evidencia para saber exactamente qué es lo que puede hacerse y qué no en un juicio por jurados, lo que hoy constituye un escenario desconocido para muchos. Por ejemplo, revelar –o no– los antecedentes penales del acusado al jurado. Hasta el momento no había mucho que reglar en virtud de que los antecedentes siempre estuvieron agregados al expediente que se encontraba en manos del juez. Con el juicio por jurados, la situación cambia y se tendrá que determinar específicamente en qué casos y bajo qué circunstancias estos se podrán conocer. La ley de Chaco, por ejemplo, prohíbe de forma absoluta que el jurado conozca los antecedentes penales del imputado.

Finalmente, con el sistema de jurados la Argentina viene a romper con el sistema de la bilateralidad de los recursos, que era tan común hasta la irrupción del jurado. Hoy, el carácter definitivo del veredicto impide que el imputado sea sometido a un nuevo riesgo, una vez que un jurado determina que es no culpable. No hay apelación para la fiscalía. De hecho, en la provincia de Buenos Aires un fiscal planteó que esta irreversibilidad era inconstitucional; sin embargo, el Tribunal de Casación de la provincia dijo que el sistema es correcto y que los fiscales tienen una sola chance para lograr la condena de un acusado.¹³ Esto es un desafío para nuestros operadores del sistema, que le dan mayor preeminencia a los ulteriores recursos que al juicio en sí.

CONSIDERACIONES FINALES

Como se puede observar, las provincias ocuparon un lugar central en el paso de un sistema de justicia profesional a un sistema con participación ciudadana y dotaron de vigencia a la Constitución Nacional.

13. Tribunal de Casación de la provincia de Buenos Aires, Causa N° 71.912 “López, Mauro Gabriel s/Recurso de queja interpuesto por Agente Fiscal”, 02/04/2016. Disponible en: https://drive.google.com/file/d/oBzyvs_8DQr4dV1Q5bU9NS2pTZGJuVW8odm9QNXpmZzNLaWJn/view

En este nuevo renacimiento del juicio por jurados durante los últimos años resultó de fundamental importancia el rol que ocuparon diversas organizaciones –como el INECIP y la AAJJ–, que fomentaron distintas actividades para poder impulsar la participación ciudadana en la administración de justicia. Hoy estos esfuerzos comenzaron a dar resultados. No solamente las provincias avanzaron sino que, a su vez, la Nación también dio un gran paso al introducir el juicio por jurados en el nuevo código de procedimientos de corte acusatorio, el cual se encuentra en suspenso en la actualidad.

Por último, no podemos dejar de celebrar el hecho de que hoy en día prácticamente ya no se discute en Argentina la aplicación o no aplicación de esta forma de participación ciudadana sino, en todo caso, cuál es su mejor adaptación a nuestro sistema. Contamos con la ventaja de poder aprender de los años de historia y experiencia de otros países de tradición juradista, a la vez que reconocemos que debemos andar nuestro camino en pos de hacer que el jurado argentino sea realmente eficaz.

EL JURADO INDÍGENA EN ARGENTINA

Por Andrés Harfuch*, Mariana Bilinski** y Andrea Ortiz***

A pesar de que la representación democrática es comúnmente declamada como uno de los fines del sistema de jurados, es admitido que los jurados estadounidenses fallan en lograr una óptima representatividad. Hasta el momento, no podemos contar con un sistema perfecto que garantice la plena representación de todos los sectores de la vida en una sociedad determinada entre el jurado. Por el contrario, los grandes países desarrollados como EE. UU. y el Reino Unido tienen aún graves problemas con respecto a sus minorías, especialmente con la población afroamericana (el primero) y asiática (el segundo).

El reciente desarrollo en Argentina de los juicios con jurado representa una importante posibilidad de futuras investigaciones y continuas discusiones sobre el asunto, ya que los seis proyectos de ley del jurado en nuestro país establecen que el panel final de doce miembros del jurado debe estar integrado por seis mujeres y seis hombres.

Por otra parte, las provincias de Chaco y Neuquén fueron aun más lejos y establecieron jurados especiales para las naciones indígenas. En estos dos casos, siempre que un acusado proveniente de los pueblos originarios enfrenta un juicio por jurado penal, la mitad del jurado de

* Defensor General del Departamento Judicial de San Martín, Vicepresidente de la Asociación Argentina de Juicio por Jurados.

** Abogada de la Universidad de Buenos Aires (UBA) con Diploma de Honor. Especialista en Derecho Penal de la Universidad Torcuato Di Tella. Docente del Departamento de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología de la Facultad de Derecho de la UBA. Trabaja en la Defensoría General de la Nación. Miembro de la junta directiva de la Asociación Argentina de Juicio por Jurados (AAJJ). Miembro del Centro de Juicio por Jurados y Participación Ciudadana del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP). Autora de publicaciones e investigaciones referidas al juicio por jurados.

*** Abogada, empleada del Poder Judicial de la Nación, docente concursada como ayudante de segunda en la Universidad de Buenos Aires (UBA); integrante del comité de la Asociación Argentina de Juicio por Jurados y colaboradora en el INECIP, sector: reforma/jurados. Autora de dos publicaciones.

doce personas debe integrarse con personas de su tribu. Esta última característica representa un enfoque innovador destinado a garantizar la justicia individual, así como la participación de todos los pueblos en el proceso del jurado.

La República Argentina extrae anualmente y por sorteo a sus potenciales jurados de sus listas electorales. A diferencia de los Estados Unidos, en nuestro país las elecciones son obligatorias, por lo que todos los ciudadanos argentinos se encuentran representados en los padrones, sin distinción de clase, raza, religión, género, educación o clase social. Más aun, la provincia de Chaco, por ejemplo, tiene padrones oficiales de cada una de las naciones indígenas que habitan en su territorio. Esta información se encuentra separada de la lista electoral, pero es suplementaria.

Desde este punto de vista, y aunque parezca paradójico, Argentina no tiene los problemas que se le presentan, por ejemplo, a los Estados Unidos en diseñar *pools* y *venires* de jurados que expresen un *fair cross section of the community* (“lo más representativo y justo de la sociedad”). Nosotros conocemos que el ideal de imparcialidad sólo se alcanza con el *fair cross section of the community* en el panel de jurados. Tal representatividad deberá ser asegurada *ex ante* de una base de potenciales jurados que incluya a todos sin discriminación.¹

La opción argentina que exige que los jurados sean integrados de manera obligatoria por seis hombres y seis mujeres rompe con la tradición histórica del *common law* en favor de una integración completamente aleatoria de los paneles de jurados. Por tanto, las leyes argentinas de jurados garantizan de antemano cualquier presunta discriminación por género.

Sabemos por la historia que, hasta bien entrada la década de 1970, ni las mujeres, ni los jóvenes, ni los indios, ni los afroamericanos, ni las minorías raciales o religiosas podían integrar los jurados.² El jurado no fue nunca representativo por la discriminación y exclusión sistemática de esos grupos de las listas de jurados.³ Si bien la discriminación de género ya no es legalmente permisible en los Estados Unidos,

1. Harfuch, Andrés, *Juicio por jurados en la provincia de Buenos Aires: ley provincial 14.543*, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, 2013, p. 143.

2. Gastil, John y Hans, Valerie, *El juicio por jurados: Investigaciones sobre la deliberación, el veredicto y la democracia*, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, 2014, p. 134.

3. Gobert, James, *Justice, Democracy and the Jury*, Dartmouth, 1997, p. 136.

o en otros países, en ningún lugar del mundo se aseguró la igualdad de género en la composición del jurado, de manera sistemática y representativa, como en nuestro país.

El derecho constitucional norteamericano siempre sostuvo que la garantía de imparcialidad requiere una selección por sorteo de los potenciales jurados sobre la base de una lista lo más representativa posible de la sociedad (*fair cross section of the community*). Pero de ninguna manera se reconoce en cabeza del acusado un derecho constitucional a un jurado especial compuesto por miembros de sus mismas características; v. gr.: jurado indígena; afroamericano, femenino, etcétera.⁴ Quizás, debido a la experiencia de recurrentes conflictos de racismo en la selección de los jurados en muchos países del *common law*, y a que la selección aleatoria muchas veces dio como resultado jurados no representativos, la legislación argentina decidió ir más allá y optó por otro camino para lograr un jurado representativo, al menos en respeto a la igualdad de género.

La literatura sobre este punto es abundante: las minorías raciales continúan siendo fuertemente subrepresentadas en los jurados. Por tal razón, Argentina decidió imponer de manera obligatoria la igualdad de género –seis jurados hombres y seis jurados mujeres–. Este sistema goza de una alta aceptación social y nadie lo ha cuestionado ni se han verificado problemas en este sentido.

Distinto es el caso del jurado indígena establecido en las provincias de Chaco y Neuquén. Sus efectos habrá que verlos con el avance del tiempo.

A pesar de que la Argentina no presenta los problemas raciales de Estados Unidos, la población de sus provincias está compuesta por distintos pueblos indígenas. No son considerados “minorías”; por el contrario, son “pueblos originarios” ancestrales preexistentes a la Nación Argentina misma. La observación de la deficiente representación en los jurados de las minorías en otros países⁵ llevó a que en las provincias de Chaco y Neuquén se decidiera dar un tratamiento y un estatus diferente a los pueblos originarios que habitan en su territorio, a fin de garantizarles su participación.

4. Abramson, Jeffrey, *We, the jury...*, Cambridge, Harvard University Press, 2003, p. 10.

5. Hans, Valerie y Vidmar, Neil, *Judging the jury*, Nueva York, Perseus Publishing, 1986, p. 63.

Las leyes argentinas establecen lo siguiente:

Artículo 198, inciso 6 del CPP de Neuquén:

El jurado deberá quedar integrado, incluyendo los suplentes, por hombres y mujeres en partes iguales. Se tratará de que, como mínimo, la mitad del jurado pertenezca al mismo entorno social y cultural del imputado. Se tratará también, en lo posible, que en el panel de jurados haya personas mayores, adultas y jóvenes.

Artículo 4 de la Ley N° 7661 de Chaco:

Cuando el acusado pertenezca a los Pueblos Originarios Qom, Wichi o Mocoví, la mitad del jurado de doce (12) miembros estará integrado obligatoriamente por hombres y mujeres de su misma comunidad originaria.

No se conoce otra regulación similar a las mencionadas *ut supra* que determine la composición del jurado bajo dicha representación sistemática de un cierto grupo de personas.⁶

En definitiva, la exigencia de hombres y mujeres en partes iguales y su extracción de un padrón electoral sin exclusiones asegura, en gran medida, la meta democrática del ideal de imparcialidad que proviene de la noción del jurado como representación justa y equitativa de la comunidad. Nada más cercano al ideal constitucional de imparcialidad de un juzgador en la Argentina que esas previsiones.

Parte de esta opción se debió a que, a pesar de que todos los ciudadanos indígenas se encuentran inscriptos en las listas electorales, la posibilidad estadística de que alguno de ellos salga sorteado para integrar el jurado es muy baja. Por lo tanto, dada la especial consideración a esos pueblos y a sus normas ancestrales comunitarias, el legislador aseguró una fuerte representación tribal. En la provincia de Chaco, por ejemplo, las tres naciones indígenas Qom, Wichi y Mocoví tienen sus propias listas electorales oficiales y, por ello, no hay posibilidad alguna de manipulación de los potenciales jurados que van a juzgar un caso. El sorteo anual, en consecuencia, sigue siendo aleatorio.

La experiencia dirá si esta especial integración con pueblos indígenas asegura juicios imparciales y si es aceptada por el pueblo.

6. Sin embargo, ver la descripción de jurado mixto que realiza Constable, Marianne, *"The Law of the Other: The Mixed Jury and Changing Conceptions of Citizenship, Law and Knowledge,"* University of Chicago Press, 1994.

EL PRIMER JUICIO POR JURADO INTERCULTURAL EN ARGENTINA

Las leyes mencionadas entraron en acción concreta a finales de 2015, cuando en la provincia de Neuquén se realizó el primer e histórico juicio por jurados intercultural de América Latina, y quizás del mundo.

Ello transcurrió cuando la fiscal solicitó 15 años de prisión para la líder mapuche Relmu Ñanku, madre de tres hijos, quien representa a la comunidad Newen Winkul ubicada en Portezuelo Chico, a unos 30 kilómetros de la ciudad de Zapala. Ella fue acusada de atacar a la oficial de justicia Verónica Pelayes durante la notificación de desalojo desarrollado en territorio ancestral indígena. El 28 diciembre de 2012, Pelayes –junto con un grupo de policías, guardias privados y una retroexcavadora– ingresaron en la propiedad mapuche y exhibieron la orden emitida por la jueza civil de Zapala, que permitía inmediatamente el avance de la retroexcavadora para comenzar con los trabajos de la empresa de hidrocarburos Apache Corporation, que estaba operando en la zona.

Los mapuches habían colocado barreras y cercos para evitar la extracción de petróleo en la zona, con el argumento de que sus vertidos contaminaban las tierras. A pesar de la orden emitida por la jueza, los miembros de la comunidad reaccionaron arrojando piedras al grupo, al percatarse de que la máquina retroexcavadora ya había comenzado a quitar las vallas. En el medio del suceso, una de las piedras lanzadas por los mapuches golpeó en la cara de la oficial Pelayes, quien sufrió una fractura del tabique nasal. La víctima identificó rápidamente a Relmu Ñanku como la persona que le había lanzado aquella piedra, y en forma inmediata efectuó la denuncia penal contra ella y contra otros dos prominentes líderes mapuches, Mauricio y Martín Maliqueo Rain, quienes fueron acusados también por la Fiscalía en relación con el ataque, pero por un cargo menor de “daño agravado”.

En un comienzo, la fiscal Sandra González Taboada calificó el caso como lesiones corporales graves, pero luego cambió los cargos de la acusación a tentativa de homicidio y lesiones graves, pidiendo por ello contra Relmu Ñanku una pena de 15 años de prisión –totalmente desproporcionada en relación con el mínimo penal, que es de ochos años en los casos de homicidio–.

Dicha acusación tan grave exigió el desarrollo de un juicio por jurados, lo que permitió a la defensa, en línea con el nuevo Código Procesal Penal de la provincia, solicitar un jurado intercultural. El Código prevé que la mitad de los miembros del jurado debe provenir del mismo entorno social y cultural que el acusado.

Es así que el 27 de octubre de 2015 comenzó el primer juicio intercultural argentino compuesto por doce jurados, seis de ellos pertenecientes al pueblo mapuche. Lo novedoso fue no sólo el jurado intercultural, sino que el juicio en su totalidad se desarrolló, por primera vez, simultáneamente en los dos idiomas: el de los acusados, mapudungun, y el de la víctima, español.

Durante seis días se dieron a conocer las graves injusticias sufridas por la tribu, provenientes tanto de las empresas petroleras como del sistema judicial. Lo más importante fue que la fiscal no pudo comprobar la existencia de la famosa “roca o piedra” por ningún otro testigo además de la propia víctima. El abogado de esta última, representada como parte querellante en la sala de juicio, se refirió a los integrantes de la comunidad mapuche como “delincuentes que viven en la ilegalidad”.⁷ Por su lado, el poderoso testimonio de Relmu Ñanku culminó con la siguiente frase: “me quieren condenar por ser pobre, india y mujer”.⁸

En la mañana del octavo día, el jurado recibió las instrucciones que impartió el juez. Se les anotició que poseían 48 horas para arribar a una decisión final. Sin embargo, les tomó tan sólo dos horas de deliberación. Al finalizar, el presidente del jurado dictó el veredicto de “no culpabilidad” y la sala de juicio abarrotada de gente estalló con aplausos y gritos de “*marici weu!*” (¡Victoria!, en idioma mapuche).

Tras recibir el veredicto que declaraba su no culpabilidad, las palabras de Relmu Ñanku dejaron la sensación de que se había hecho justicia. Ella expresó: “El jurado que representa al pueblo es mucho más consciente que jueces y fiscales, nosotros sabíamos que ellos iban a sentir igual que nosotros cuando nos resistimos a ser avasallados”.⁹

7. Disponible en: <http://www.kalewchefm.org/noticias/la-tijereta/2717-juicio-por-jurado-para-juzgar-mapuches-isera-plurietnico>

8. Disponible en: <http://www.resumenlatinoamericano.org/2015/11/04/relmu-resiste-a-las-condenas-de-la-historia-veredicto-declara-inocentes-a-relmu-mauricio-y-martin/>

9. Disponible en: <http://www.telam.com.ar/sociedad, del 4/11/2015>.

El desarrollo de este juicio histórico brindó un paso importante en la reducción de los intentos de criminalizar a los líderes indígenas que defienden su territorio. Según los informes, en la provincia de Neuquén existen aproximadamente 241 líderes indígenas acusados y el sesenta por ciento de ellos se encuentra relacionado con la lucha por sus tierras.

“La decisión tomada por el jurado hoy es un signo de esperanza y una reivindicación histórica de los derechos de los mapuches”, dijo el abogado defensor Darío Kosovsky. Este veredicto ejemplar “reivindica a una mujer luchadora a la que se persiguió para escarmentar a los pueblos originarios, y este jurado no lo permitió (...) hay mucha persecución y racismo, y es necesario organizarse para seguir luchando”.¹⁰ Además, agregó: “que haya sido absuelta por un jurado es una gran reivindicación política. No lo dijo un juez, lo dijo el Pueblo”.

Este juicio tuvo una enorme repercusión nacional e internacional. Dos de los motivos se pueden observar con claridad: era un juicio por jurados y, además, la mitad de sus integrantes eran indígenas. Cualquier investigador hubiera deseado estar allí para testear esta experiencia única y poder comparar, al mismo tiempo, este veredicto con aquel al que hubiera arribado un típico tribunal del *civil law*, integrado por tres jueces técnicos.

CONCLUSIÓN

La exigencia legal de hombres y mujeres en partes iguales en los paneles de jurado ya lleva diez años en Córdoba y dos años en Neuquén y Chaco. Parece ser ya un derecho adquirido, que goza de una alta aceptación social. El Poder Judicial argentino está mayoritariamente integrado por varones. El jurado, con dicha composición, es el único tribunal argentino que asegura *ex ante* la completa igualdad de género.

En suma, el requisito de igualdad de hombres y mujeres y la existencia de un registro electoral inclusivo aumenta, en gran medida, la capacidad de lograr en Argentina el ideal democrático de justicia que proviene de la noción del jurado como la única representación justa y equitativa de la sociedad (*fair cross section of the community*). Este en-

10. Ídem.

foque maximiza el objetivo de obtener veredictos provenientes de un verdadero tribunal imparcial.

Por otra parte, el enfoque de asegurar una representación sustancial de los pueblos originarios en los juicios particulares es otra manera, en Argentina, de intentar maximizar la equidad y la imparcialidad. La experiencia dirá si esta integración especial con pueblos indígenas es un éxito en el logro de estos objetivos y si es aceptado por sus propios pares, por la población.

Al menos, con este primer y tan celebrado juicio intercultural, la República Argentina parece haber empezado con éxito este camino tan importante.

REFLEXIONES EN TORNO AL JURADO COMO GARANTÍA DEL IMPUTADO Y LA OBLIGATORIEDAD DEL JUICIO POR JURADOS

Por Patricia López* y Ariel Ospitaleche**

El presente trabajo tiene por objeto reflexionar en torno a una discusión que es y puede llegar a formar parte de la articulación del juicio por jurados en el ordenamiento procesal local a partir de su obligatoriedad para determinados delitos.¹ Esta discusión estriba en el carácter que le damos a dicho instituto en caso de entenderlo como una garantía del imputado, o bien como modelo de administración de justicia. Las implicancias de la respuesta que demos a este interrogante tienen múltiples consecuencias. Pero lejos de adoptar una categórica postura frente a las tensiones que se dan entre estas dos perspectivas, reconstruiremos algunos puntos problemáticos partiendo de la premisa de que los propios sistemas procesales están sometidos a una constante transformación, cuya dinámica se encuentra atravesada por las construcciones culturales y políticas de cada momento histórico.

EL JURADO FRENTE AL PODER. UNA PERSPECTIVA HISTÓRICA

Varias consideraciones pueden hacerse sobre el origen del juicio por jurados. De hecho, tal como señala Hendler, en muchas oportunidades se efectúa una reinterpretación de sus antecedentes históricos conforme la perspectiva que se quiera resaltar, a partir del enfoque político de quien la lleva a cabo.²

* Defensora de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 1 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

** Prosecretario Coadyuvante de la Defensoría de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 1 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

1. Letner, Gustavo, "Comentarios al Proyecto de Ley de Juicio por Jurados en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", en *Juicio por jurados en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Buenos Aires, Editorial Jusbaire, 2014, p. 175

2. Hendler, Edmundo Samuel, *El juicio por jurados: significados, genealogías, incógnitas*, Buenos Aires, Del Puerto, 2006, p. 235.

No obstante ello, luego de un pormenorizado análisis de las históricas del jurado así como de sus vaivenes, el autor remarca que en diversos aspectos el instituto se constituyó como una alternativa para el imputado. Recurre así a Mommsen, para referir cómo en el proceso romano el condenado por el magistrado podía impugnar la ejecución de la pena recurriendo a la decisión última de la ciudadanía.³ También halla un antecedente en las denominadas ordalías, en las que se reconoce la prerrogativa del imputado a someterse a los ciudadanos que puedan dar testimonio del hecho, a partir del Cuarto Concilio de Le-trán.⁴ Refiere también cómo fueron mutando las primeras formas de enjuiciamiento popular en la Inglaterra que se reestructuraba luego de la conquista de los normandos, a raíz de las protestas de los “comunes”, que derivaron en el establecimiento del derecho de los acusados a recusar a quienes hubieran formado parte del conjunto de los representantes de la denuncia.⁵ Vemos así que en su origen inglés podemos encontrar la tensión que planteamos entre una forma de legitimar el poder de la autoridad y un derecho del ciudadano. Como señala Sward:

... originalmente, el jurado era un dispositivo inquisitorial en el cual los ciudadanos del vecindario donde había ocurrido la disputa eran convocados para informar al tribunal lo ocurrido. Si estos jurados convocados no sabían lo que había ocurrido se les requería que llevaran a cabo averiguaciones (*inquiries*) y luego afirmaran mediante juramento al tribunal cómo habían sido los hechos. A lo largo de varios siglos evolucionó a su forma presente, en la cual se espera que los jurados no tengan conocimiento del asunto, salvo lo que escuchan de los tribunales.⁶

No obstante la tensión señalada, en Inglaterra podemos advertir que su desarrollo se constituyó como una prerrogativa del ciudadano contra la autoridad. En este sentido, podemos referenciar la Carta Magna de 1215, que en su sección 39° reconoce el derecho según el cual:

3. Ídem, “El juicio por jurados como garantía de la Constitución”, revista *El Derecho*, 2000. Disponible en: http://www.catedrahendler.org/doctrina_in.php?id=52

4. Ídem, *El juicio por jurados: significados, genealogías, incógnitas*, op. cit., p. 235.

5. Ídem, “El juicio por jurados como garantía de la Constitución”, op. cit.

6. Sward, Ellen E., “The Seventh Amendment and the Alchemy of Fact and Law” (traducción propia), *Seton Hall Law Review*, vol. 33, Iss. 3, article 2, 2003.

Ningún hombre libre será arrestado, o detenido en prisión o desposeído de sus bienes, proscrito o desterrado, o molestado de alguna manera; y no dispondremos sobre él, ni lo pondremos en prisión, sino por el juicio legal de sus pares, o por la ley del país.⁷

Siguiendo a Hendler, podríamos decir que, desde esta perspectiva:

... el establecimiento del jurado tendría el sentido de proteger a las capas sociales más débiles frente al poder gobernante, permitiéndoles restringir las atribuciones de este último y preservar sus propias pautas de comportamiento (...). Esa es la función de la participación ciudadana en el enjuiciamiento penal y la del juicio por jurados en particular: resguardar la homogeneidad cultural de quienes imponen los castigos y quienes son castigados.⁸

Citando a Dawson, podemos remarcar el hecho de que la prerrogativa de acceder a ser juzgado por los pares “siempre significó una restricción al poder real y eso es lo que sirvió, siglos después, para convertirla en un símbolo de libertad frente a la opresión y para consolidar la implantación de esa forma de juzgamiento”.⁹

Esta perspectiva sobre la institución del jurado cobró otro valor al cruzar el Atlántico, en la historia del propio nacimiento de los Estados Unidos de América, país en el cual hasta el día de hoy tiene un gran peso simbólico. Es interesante lo que apunta Stürner, quien llama la atención sobre el hecho de que “no obstante la escasa cantidad de procesos que arriban para su conocimiento ante el jurado –no más del 2% al 3%– este impregna la totalidad de la estructura procesal y es un importante medio de presión político-jurídica”.¹⁰

Una perspectiva bastante categórica nos puede ilustrar cómo se erigió el jurado en los orígenes de los Estados Unidos:

... hablando en términos prácticos, no puede haber derecho legal a resistir a la opresión del gobierno a menos que exista algún tribunal establecido por la ley, distinto del gobierno y totalmente independiente, por encima

7. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2698/17.pdf>

8. Hendler, E. S., “La significación garantizadora del jurado”, disponible en: http://www.catedrahendler.org/doctrina_in.php?id=61

9. Ídem.

10. Stürner, Rolf, “Derecho procesal y culturas jurídicas”, *Ius et Praxis*, vol. 13, N° 1, Chile, Universidad de Talca, 2007, p. 435.

de él, para juzgar entre este y quienes resisten su opresión (...). El único tribunal conocido por nuestras leyes, para este propósito, es el jurado. Si el jurado no tiene el derecho de juzgar entre el gobierno y aquellos que desobedecen sus leyes y resisten su opresión, el gobierno es absoluto, y las personas, legalmente hablando, son esclavos.¹¹

Tal como afirma Sward, las prácticas coloniales reflejan el hecho de que el jurado fue una de las instituciones más importantes de la lucha por la independencia. Los jurados coloniales rechazaban a menudo el aplicar las leyes británicas, lo que derivó en diversos esfuerzos de dicho país por impedir que el instituto fuera aplicado. De esta manera, el privar a los colonos del juicio por jurados fue considerado uno de los principales agravios hacia estos, el cual halló su manifestación contra el Rey en la Declaración de Independencia.¹²

El antecedente de nuestro juicio por jurados más palmario es justamente la Constitución de los Estados Unidos de América, inspiradora del artículo 117 de la Constitución Federal de los Estados Unidos de Venezuela de 1811. En lo que atañe a este trabajo, cabe reproducir la Enmienda VI de la propia constitución del país primeramente nombrado:

En toda causa criminal, el acusado gozará del derecho de ser juzgado rápidamente y en público por un jurado imparcial del distrito y Estado en que el delito se haya cometido, el cual deberá haber sido determinado previamente por la ley; así como de que se le haga saber la naturaleza y causa de la acusación, de que se le caree con los testigos que depongan en su contra, de que se obligue a comparecer a los testigos que le favorezcan y de contar con la ayuda de un abogado que lo defienda.¹³

Hendler remarca así que el artículo III, sección 2 de la Constitución estadounidense, relativa al juicio por jurados, aparece como una respuesta a la declaración de independencia en la que los colonos reclamaban al rey de Inglaterra “*for depriving us, in many cases, on the benefits of trial by jury*”. Señala así que esto, junto con la sexta enmienda, evidencian el contenido garantizador del jurado. Y su propuesta totaliza-

11. Spooner, Lysander, *An Essay on the Trial by Jury* (traducción propia), Boston, John P. Jewett and Company; Cleveland, Ohio, Jewett, Proctor & Worthington, 1852, p. 13.

12. Sward, Ellen E., “The Seventh Amendment and the Alchemy of Fact and Law”, *op. cit.*

13. Archivo Nacional de los Estados Unidos. Documento disponible en español en: <https://www.archives.gov/espanol/constitucion.html>

dora en la letra de la ley, más que marcar la “obligatoriedad”, evidencia la obligación de asegurar ese derecho para todo imputado.¹⁴

Esta clave hermenéutica del significado del jurado para el proceso estadounidense tiene extensa apoyatura en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos,¹⁵ la cual ha reafirmado este derecho al considerar incluso su renunciabilidad.¹⁶ No obstante, la doctrina contemporánea también ha advertido la tensión que señalamos en los últimos precedentes de dicha Corte, en los cuales se ha entendido que se enfatiza cada vez más la dimensión colectiva del derecho al juicio por jurados.¹⁷ Sin embargo, esta nueva relectura no está exenta de ciertos problemas de interpretación con respecto al jurado como derecho del imputado.¹⁸

EL JURADO DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

Partiremos de las palabras de Pastor, en cuanto sostiene:

Es un principio democrático el respeto por las leyes vigentes, en especial por la CN. Frente a sus reglas expresas no existe, en el universo jurídico, cortapisa alguna que justifique un juicio penal sin jurados (ni cláusula programática, ni desuetudo, ni nada). La CN es la ley fundamental y,

14. Hendler, E. S., *El juicio por jurados: significados, genealogías, incógnitas*, op. cit., p. 233.

15. La jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos ha afirmado, por ejemplo, que: “A right to jury trial is granted to criminal defendants in order to prevent oppression by the Government. ... Providing an accused with the right to be tried by a jury of his peers gave him an inestimable safeguard against the corrupt or overzealous prosecutor and against the compliant, biased, or eccentric judge”, *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145 (1968). Puede verse también *Singer v. United States*, 380 U.S. 24 (1965), entre otros

16. *Patton v. United States*, 281 U.S. 276 (1930)

17. Appleman, Laura I., “The Lost Meaning of the Jury Trial Right” (traducción propia), *Indiana Law Journal*, vol. 84, 2009, Iss. 2, article 1.

18. La autora referenciada se pregunta: “How can the jury trial right be potentially shared with the community without diminishing the rights assigned to the accused or entirely disaggregating our current system of criminal justice? Could a defendant’s request for a bench trial be countered by the people’s right to a jury trial? What might this mean to the fate of peremptory challenges? Finally, in a world of guilty pleas, how might a collective jury trial right be applied?” (Ídem).

conforme a ella, el juicio penal es por jurados, y el que no esté de acuerdo tendrá que lograr la reforma de la CN para evitarlo.¹⁹

Por su lado, Maier señala que el procedimiento penal es diseñado por la Constitución Nacional en lo atinente también a su organización, como expresión de los principios políticos y la ideología en que ella está inspirada.²⁰ Lo cierto es que en diversas oportunidades se habla de participación ciudadana en la justicia, pero su consagración normativa en nuestra Carta Magna²¹ se encuentra en la sección destinada a los derechos y garantías de todos los habitantes. No obstante, lo cierto es que no ha sido reconocida más que como cláusula programática por la propia CSJN.²² Sin embargo, como sostiene el autor citado:

... la mayoría de los preceptos de garantía procesal –libertad e inviolabilidad de la defensa, por ejemplo– serían letra muerta si se pensara, como algunos en el caso, que el legislador ordinario sólo debe percibir una expresión de deseo del legislador constitucional y, por ende, sólo está facultado, pero no obligado, a seguir y desarrollar el principio.²³

Bajo estas líneas argumentales es posible afirmar que el juicio por jurados resulta obligatorio desde nuestro modelo constitucional. Sin embargo, adentrándonos ya en la cuestión de si es un derecho o un modelo de administración de justicia, pueden sernos de utilidad los antecedentes de la consagración constitucional del instituto.

Una primera aproximación a la instrumentación de la participación de la ciudadanía en decisiones vinculadas con la Justicia será el Decreto de libertad de imprenta, aprobado por el Primer Triunvirato en 1811, que estableció una “Junta protectora de la libertad de imprenta”, compuesta por una comisión de vecinos, que determinaría si configuraba delito o no la publicación, para luego pasar al juzgamiento por jueces.²⁴ En el marco constitucional, se puede hallar un intento

19. “Acuerdo e hipocresía en una sentencia trascendente (¿juicio por jurados ya?)”, en *Revista No hay Derecho*, N° 5, Buenos Aires, 1991, p. 17.

20. Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1999, T. 1, p. 737.

21. *Ibidem*, p. 778.

22. Fallos: 115:92; 165:258; 208:21; 208:225, entre otros.

23. Maier, J. B. J., *op. cit.*, T. 1, p. 779.

24. Ramírez Braschi, Dardo, “Orígenes del juicio por jurados en el Derecho argentino durante el siglo XIX”, *Diario Época*, Corrientes, 15 de noviembre de 2013.

regulatorio del juicio por jurados en el proyecto de la Sociedad Patriótica, que lo presenta para su tratamiento a la Asamblea Constituyente de 1813. Entre otras referencias al instituto, el proyecto establecía que “el juicio criminal se establecerá por jurados”, contemplándolo expresamente como garantía de “seguridad individual”.²⁵

El instituto ha sido objeto de acalorados debates ya desde la génesis de nuestro país. A modo de ejemplo, en *El Censor*, dirigido por Antonio José Valdés y Fray Camilo Henríquez, en su número del 5 de febrero de 1818, se publica un artículo: “De los juicios por jurados”, en el cual llama a la institución

... establecimiento admirable en el que el ciudadano halla siempre abogados, y jamás enemigos, y donde no se ve expuesto a sufrir en oscuras prisiones la separación total de la sociedad humana, y largos y secretos interrogatorios, entregado a sí mismo, sin poder oponer más que una defensa pasiva a las cuestiones de unos hombres de cuyas intenciones no está siempre seguro... el acusado tiene todos los medios posibles de defensa: el juicio es público, y la justicia inspira respeto, y jamás terror.²⁶

Llegados a este punto, cabe preguntarse: ¿cuál es la perspectiva de nuestra Carta Magna sobre el juicio por jurados?

No obstante reconocer que el jurado también se encuentra en la parte programática (art. 75, incs. 12 y 118) de nuestra Constitución, Hendler afirma que “las garantías y derechos integran la parte llamada dogmática de los textos constitucionales y constituyen una característica del constitucionalismo clásico (...) cuyo rasgo distintivo es la finalidad de limitar al Estado y dar seguridad al individuo frente a él”.²⁷ En este sentido, podríamos advertir que el jurado se erige como un derecho del imputado, no sólo por el sentido literal que podemos darle, sino porque el instituto se halla inserto en un lugar de la norma que enumera las garantías de todo aquel que se encuentre acusado en una causa criminal (legalidad, imparcialidad, derecho de

25. Penna, Cristian, “Prejuicios y falsos conocimientos: historia de los cuestionamientos al juicio por jurados en Argentina”, en *Juicio por jurados en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, op. cit., p. 96

26. Levaggi, Abelardo, “El juicio por jurados en la Argentina durante el Siglo XIX”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, N° 7, Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 1982, p. 178.

27. Hendler, E. S., “La significación garantizadora...”, op. cit.

defensa, etc.). Es claro que su finalidad tiene un notable punto de conexión con su antecesora anglosajona; erige al jurado como prerrogativa frente al poder.

LAS IMPLICANCIAS PRÁCTICAS EN TORNO A LA OBLIGATORIEDAD

Afirmar que la vocación de la consagración normativa del jurado en nuestra Carta Magna se inclina a favor de reconocerla como un derecho del imputado no tiene muchas más implicancias respecto de la forma en que este debe articularse en la época contemporánea. Ello, dadas las características dinámicas y la textura abierta de las normas procesales. Para considerar la cuestión de la obligatoriedad del juicio por jurados pueden servir de apoyatura las consideraciones históricas expuestas, pero debemos inmiscuirnos en otro conjunto de dimensiones, que tienen que ver con aspectos pragmáticos, políticos e ideológicos en torno al proceso penal.

Si vamos de lo general a lo particular, una primera paradoja que se puede advertir en torno a la obligatoriedad es que las reformas procesales que se desarrollaron en nuestro país en las últimas décadas se caracterizaron por la tendencia a darle cada vez más preeminencia al rol de las “partes” en la resolución del conflicto, el acuerdo sobre la pena, los acuerdos probatorios, etcétera. En efecto, la negociación ha cobrado cada vez más relevancia, en la praxis jurídica y en la dimensión normativa.

Este aspecto es interesante si tenemos en cuenta que nuestra legislación local ha sido de vanguardia en la incorporación constitucional expresa del sistema acusatorio y su reglamentación a través de institutos que articulan el principio de oportunidad, como la mediación o el archivo fiscal. Este avance en el dinamismo del proceso y el principio dispositivo en las normas procesales ha impactado incluso en la legislación “de fondo”, la cual terminó receptando la disponibilidad de la acción penal a través del reformado artículo 59 del Código Penal (CP).²⁸

En este contexto se hace cada vez más difícil sostener la obligatoriedad de una forma de enjuiciamiento soslayando la voluntad de las partes, ya sea como garantía o como facultad de la sociedad.

28. Ley N° 27147, BO 18/06/2015.

En este sentido, el caso del denominado juicio abreviado es paradigmático, dado que implica la facultad del imputado para renunciar a un juicio oral y público; es decir, implica la renuncia a garantías elementales del debido proceso. Desde la perspectiva de que es una prerrogativa de la sociedad el llevar a juicio por jurados ciertos delitos, también debería soslayarse entonces la posibilidad de un avenimiento en estos casos, dado que en caso contrario se estaría conculcando este derecho de la sociedad, impuesto obligatoriamente.

A este respecto, Hendler llama la atención sobre un punto importante: en el contexto anglosajón en el que tiene su antecedente más preeminente el juicio por jurados:

... el reconocimiento de la culpabilidad por el acusado excluye el debate en juicio y conduce al dictado de sentencia por el juez sin intervención alguna del jurado. Se trata de una consecuencia del sistema acusatorio (o “adversarial”, como prefieren llamarlo los americanos).²⁹

Haciendo una pormenorizada distinción entre el veredicto, la decisión judicial y la condena, Bovino concluye, respecto al juicio abreviado, que

... la admisión de culpabilidad no es una *prueba* de cargo que sirva al acusador estatal, sino una *declaración formal* del imputado sobre su culpabilidad por uno o más hechos punibles, que acepta como verdadera, e implica la renuncia a sus derechos constitucionales –v. gr., a un juicio por jurados–.³⁰

La comparación de Bovino es clara al señalar que

... en el sistema estadounidense, la verdad opera como verdadera garantía del imputado. Cuando no hay juicio, no desempeña un papel relevante, pues el consenso desempeña la misma función, y si no se pudiera demostrar la “verdad real”, esta sólo operaría para quebrar el consenso que funda la gran mayoría de las condenas.³¹

Para el proceso anglosajón, la admisión formal de culpabilidad es equivalente a un veredicto de culpabilidad. Es por este motivo que el

29. Hendler, E. S., *El juicio por jurados: significados, genealogías, incógnitas*, op. cit., p. 232.

30. Bovino, Alberto, “Procedimiento abreviado y juicio por jurados”, en Maier, Julio B. J., (dir.), *Juicio por jurados en el proceso penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000, p. 63.

31. *Ibíd.*, p. 85.

énfasis de la jurisprudencia estadounidense está dado en las características de la renuncia al jurado, las cuales deben tener una serie de resguardos particulares.³² Desde el punto de vista del juicio abreviado, parecería que la manera posible de compatibilizar la disponibilidad de la acción penal, en detrimento del principio de legalidad procesal, es entender el jurado no como obligación, sino como un derecho del imputado.

Otra cuestión se suscita a partir de preguntarnos de qué manera pueden convivir en un mismo sistema el derecho del imputado a ser juzgado por un juez profesional, con la imposición de un modelo que establece una forma de enjuiciamiento por jurados. En otras palabras: ¿cómo interpretar el principio de progresividad a la luz de una impuesta obligatoriedad del juicio por jurados a partir de la sanción de una ley que lo disponga hacia el futuro? Cabe reseñar, como señala Juliano, que

La prohibición de regresividad es la necesaria contracara del principio de progresividad e implica el impedimento de introducir modificaciones legislativas o de otro orden que disminuyan los niveles preexistentes de derechos y garantías. Sería incoherente y contradictorio predicar que los Estados tienen el compromiso de hacer progresar los derechos si a la vez admitiéramos que también tienen la posibilidad de introducir modificaciones legislativas o de otro orden que hagan retrogradar esos estándares.³³

Conforme al propio criterio de la CIDH:

... resulta pertinente observar que si bien el artículo 26 se encuentra en el capítulo III de la Convención, titulado “Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, se ubica, también, en la Parte I de dicho instrumento, titulado “Deberes de los Estados y Derechos Protegidos” y, por ende, está sujeto a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 señalados en el capítulo I (titulado “Enumeración de Deberes”), así como lo están los artículos 3 al 25 señalados en el capítulo II (titulado “Derechos Civiles y Políticos”).³⁴

32. “United States v. Jackson”, 390 U.S. 570 (1968), con “Brady v. United States”, 397 U.S. 742 (1970), y “McMann v. Richardson”, 397 U.S. 759 (1970), entre otros.

33. Juliano, Mario Alberto, “¿El Estado puede modificar la ley de excarcelaciones para restringir sus alcances?”, en *Revista Pensamiento Penal*, disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2013/12/doctrina37831.pdf>

34. Caso “Acevedo Buendía y Otros”, sentencia de 1 de julio de 2009 de la CIDH, citado en Courtis, Christian, “Comentario al artículo 26 de la CADH”, en Convención

De esta manera, podemos señalar que

... también resultan aplicables a los derechos reconocidos por el artículo 26 las obligaciones derivadas de las normas contenidas en los capítulos IV y V de la Convención Americana, que contiene, respectivamente, normas sobre suspensión de garantías, interpretación y aplicación de las disposiciones del tratado, y sobre la correlación entre deberes y derechos.³⁵

Asimismo, se afirmó que la noción de progresividad implica también “la prohibición de adoptar medidas regresivas (la llamada prohibición de regresividad)”.³⁶

La obligatoriedad del juicio por jurados entendido como una prerrogativa de la ciudadanía de juzgar a sus pares se torna más problemática desde una perspectiva pragmática, dado que es absolutamente inviable “garantizar” que todos los juicios sean llevados ante un jurado.

En nuestro proceso local, por ejemplo, el propio artículo 42 de la Ley N° 7 establece que

Para los delitos criminales cuya pena en abstracto supere los tres (3) años de prisión o reclusión, se constituirá a opción del imputado, un tribunal conformado por el juez de la causa y dos (2) jueces sorteados, de entre los juzgados restantes.³⁷

En otras palabras, el imputado puede optar, sin mayores consecuencias, por un tribunal unipersonal o colegiado. Esto no constituye ningún atropello contra las garantías, sino que implica admitir factores que tienen que ver con la praxis y la dinámica del proceso penal.

A este respecto, Anitua ha señalado que

... algunas críticas formuladas hacia el Jurado lo catalogan de ineficiente para implementar las políticas penales actuales (por costo, por tiempo, por dificultades varias). Justamente esto es lo que yo señalo como ventaja, ya que la existencia del juicio por jurados en todos los casos criminales es evidentemente incompatible con las políticas de panpenalismo, que con atajos y selecciones sí llevan adelante los jueces profesionales. Si se toma en serio y se lleva a sus últimas consecuencias la obligación constitucional,

Americana sobre Derechos Humanos, *Comentario*, Steiner, Christian y Uribe, Patricia (editores), Konrad Adenauer Stiftung, 2014.

35. *Ibíd.*, p. 670

36. *Ibíd.*, p. 673.

37. BOCBA N° 405 del 15/03/1998.

se permitirá la necesaria reflexión sobre el poder punitivo y se impulsará una radical reforma del código penal, a la vez que una reforma profunda de la organización judicial, y también una reforma del procedimiento.³⁸

No obstante la profundidad del planteo del autor citado, no puede dejar de advertirse que la combinación de la obligatoriedad del jurado, con la dificultad que conlleva su implementación en la práctica, más el ingrediente procesal del juicio abreviado a la mano de los operadores nos puede llevar a consecuencias indeseadas. No debe olvidarse, como ha remarcado Gullco, que

... en los Estados Unidos, el derecho del acusado a ser juzgado por un jurado integrado por sus pares es más teórico que real: en la actualidad, el 95% de los casos criminales no es juzgado por un jurado sino que se resuelve mediante un acuerdo entre el fiscal y el defensor, procedimiento que es conocido como *plea bargaining*.³⁹

Asimismo, tal como señala Bianchi, la tendencia del mundo anglosajón es a reducir cada vez más el empleo de este instituto.⁴⁰ En este sentido, la reseña de Duff sobre el diverso y complejo catálogo de casos en los que se limita al derecho a ser juzgado por jurados populares es bastante ilustrativo. En contraste con lo que ocurre en nuestras latitudes, ya en 2001 señalaba que la tendencia del mundo anglosajón era reducir el número de casos que recaían en el procedimiento por jurados. Ante todo, el autor llama la atención sobre una cuestión muy particular: no obstante el hecho de que el juicio por jurados en Inglaterra y Escocia ocupa menos del 1% de los casos criminales, mantiene una inmensa importancia política y simbólica. Asimismo, advierte que el “derecho al juicio por jurados” puede ser limitado por: 1. la propia ley, 2. la discreción del acusador, 3. la decisión judicial, 4. la renuncia del imputado. Esto varía según la jurisdicción, que adopta diversas combinaciones de estas

38. Anitua, Gabriel Ignacio, “Juicio por jurados y Constitución Nacional”, en Roberto Gargarella (coord.), *La Constitución en 2020. 48 propuestas para una sociedad igualitaria*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.

39. Conf. Steiker, Carol, “Criminal Procedure”, en Tushnet, Mark; Graber, Mar A. y Levinson, Sanford (dirs.), *The Oxford Handbook of the American Constitution*, Oxford University Press, 2015, Capítulo 31, Sección IV), citado por Gullco, Hernán Víctor, “El juicio por jurados y el derecho al recurso”, *op. cit.*

40. Bianchi, Alberto B., *El juicio por jurados*, Buenos Aires, Editorial Ábaco, 1999, p. 83.

variantes.⁴¹ En el caso de la renuncia del imputado, también varía según cada jurisdicción. En el trabajo reseñado se advierte que, de acuerdo a cada país, la renuncia del imputado al juicio por jurados puede estar librada a su mera voluntad, al acuerdo con la fiscalía y el órgano jurisdiccional, o estar fuertemente limitada por la ley, entre otros tantos casos.⁴² Lo que no se advierte en ninguna jurisdicción es que todos los casos deban ser llevados ante un jurado popular. Asimismo, afirma:

... cada jurisdicción, casi inevitablemente, tiende a asumir que su práctica presente representa la forma natural o correcta de determinar qué casos deben ir a juicio por jurados, y que cualquier cambio, aunque constituya un ajuste que refleje la práctica de otro lugar, es ilegítimo.⁴³

El hecho de que existan legalmente casos en los que sea obligatorio el jurado soslayando la voluntad del imputado también genera inconvenientes desde otro conjunto de principios del proceso penal. Gullco, por ejemplo, llama la atención sobre el siguiente punto:

... no parece ser respetuoso del principio de igualdad ante la ley que un acusado, juzgado ante un tribunal técnico, tenga el derecho constitucional de que su condena sea fundada tanto respecto a las conclusiones fácticas como jurídicas y que en cambio otro imputado, cuyo caso es resuelto ante un jurado popular, tenga que “adivinar” cuáles fueron los fundamentos de su condena. Y no creo que pueda sostenerse que dicha disparidad pueda ser minimizada con el argumento de que el segundo de los acusados ha tenido el “privilegio” de ser juzgado por sus pares, en tanto que el primero sólo fue escuchado por jueces técnicos.⁴⁴

Más allá del desarrollo de las perspectivas de la víctima dentro de las reformas procesales de los últimos años, lo cierto es que el derecho procesal penal se ha erigido como una limitación al abuso del poder y de la autoridad contra las personas. De esta manera, es difícil conceptualizar un derecho de la ciudadanía a castigar de determinada forma.

41. Duff, Peter, “The Limitations on Trial by Jury” (traducción propia), *Revue internationale de droit pénal*, 2001/1, vol. 72, pp. 603-609.

42. *Ibidem*, pp. 605-7.

43. *Ídem*.

44. Gullco, Hernán Víctor, “El juicio por jurados y el derecho al recurso”, *Revista Latinoamericana de Derecho Internacional*, 20/09/2016. Disponible en: <http://www.revistaladi.com.ar/>

Decir que existe un “derecho” de la ciudadanía a juzgar a una persona por el sistema de jurados implicaría en nuestra opinión graves inconsistencias a la hora de brindar una respuesta en relación a los casos que quedarían abarcados por este sistema de juzgamiento. En efecto, es difícil determinar el motivo por el cual ciertos casos merecen ser llevados ante un jurado por encima de otros. No existe en particular un fundamento supralegal que nos permita definir de manera categórica unos casos de otros.⁴⁵

Por lo tanto, lo que debemos considerar a la hora de articular el juicio por jurados son sus consecuencias, sus características en cada jurisdicción y el mejor modo de administrar justicia de acuerdo a las particularidades de nuestra idiosincrasia, capacidades y, en particular, teniendo en cuenta nuestra tradición, que ha tendido más al abuso del poder punitivo que al respeto de las garantías fundamentales.

En torno a este último punto, no es un factor menor reconfirmar cuál es el rol efectivo del sistema penal. En el fondo de estas discusiones está inscripta la cuestión de cuál es el papel que le asignamos a una maquinaria institucional y práctica tan enorme como el sistema de administración de justicia. Si, en definitiva, es una vía para resolver conflictos sociales desde perspectivas diversas, o es un medio formalizado de venganza que administra sufrimiento a quienes se someten a dicho sistema.

Volviendo a Hendler, adscribimos a la idea de que el derecho penal:

... debería inclinarse en favor del sujeto sobre el que se ejerce el poder punitivo y no de la sociedad –democráticamente organizada o no– que lo ejerce. En suma, la elección del modo de enjuiciamiento tiende a minimizar la selectividad y la violencia del castigo penal y se la deja en manos del enjuiciado mientras que, por el contrario, puede volverse peligrosamente virulenta y discriminatoria si queda en manos de la sociedad y, por ende, en las de quienes ejercen el poder en nombre de ella, por más que estos últimos la representen de la manera más democrática que cabe.⁴⁶

45. Se ha reflexionado, por ejemplo: “Issues of community values, or verdicts needing the application of the community’s conscience and community acceptance, can also arise in cases involving offences punishable by less than 14 years’ imprisonment. They may not always be linked to the seriousness of the offence, or be detectable in advance of the trial. Therefore, the application of the community’s conscience through trial by jury is not, in the Law Commission’s view, a compelling reason to require trial by jury in some cases and not others”. (Law commission, *Juries in criminal trials part one: a discussion paper*, Wellington, Nueva Zelanda, septiembre de 1998, p. 25, párrafo 105).

46. Hendler, E. S., “La significación...”, *op. cit.*

LA REFLEXIÓN COMO PUNTO DE PARTIDA

La síntesis expuesta en los puntos precedentes simplemente permite enunciar algunos de los interrogantes que debemos formularnos cuando hablamos del juicio por jurados. Entendemos que las distintas cuestiones que giran en orden al instituto deben encontrar su respuesta dentro del marco constitucional-procesal de un Estado de derecho.

Bajo esta premisa, la concepción del jurado como garantía del imputado no sólo es compatible con su génesis y fundamento histórico, sino también con las exigencias pragmáticas del proceso penal, en lo atinente a asegurar una rápida y a la vez eficaz administración de justicia.

El efectivo ejercicio de los derechos y garantías de las personas en definitiva conduce, entre otras cosas, a restablecer la confianza de la ciudadanía en las instituciones. La participación de los ciudadanos como jurado se presenta como necesidad de protagonismo y de responsabilidad en el juzgamiento de los casos. Se reclama el poder de decidir, de declarar la culpabilidad o no a pares, a otros ciudadanos.

Sin embargo, asumir la potestad de juzgar no puede convertirse en un escenario en el cual el sentimiento de venganza tome las riendas, pues ello implicaría sin lugar a dudas una vuelta a elementos propios de un modelo indeseable. El juicio por jurados constituye la asunción responsable de la ciudadanía en el juzgamiento de aquellos delitos que por su gravedad –tomando como criterio la pena en abstracto prevista– justifiquen la movilización de recursos económicos, humanos, etcétera; y es asimismo necesario que el imputado, en el pleno ejercicio del derecho de defensa en juicio, opte por ser juzgado bajo esta modalidad.

De esta manera, hablar de poner en funcionamiento un sistema como el que se discute en estas líneas implica el abordaje de un conjunto de problemas que deben ser aprehendidos con el grado de reflexividad que corresponde, a efectos de asegurar que el ejercicio de la justicia siga desarrollándose y mejorando, tanto para satisfacer las demandas sociales como para garantizar que cualquier individuo, sin importar las circunstancias, sea juzgado bajo estricto cumplimiento de las reglas del debido proceso, la imparcialidad y el derecho de defensa en juicio.

EL JUICIO POR JURADOS POPULARES: LA EXPERIENCIA EN LA PROVINCIA DE NEUQUÉN

Por Florencia María Martini*

RESUMEN

El ensayo analiza el Derecho Penal en su faz ejecutiva y los derechos de los sujetos que habitan en las fronteras socioculturales internas a los Estados, encubiertas por la “norma” estatal que sintetiza la mirada y la disciplina. Devela el funcionamiento de nuevos dispositivos de participación ciudadana que horadan la unidad impuesta por la norma, abriendo la trama y permitiendo en ese proceso el ejercicio real y efectivo de los derechos de ciudadanos culturalmente diversos (lo que implica el derecho a la diferencia, la discriminación positiva y su proyección en la toma de decisiones de la *res publica* como cosa de todos). Se trata del jurado popular, instituido en la provincia de Neuquén, que asigna competencia a los ciudadanos para el juzgamiento de conciudadanos acusados de cometer delitos graves contra las personas y la integridad sexual. Está compuesto por doce ciudadanos de distinta extracción sociocultural, con equitativa proporción de hombres y mujeres, que deliberan, argumentan y deciden en condición de simetría recíproca. Además, el instituto faculta la integración del jurado con integrantes de los pueblos originarios, cuando el hecho a juzgar comprometa el modo de resolución de conflictos de la comunidad, garantizando así la diversidad cultural. De este modo, se tiende a la democratización profunda de la justicia y a su legitimación política y social, y se aspira a la toma de deci-

* Abogada (UNCo), especialista en Derecho Penal y Ciencias Penales (UNCo), doctora en Derecho (UNC). Jueza del Tribunal de Impugnación de la provincia de Neuquén. Tesista en la carrera de Licenciatura en Filosofía (UNCo), proyecto: “Jurados populares en Neuquén: Justicia, Democracia y Representación en el seno de las sociedades contemporáneas”. Actualmente participa del proyecto de investigación “Globalización, Transnacionalismo y Contrahegemonía”, Facultad de Lenguas, UNC.

siones más justas, con el compromiso de los conciudadanos de asumirse como participantes en el proceso del juzgar a sus pares.

INTRODUCCIÓN

Cuando nos referimos al jurado popular, no lo hacemos en la acepción corriente de justicia popular, como el mecanismo informal de acción directa, también llamado “justicia por mano propia”, que se identifica con los linchamientos populares realizados por un conjunto de individuos que espontáneamente reaccionan a un hecho administrando justicia por sí mismos, ante la presunta omisión del sistema estatal. El jurado popular es una institución social que forma parte de la administración del castigo estatal, e implica la intervención de ciudadanos de la comunidad en la que se cometió un delito para el juzgamiento de sus pares por la infracción de la ley penal que se promulgó en su nombre y en su beneficio, ya que sirve para encaminar hacia la convivencia pacífica de los miembros de la comunidad.

El jurado popular se encuentra regulado por la ley en dos sentidos (en atención al sistema federal del Estado argentino):

- a. Ley de procedimiento del Estado provincial en el que se juzga al “conciudadano” acusado de infringir la ley (como infracción al contrato social). Esta ley indica el modo en que se convoca a los potenciales jurados, el modo en que se seleccionan los miembros que han de integrarlo y las reglas que han de seguir tanto durante el juicio como después de este, al momento de deliberar y emitir un veredicto;
- b. Ley penal del Estado nacional que establece qué acciones constituyen delitos, qué permisos o justificaciones eximen al autor de aquellas y cuándo puede reprochársele al sujeto infractor la conducta cometida. La ley aplicable al caso concreto se explica al jurado popular a través de las denominadas “instrucciones”, que son dadas por quien dirige el juicio, el juez técnico, a propuesta de las partes, el defensor del acusado, el fiscal (acusador público que representa a la sociedad afectada por el delito) y, en ocasiones, por el querellante particular, que representa a la víctima del delito (acusador particular).

La participación ciudadana que implica el juzgamiento de delitos por jurados populares reúne a los individuos y su voluntad particular con la ciudadanía y la voluntad general, acercando así los extremos de ámbitos que han sido disociados a través de la burocracia estatal. Constituye una forma de materializar la democracia y revivificar la república, de promover el entendimiento público de la ley y del procedimiento legal, y de proporcionar legitimidad al sistema penal y a la institución social del castigo.

La penalidad o castigo es entendido en términos de control social, pero también como ratificación de los valores y creencias compartidas por la comunidad que refuerzan la norma penal como ejercicio legal de la “violencia” estatal a través de la privación de libertad de los conciudadanos que quebranten el pacto social. En este último sentido, debe ser ejercido como *ultima ratio* (última instancia ante el fracaso de otros dispositivos no penales para la pacificación social).

Debido a que los sistemas de toma de decisión con jurados extraen a la gente de múltiples subgrupos de la comunidad, es más probable que un grupo de jurados o jueces legos represente muchísimo mejor que los jueces de *élite* la gama de puntos de vista y las actitudes de la comunidad en general. Esta representatividad contribuye directamente a la determinación de los hechos porque las experiencias de vida, los puntos de vista y las actitudes configuran cómo la gente evalúa el conflicto penal. El hecho de que los determinadores legos de los hechos tengan más probabilidades de reflejar las características sociales y políticas de la comunidad ayuda a asegurar que los fallos judiciales estén en línea con las actitudes comunitarias.¹

1. La participación plena entre jurados de diversos entornos le permite al jurado basarse fuertemente en experiencias personales, perspectivas sociales y conocimientos que difieren entre individuos y grupos sociales. Jurados de diversos entornos pueden involucrarse en deliberaciones de amplio espectro, que incluyen tópicos y consideraciones que podrían perderse o incluso ser evitadas cuando exista menor diversidad entre sus miembros. Por lo tanto, cuando los miembros del jurado provenientes de diferentes segmentos de la comunidad participan activamente en la deliberación, es más probable que mayor información relevante sea presentada e intercambiada. Como resultado, los veredictos deberían ser reflejos mucho más precisos del conocimiento y las perspectivas comunitarias (Hans, Valerie, “Representación a través de la participación: un análisis multinivel de las deliberaciones del jurado”, en *El juicio por jurados. Investigaciones sobre la deliberación, el veredicto y la democracia*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1ª ed., 2014, pp. 83-84).

Los teóricos han afirmado que la participación en el juzgamiento promueve la democracia participativa; se ha dicho incluso que educa al pueblo sobre la ley, así como también impulsa otras formas de participación política.² Ciudadanos comunes que deciden en jurados, elaboran sus decisiones luego de una deliberación. Como estos grupos incluyen a individuos que provienen de diferentes entornos y experiencias, es más probable que la deliberación del caso sea rica. Aunque los ciudadanos comunes también pueden ser sujetos a las influencias de la corrupción, existen menos posibilidades de corrupción sistemática porque el jurado decide solo un caso.

El jurado constituye un cuerpo ideal para inyectar el sentimiento de la comunidad en un juicio. Las comunidades son heterogéneas, se diferencian en muchas dimensiones, como el género, la raza, la etnia, la religión y los ingresos económicos. Si el sistema de selección tiene éxito al escoger como jurados a individuos de cada uno de estos múltiples subgrupos en una comunidad, la deliberación permite el intercambio de diversos puntos de vista sobre el caso. De esta manera, las ideas de la comunidad sobre lo que es justo y equitativo en un caso son inyectadas en el proceso de toma de decisión del jurado y del juez lego. Investigaciones teóricas y empíricas sobre el modelo narrativo que emplean los jurados populares para la toma de sus decisiones sugiere que estos jurados desarrollan un relato narrativo o una historia de lo que sucedió en el caso. El jurado procesa la prueba presentada durante el juicio y la organiza en una historia coherente acerca de lo que sucedió. Los jurados se basan en su propio conocimiento del mundo, sus experiencias previas, sus preconcepciones y sus creencias para construir esa historia, lo que proporciona un vehículo para que los estándares y expectativas de la comunidad sean integrados a los veredictos. Los jurados incorporan a la ley su enfoque del sentido común de justicia que, a veces, puede diferir del enfoque judicial.³

2. Levine, James, *Juries and Politics*, Pacific Grove, Ed. Brooks/Cole, 1992; Lempert, Richard, "A Jury for Japan?" en *American Journal of Comparative Law*, 40, 1992, p. 37; véase también Lempert, Richard, *Citizen Participation in Judicial Decision Making: Juries, Lay Judges and Japan*, St. Louis-Warsaw Transatlantic L.J., 1, 9-10, 2002, citado por Hans, Valerie P., "¿Cuál es la diferencia que hace un jurado?" en *El juicio por jurados. Investigaciones sobre la deliberación, el veredicto y la democracia*, op. cit., p. 26.

3. Hans, Valerie, op. cit., p. 34-35.

La participación de los miembros de la comunidad afectada por el delito en el juzgamiento de sus pares permite el ejercicio responsable de la ciudadanía a través de la asunción del conflicto que los implica como miembros de la comunidad en la que se manifiesta la infracción a la norma penal. Implica, dentro de los límites impuestos por las normas regulatorias, que los ciudadanos se hagan cargo de ese Otro a quien se le imputa haber lesionado bienes sociales (integridad física, integridad sexual, etc.), a efectos de fijar su responsabilidad frente a la sociedad a partir de los principios que constituyen el debido proceso legal. En este contexto, coloca a los ciudadanos en un cuerpo a cuerpo—desde sus propias miradas y creencias, así como desde su experiencia personal—con ese Otro que forma parte del mismo entramado social y cultural al que ellos pertenecen, aun reconociendo la singularidad de aquel.

En tal sentido, se produce una doble transformación: en primer lugar la de individuos pasivos, demandantes frente a la administración de justicia, que pasan a ser sujetos sociales y actores políticos con capacidad de intervención efectiva en la resolución de conflictos que los comprometen. Y en segundo lugar, en el nivel de la percepción del otro, opera la deconstrucción del “enemigo” (como fuente permanente de acciones potencialmente lesivas), que pasa a ser un conciudadano que ha quebrado el pacto social (a través de una conducta concreta desplegada en cierto contexto).

Paralelamente, se promueve otro cambio de significación en la relación de los individuos con el poder encargado de la administración de justicia penal, que apunta a un acercamiento, en un sentido republicano, de los individuos al cuerpo político como identidad de objetivos y voluntades. Ambos procesos de cambio se dirigen a superar las antinomias del buen vecino y buen ciudadano respecto del delincuente, y del sistema penal estatal respecto de la sociedad.

REGULACIÓN LEGAL DEL JUICIO POR JURADOS

El Código de Procedimiento Penal de la provincia de Neuquén establece una doble competencia para el juzgamiento de delitos cometidos en la provincia; a saber, la de los jueces profesionales y la del jurado popular. Este último queda reservado para juzgar delitos contra las

personas, la integridad sexual o cualquier otro delito cuyo resultado haya sido muerte o lesiones gravísimas, siempre que el Ministerio Fiscal solicite una pena privativa de libertad superior a quince años.

El tribunal de jurados se integra con doce jurados titulares y cuatro suplentes. La dirección del juicio está a cargo de un juez profesional. Para ser jurado popular se requiere ser argentino, tener como mínimo veintiún años de edad, estar en pleno ejercicio de los derechos ciudadanos, tener domicilio conocido, una residencia permanente no inferior a dos años en el territorio de la jurisdicción del tribunal competente y profesión, ocupación, oficio, arte o industria conocida.

Se encuentran impedidos de integrar el jurado los abogados, los mayores de setenta y cinco años de edad, el gobernador y vicegobernador de la provincia y sus ministros, los titulares del Poder Ejecutivo comunal, los funcionarios auxiliares del Poder Judicial, Ministerio Público y Defensa Pública, los miembros en servicio activo de las Fuerzas Armadas o de seguridad y de la Policía Federal y provincial, los ministros de un culto religioso, los que tengan sentencia condenatoria ejecutoriada a pena privativa de libertad por delito doloso o los que estén formalmente sometidos a proceso penal.

A efectos de garantizar la conformación de los tribunales de jurados, el primer mes de cada año la justicia electoral realizará una lista del padrón, separada por circunscripción y por sexo, y realizará un sorteo en audiencia pública, y se remitirá al Poder Judicial el primer día hábil del mes de noviembre con publicación en el Boletín Oficial. En este sorteo participan como veedores un representante del Colegio de Abogados de cada circunscripción, representantes de la Asociación de Magistrados y de las demás entidades vinculadas con el quehacer jurídico.

Cualquier ciudadano está facultado para observar los listados, dentro de los quince días de publicados, cuando existan errores materiales o incumplimiento de alguno de los requisitos legales. La función de jurado es una carga pública obligatoria y será remunerada, en caso de empleados por el empleador y en caso de independientes o desempleados, con la suma de medio JUS diario.

Dentro de los diez días hábiles judiciales previos al inicio del juicio, la Oficina Judicial sortea en presencia obligatoria de las partes (fiscal y defensor) una lista no menor al doble de jurados requeridos (32), y los convoca a una audiencia de selección de jurados. En la misma oportuni-

dad se sortea el juez profesional que tendrá a cargo la dirección del juicio. La audiencia de selección del jurado tiene por fin constituir el jurado imparcial para resolver el caso. Quienes tengan motivo para excusarse pueden hacerlo; en esos casos se procede a las recusaciones por las partes, previo examen y contraexamen sobre posibles circunstancias que pudieran afectar su imparcialidad. También pueden las partes recusar sin causa a uno de los jurados titulares. Concluido el examen, se los designa formalmente advirtiéndoles la importancia y deberes de su cargo.

La integración del jurado debe ser plural. Tiene que quedar integrado por hombres y mujeres en partes iguales y se intenta que, como mínimo, la mitad del jurado pertenezca al mismo entorno social y cultural del imputado. Se intenta también, en lo posible, que en el panel de jurados haya personas mayores, adultas y jóvenes. El hecho de prever una integración igual de hombres y mujeres se presenta como una exigencia de igualdad en la participación y de igualdad de estatus social. Puede leerse esta previsión de integración igualitaria de géneros como una política pública que estatuye cupos para garantizar la participación de mujeres en el espacio público, en un ámbito que tradicionalmente estuvo reservado a los hombres, como es la administración de la penalidad. De este modo, se repara una desigualdad fáctica entre los ciudadanos y se asegura la efectiva participación como iguales en la interacción social.

El juicio se realiza en dos fases. En la primera se trata todo lo relativo a la existencia del hecho y la responsabilidad penal del acusado. Finalizada esa etapa, el jurado debe determinar si se han probado los hechos materia de acusación y si la persona juzgada es culpable o inocente. Una vez que hay un veredicto de culpabilidad, en la segunda etapa interviene exclusivamente un juez profesional, que determina la pena de conformidad a la escala penal del delito por el que fuese declarado culpable el acusado. Es entonces, con el veredicto de culpabilidad o no culpabilidad, que finaliza la actuación del jurado popular.

Los alcances de la participación del jurado popular se advierten desde el inicio de la audiencia, cuando prestan juramento solemne ante el juez. Los jurados se ponen de pie y el oficial de sala pronuncia lo siguiente: “¡Juráis en vuestra calidad de jurados en nombre del Pueblo, examinar y juzgar con imparcialidad y máxima atención la causa, dando en su caso el veredicto según vuestro leal saber y entender, observando la Constitución de la Nación, de la Provincia del Neuquén y

las leyes vigentes?”. Realizado el juramento, se declara abierto el juicio, se advierte al imputado sobre la importancia y el significado de lo que va a suceder y se cede la palabra al fiscal y al querellante para que expliquen el hecho del juicio, las pruebas que se producirán para fundar la acusación y la calificación legal. Luego se invita al defensor a que explique las líneas de su defensa. En el curso de la audiencia, el imputado puede hacer las declaraciones que considere oportunas y las partes pueden formularle preguntas o requerirle aclaraciones.

Una vez producida la prueba (oídos los testimonios), se declara clausurado el debate; el juez invita a los jurados a retirarse de la sala y se celebra una audiencia con los abogados de las partes a fin de que propongan instrucciones a impartir a los jurados.

Finalizada la audiencia de instrucciones, el juez hace ingresar al jurado a la sala de juicio. Primero le explica las normas que rigen la deliberación, les entrega copia de ellas por escrito y les informa el deber de pronunciar el veredicto en sesión secreta y continua. Luego les imparte las instrucciones. Les explica los puntos controvertidos del caso, las cuestiones esenciales a decidir y las disposiciones legales aplicables al caso, expresando su significado y alcance en forma sencilla y clara. Inmediatamente después, los jurados pasan a deliberar en sesión secreta y continua, en la que únicamente debe estar la totalidad de los miembros titulares. Los jurados eligen a su presidente, bajo cuya dirección analizarán los hechos. La votación es secreta.

Las instrucciones defectuosas pueden dar lugar a una resolución incorrecta del caso, por lo que las partes pueden hacer protesta de las instrucciones propuestas y rechazadas por el juez técnico a fin de facultar una eventual impugnación contra la sentencia definitiva, si fuese adversa al acusado.

El veredicto debe versar sobre cada hecho y cada acusado en torno a dos cuestiones: si está probado o no el hecho en que se sustenta la acusación y si es culpable o no el acusado. El veredicto de culpabilidad requiere como mínimo de ocho votos, de lo contrario el veredicto será de no culpabilidad.

A diferencia de las sentencias de responsabilidad de los jueces profesionales, en las cuales quedan por escrito los argumentos que fueron tenidos en consideración para arribar a la decisión, en la sentencia de responsabilidad –escrita por el juez técnico– sólo transcriben las ins-

trucciones y el veredicto. Esto no significa, sin embargo, que la decisión sea inmotivada, sino que consiste en las instrucciones seguidas del veredicto que las constata afirmativamente, en caso de culpabilidad, o bien las deshecha en caso de no culpabilidad. Si se demostrase que el veredicto es contrario a la prueba producida en el juicio, el acusado tendría la facultad de impugnarlo por este motivo ante un tribunal de jueces profesionales dando las razones del caso y señalando la contradicción entre la prueba concreta y la decisión adoptada. Los jueces profesionales tienen acceso al video del juicio para contrastar los extremos señalados por el impugnante y anular la decisión, cuando se constatare manifiestamente que el veredicto ha sido contrario a la prueba producida.

Los miembros del jurado tienen la obligación de denunciar ante el juez por escrito, a través del presidente, cualquier tipo de presiones, influencias o inducciones externas que hubiesen recibido para emitir su voto en un sentido determinado. Asimismo, están obligados a mantener en absoluta reserva su opinión y la forma en que han votado. Las boletas utilizadas para la votación deben ser destruidas de inmediato una vez obtenido el veredicto, cuidando que no tomen conocimiento de ellas personas ajenas al jurado.

Una vez que se logra el veredicto, el jurado es convocado de inmediato a la sala de la audiencia, a fin de que su presidente lea lo resuelto. De acuerdo al veredicto, se declara al acusado, en nombre del pueblo, culpable o no culpable. Con este pronunciamiento finaliza la intervención de los jurados.

LA PENALIDAD EN LAS FRONTERAS

El castigo es una institución social compleja, que refleja no sólo la idea instrumental del control social, sino también la moralidad social asentada en los valores de una comunidad que se ven alterados por la infracción del autor del delito, lo que conlleva –tal como lo sostiene Durkheim– al refuerzo de la solidaridad social. El castigo debe ser considerado como expresión de valores, sensibilidad y moralidad social más que como un medio para lograr un fin penitenciario (exclusión del “delincuente”, resocialización, prevención general ante una amenaza a la comunidad a fin de reforzar la norma, lisa y llana retribu-

ción, etc.). En este sentido, la administración del castigo manifiesta las fronteras internas de un Estado compuesto por sectores diversos e individuos distintos,⁴ atravesados por la moral hegemónica que impone la norma estatal. Como advierte David Garland:

Que un Estado le aplique un castigo a algunos de sus ciudadanos tiene el carácter de una guerra civil en miniatura: muestra a una sociedad enfrascada en una lucha interna. Y si bien en ocasiones esto puede resultar necesario, nunca será más que un mal necesario. El castigo es una expresión moral y no algo meramente instrumental.⁵

La penalidad actualiza el concepto de frontera en un doble sentido. Por un lado, las fronteras se manifiestan entre los diversos Otros dentro del nosotros de una comunidad concreta. Diversos Otros estatuidos a partir de diferencias de clase, género, origen étnico, etcétera, como identidades disímiles que constituyen una supra identidad, de algún modo impuesta por razones históricas, sociopolíticas y económicas que nos trascienden, como lo es el Estado nacional representado por la norma fundamental que encarna la Constitución. Estos diversos Otros ingresan a la estructura del sistema de la penalidad al integrar el jurado popular, aquella institución destinada a juzgar a quien se encuentra acusado de cometer un delito y, por tanto, acusado de haber lesionado bienes primarios de la comunidad de la que forman parte estos Otros.

Además, la penalidad se manifiesta en las fronteras del Uno (el buen ciudadano, el buen vecino) versus el Otro (el delincuente). Esta dico-

4. Tal como lo propone Levinas, Emmanuel (*Totalidad e Infinito. Ensayo sobre la exterioridad*, Salamanca, Ed. Sígueme, 1977) y lo sostiene luego Dussel, Enrique (*Filosofía Ética Latinoamericana I, Presupuestos de una Filosofía de la Liberación*, México D.F., Edicol, 1977, p. 120); lo distinto indica la diversidad y no supone unidad previa: es lo separado, no necesariamente procedente de la identidad originaria. La diferencia supone la unidad: lo Mismo, procedente de la identidad que como Totalidad los comprende. La alteridad en la historia de la metafísica occidental fue entendida como un despliegue interno que es solamente una escisión de sí, un ponerse a sí mismo como otro. Ser otro es un momento del movimiento dialéctico: “la negación, no ya como la nada abstracta, sino como un ser determinado, es un algo; es el ser como otro”. Lo Mismo designa una ontología de la identidad o “dialéctica monológica” que se constituye por un movimiento entre dos instancias: la identidad y la diferencia. A ella opondrá la *distinción* cuya noción principal es la analogía. Se trata de una analéctica dialógica. Lo diferente es lo arrastrado desde la identidad, indiferencia originaria o unidad hasta la dualidad.

5. Garland, David, *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*, México D.F., Siglo XXI, 1999, p. 338.

tomía nos interpela: ¿qué estamos haciendo mal como sociedad o qué sistemas informales están fallando en el control del delito en la comunidad donde se manifiesta la infracción a la ley penal como representación de la infracción al pacto social? Visto desde otra perspectiva, ¿en qué medida necesitamos de esos Otros para reafirmar la pertenencia del Uno al Nosotros?

Esta frontera está dada por la exclusión del Otro como individuo des-sujetado por el Estado en instancias previas a la comisión del delito,⁶ y por la consecuente exclusión del Otro por parte de los conciudadanos y miembros de la comunidad a partir de la estigmatización del Otro como delincuente, una vez que es declarado culpable por los operadores del sistema penal.

LA EXPERIENCIA DE PARTICIPAR COMO MIEMBROS DEL JURADO POPULAR EN LA PROVINCIA DE NEUQUÉN

De las encuestas realizadas a los integrantes de los jurados populares en la primera circunscripción de la provincia de Neuquén, se recoge la siguiente información:⁷ de 267 integrantes correspondientes a 17 juicios por jurados (204 titulares y 65 suplentes) realizados desde la entrada en vigencia de la nueva ley procesal (el 14 de enero de 2014) al 15 de septiembre de 2015, en relación con la edad de los participantes, el 27,14% corresponde a personas de 31 a 40 años; el 26,77%, de 18 a 30

6. Butler, Judith (*¿Quién le canta al Estado Nación? Lenguaje política, pertenencia*, Buenos Aires, Paidós, 2009, p. 66) nos recuerda que la expulsión puede darse dentro de un territorio nacional cuando se da en forma de desposesión. Lo que distingue la expulsión del encierro depende de cómo se trace el límite de ese territorio. El poder soberano se ejerce paradigmáticamente a través de la capacidad de arrojar una parte de la población, a un estado (no a un Estado) exterior a la comunidad política, que Agamben (1998) describió como “nuda vida”, concebida como vida desnuda, desprotegida, expuesta a la violencia estatal. Entonces, aun antes del encierro carcelario, esas vidas se hallaban abandonadas, expulsadas y confinadas a la vez, como una vida saturada de poder desde el momento en que ha quedado privada de la ciudadanía efectiva.

7. Se enuncian las categorías, estadísticamente relevantes para el objeto de este análisis, por lo que la suma de las variables no arroja 100%. El material fue obtenido de las estadísticas remitidas por la Oficina Judicial del Poder Judicial de la provincia de Neuquén, en septiembre de 2015, sobre la base de los juicios por jurados realizados en la primera circunscripción desde la entrada en vigencia de la Ley N° 2784.

años; el 21,19%, de 41 a 50 años; el 16,36%, de 51 a 60 años; el 7,43 %, de 61 a 70; mientras que el 1,12%, de más de 70 años.

En relación con el lugar de residencia, el 69,14% corresponde a la ciudad de Neuquén, mientras que el 30,1% restante está compuesto por distintas localidades adyacentes a la ciudad de Neuquén.

Respecto al nivel de estudios, el 24,91% posee estudios secundarios incompletos; el 20,45%, estudios secundarios completos; el 14,50%, estudios universitarios incompletos; el 11,90%, estudios primarios completos; el 8,92%, estudios universitarios completos; el 7,06%, estudios terciarios completos; el 6,69%, estudios terciarios incompletos; el 4,46%, estudios primarios incompletos; mientras que el 0,74% no posee estudios.

Por actividad laboral, los porcentajes se distribuyen de la siguiente forma: el 31,23% trabaja en relación de dependencia de carácter privado; el 18,59%, en relación de dependencia de carácter público; el 11,90% está compuesto por autónomos; el 9,29% se desempeña como ama de casa; hay 7,81% de desocupados y 7,20% de jubilados.

El 77,70% de los participantes no ha sido víctima de ningún delito; el 63,20% no poseía conocimientos de procedimiento penal; el 40,52% poseía una opinión regular de la justicia penal; mientras que el 39,41%, una opinión buena; sólo el 8,18%, muy buena; y el 5,58%, mala.

En relación con la reacción al recibir la notificación para participar como integrante, al 40,15% le generó inquietud; al 30,48%, aceptación; al 13,75%, satisfacción y al 10,04%, rechazo. El 75,46% no pensó en excusarse de ser miembros del jurado.

Ante la audiencia de selección de integrantes del jurado, el 51,30% se sintió bien; el 31,97%, muy bien; el 12,64%, regular; mientras que el 2,97%, mal. Para el 76,58% la información recibida en esa audiencia fue suficiente.

El 91,70% no tuvo dificultad en el desarrollo de las audiencias del debate y el 74,72% no tuvo dificultades para comprender las exposiciones de las partes, testigos y peritos.

Durante la deliberación del jurado (realizada por 204 miembros titulares), el 89,22% pudo exponer sus conclusiones y el 79,41% sintió que contribuyó con su aporte a la solución del caso. El 90,69% no tuvo dificultad durante la deliberación y hasta la emisión del voto en el cumplimiento de su rol como integrante del jurado. Al 54,32% le resultó una

experiencia muy positiva; al 36,60%, positiva; al 3,77%, regular; mientras que sólo al 1,89%, muy mala.

El 50,19% no cambiaría nada, mientras que el 17,36% modificaría los tiempos solicitados para la función. El 66,04% considera que el sistema de juicio por jurados populares ofrece suficientes garantías a las partes.

LA TEORÍA DE LA ACCIÓN COMUNICATIVA APLICADA A LOS JURADOS

El procedimiento de sorteo y selección de los miembros del jurado, así como las instrucciones que aquellos reciben para deliberar y resolver en consecuencia, fijan la pauta de la igualdad recíproca de los ciudadanos que lo integran y su neutralidad frente a las partes del conflicto (acusado y víctima), lo que se denomina “imparcialidad”. Exige un ejercicio de superación del interés privado del individuo y de su voluntad particular para afirmar una voluntad general, resultante de la deliberación racional que abreva del suelo de creencias y valores de los miembros de la comunidad afectada.

El suelo de la decisión que adopta el jurado es la deliberación entre pares e iguales, en condiciones simétricas encaminadas a la obtención de un consenso que legitime la aplicación de la ley al caso.

La teoría de la acción comunicativa sostenida por Habermas resulta un medio para acercar los reclamos del comunitarismo y no perder de vista que la razón práctica necesita del contexto del bien definido en sociedades históricas. Así, el kantismo reducido a la moral que Habermas denuncia en Rawls es conciliado con el Hegel defensor de la ética.⁸ El universalismo de los principios jurídicos se refleja en un consenso procedimental que ciertamente ha de verse inmerso, al modo de un patriotismo constitucional, en el contexto de una cultura política históricamente determinada.

El jurado aprecia la prueba desde su íntima convicción y sentido común, no obstante lo cual la praxis deliberativa del jurado está sometida a la ley y al derecho, que ingresan al debate a partir de las instrucciones recibidas por parte del juez técnico a modo de legislador

8. La teoría habermasiana vislumbra la tensión entre la moral universal de Kant y la ética conectada a cada sociedad particular de Hegel.

roussonian, por lo que su racionalidad remite a la legitimidad del derecho válido. Esta, a su vez, depende de la racionalidad de un proceso legislativo que, bajo las condiciones de la división jurídico-estatal de poderes, no queda librada a la disposición de los miembros del jurado.

Tal como nos lo recuerda Carlos González Peña,⁹ resulta decisivo el giro operado por Habermas en *Facticidad y validez*, donde reconoce la importancia del Derecho como vía que asegura las condiciones de un posible diálogo racional. Pero el carácter procedimental y formal no basta para legitimar el derecho positivo. Un estudio del constitucionalismo y su evolución, con un análisis del denominado “derecho de gentes”, es lo que conduce a Habermas a ver en el Derecho la vía procedimental para asegurar una razón legitimadora de los derechos del hombre. En esta razón se forman nexos de integración entre voluntades particulares que legitiman, al mismo tiempo que son modelados por la realidad legal del Derecho, que se mueve siempre entre la facticidad y la validez.

Ni la ley por sí sola, ni el legislador por sí solo, ni la voluntad por sí sola: el juego de una interacción continua entre legislación emanada de una autoridad y una voluntad política que se expresa por los canales de una sociedad legislada y legalizada como manifestación de agentes racionales y libres, que se mueven por un sentido universalizable de la justicia, da lugar a la concepción moderna del Derecho en el ámbito de las sociedades desacralizadas o laicas.

Habermas se aproxima a Rawls en la idea de que la razón, en su uso práctico y político, como indicara Rousseau, necesita del concurso colectivo, al mismo tiempo que es autónoma. En este intento de ligar a Rousseau con Kant se mueve todo pensamiento, que no puede dejar de ser paradójico, que se enfrenta con la cuestión que confronta la racionalidad de la ley con la libertad y a ambas con la cuestión de la justicia.

La “posición originaria” de Rawls o la “comunidad ideal de diálogo” de Habermas no son más que la representación de un ideal de justicia que busca trasladar el sentido interno de justicia –que apela a la autonomía moral y supone la capacidad del libre uso de la razón en el trato igual y equitativo entre todos los agentes morales, racionales y libres

9. González Peña, Carlos, “Sobre la relación entre derecho y moral en una democracia”, en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, vol. 8 (citado el 25 de septiembre de 2015), suplemento especial, agosto 1997, pp. 43-50.

en el marco de la cooperación necesaria para la construcción de la *polis* humana– y el perfeccionamiento cívico-moral.

Tanto Rawls como Habermas favorecen, como resulta evidente, una vinculación entre ética y democracia, y sus teorías pueden ser examinadas como poderosas argumentaciones en favor de las instituciones democráticas. Rawls justifica las instituciones democráticas porque sus principios equivaldrían, de una manera relevante, a aquellos que las personas racionales acordarían para cooperar entre sí en condiciones de imparcialidad. Habermas, por su parte, sugiere que las instituciones jurídicas de la democracia favorecen el debate moral en condiciones cercanas a aquellas que define idealmente la ética discursiva.

En sintonía con su teoría de sociedad en dos niveles –sistema y mundo de la vida–, su teoría normativa necesita un complemento fáctico que, residente en el poder político, es menester poder incluir dentro de un modelo de democracia que recoja la vieja inquietud de moralización de la práctica política.

Habermas sostiene la distinción de moralidad y eticidad, y pretende sumar a la dimensión privada de la autonomía la dimensión pública: la capacidad de participar activamente en la formación de la voluntad política efectiva, lo que permite un acceso a la esfera pública a todos aquellos grupos que se consideran marginados, oprimidos o lesionados en su respeto y dignidad. Realiza una relectura de su tesis de la colonización del mundo de la vida en el nuevo escenario de la globalización, y propone un modelo federativo que renueve la ética cosmopolita kantiana en un sentido multiculturalista, “postnacional”, que revitalice de este modo la capacidad de decisión y de control por parte de una política moralizada –su modelo de democracia deliberativa– sobre la propia dinámica globalizadora de los sistemas sociales. La moral postconvencional parte de una apropiación crítica de las tradiciones –entendidas como algo que proseguimos aporoblemáticamente, que otros han iniciado y hecho antes que nosotros–, sin caer en un fundamentalismo sobre nuestros propios valores adscriptos, a una tradición en particular, para lograr, en la distancia “hipotética” que otorga la posición observador-participante del discurso, confrontarlos con los principios abstractos –y supuestamente universales– de validez de una ética deóntico-discursiva.

Conforme al principio de universalización propuesto por Habermas, una norma moral es válida cuando puede ganar el asentimiento de todos

los afectados. Los partícipes del discurso moral se comprometen en una práctica comunicativa que reconoce la igualdad de todos los partícipes y presupone la aceptación de ese principio, a partir del cual sería posible la justificación racional de normas y principios morales. En el caso del jurado popular, el veredicto es el resultado de esta práctica comunicativa llevada a cabo en la deliberación secreta de sus miembros y constituye la decisión soberana en nombre del pueblo. Allí reside su legitimidad.

EL VEREDICTO POPULAR DESDE LA OPCIÓN REPUBLICANA DE ROUSSEAU

Charles Edwyn Vaughan¹⁰ sostiene que el mérito de Rousseau radica en haber reencontrado la naturaleza racional y moral del hombre en la unión que él mantiene con el cuerpo político, oponiéndose al individualismo abstracto y al liberalismo de Locke. El sentido moral en cuanto deber para con los otros nace sólo con la fundación del Estado, le concierne directamente a la comunidad así organizada y solamente de manera derivada a los individuos. La justicia sólo puede ser garantizada a condición de haber reemplazado la voluntad del individuo por la del conjunto de la comunidad.

Para Rousseau, el hombre civil es sólo una unidad fraccionaria que depende del denominador y cuyo valor está en su relación con el entero, que es el cuerpo social. La educación moral consiste en formar hombres vueltos hacia el bien general.

Por su parte, Cass R. Sunstein¹¹ identifica cuatro rasgos como el núcleo de los temas fundamentales que definen el republicanismo como algo permanentemente actual: el republicanismo piensa la política como un proceso deliberativo, en el cual los individuos participan impulsados por su virtud cívica; su punto de partida es el horizonte de la igualdad política está convencido de la posibilidad de definir por medio del diálogo una noción compartida del bien común y atribuye el

10. Vaughan, Charles Edwyn, *The political Writings of Jean-Jacques Rousseau*, Oxford Basil Blackwell, 1962, pp. 54-55.

11. Sunstein, Cass R., "Beyond the Republican Revival", en *The Yale Law Journal*, XCVII, pp. 1539-1589.

valor más alto a la idea de la ciudadanía activa. Deliberación, igualdad política, bien común y ciudadanía activa.

Esta idea de libertad permite reunir a los hombres y no congregarlos, garantizar su libertad (moral y política) y no su independencia (individual). La persona pública se forma así por la unión de todas las otras y toma el nombre de república o cuerpo político. “La libertad consiste menos en hacer la propia voluntad que en no estar sometido a la de otro; consiste incluso en no someter la voluntad de otro a la nuestra”, dice Rousseau.¹²

La definición de la ley es la piedra angular de este sistema republicano de la libertad. Es poniendo la ley por encima del hombre, haciendo del Estado una *res publica*, la cosa de todos, que puede gobernarse a los hombres sin hacerlos dependientes los unos de los otros. Sólo hay libertad por la presencia de los otros y por la ley que sanciona el juicio de la legitimidad de todos sobre la conducta de cada uno. La ley introduce la libertad de todos y cada uno. La libertad como sujeción a la ley transforma al hombre en ciudadano. En lugar de conducirse por su propio juicio, el hombre conforma sus actos al juicio público de la ley:

... cuando el pueblo entero delibera sobre todo el pueblo, no respeta más que a sí mismo y si se forma entonces alguna relación, es la del objeto entero bajo un punto de vista con el objeto entero bajo otro punto de vista, sin que haya división de la totalidad. Entonces la materia sobre la que se estatuye es general como la voluntad que estatuye. Es este acto el que yo llamo una ley.¹³

Como afirma Rousseau: “Un pueblo libre obedece, pero no sirve, tiene jefes y no amos; obedece a las leyes”.¹⁴

Para los republicanos, la cuestión de la libertad es mucho menos la de la posibilidad o no de mis acciones que la de su legitimidad o su ilegitimidad, confundida, bajo el reinado de la ley, con la de su legalidad. El fundamento de la ley no es el simple consenso, sino su equidad, porque no es un puro formulario sobre el cual ponerse de acuerdo, sino un valor

12. Rousseau, Jean-Jacques, *Cartas escritas desde la montaña*, VIII, en *Obras Completas*, vol. III, p. 841. “Quienquiera que sea amo no puede ser libre y reinar es obedecer”.

13. Rousseau, Jean-Jacques, *Contrato Social*, II, VI, en *Obras Completas*, vol. III, p. 379.

14. Rousseau, Jean-Jacques, *Cartas escritas desde la montaña*, VIII, *Obras Completas*, vol. III, p. 842.

con el cual comprometerse. Por otra parte, este valor debe ser discutido y reconocido. Para los republicanos no se trata tanto de saber si otro puede o no interferir en mis acciones (cuál es el espacio de libertad y cuáles son sus límites), sino si tienen el derecho de hacerlo (cuál es la profundidad de ese espacio y cuáles son las condiciones de su significado).¹⁵

Esta definición de la libertad en la ley reconocida por todos abarca una filosofía de la deliberación,¹⁶ que articula una filosofía de libertad y una filosofía del habla pública, ya que “deliberar” es volverse libre al formular una decisión en el debate. En palabras de Rousseau: “Cuanto más importantes y graves son las deliberaciones, tanto más la decisión que prevalece debe acercarse a la unanimidad” (*Obras Completas*, III, p. 441).

Lo que generaliza la voluntad es menos el número de votos que el interés común que los une: porque en esta institución cada cual se somete necesariamente a las condiciones que él impone a los demás; admirable acuerdo de interés y de la justicia que da a las deliberaciones comunes un carácter de equidad que vemos desvanecerse en la discusión de todo asunto particular (...) ¿qué es, pues, con propiedad un acto de soberanía? Una convención del cuerpo con cada uno de sus miembros: convención legítima porque ella tiene por base el contrato social; equitativa porque es común a todos; útil porque no puede tener otro objeto que el bien general y sólida, porque tiene por garante la fuerza pública y al poder supremo.¹⁷

Rousseau sostiene que ser hombre es ser libre, con todos, por todos y para un sí autónomo que ya no está confinado en la subjetividad del yo. El paradigma de la libertad republicana que involucra una definición conjunta del individuo, del Estado y de la libertad. El individuo es un sujeto de derecho y de la libertad con capacidad para determinarse

15. Rueff, Martin, *Radical, separado. La antropología de Jean-Jacques Rousseau y las teorías contemporáneas de la justicia* (traducción de Rodrigo Molina-Zabalía), La Plata, Unipe Editorial Universitaria, 1ª edición, 2014, p. 141.

16. “Si, cuando el pueblo suficientemente informado delibera (...) del gran número de pequeñas diferencias resultaría siempre la voluntad general y la deliberación sería siempre buena. Pero cuando se hace por medio de maniobras, asociaciones parciales a expensas de la mayoría, la voluntad de cada una de estas parcialidades llega a hacerse general en relación a sus miembros y particular en relación al Estado, puede decirse entonces que ya no hay tantos votantes como hombres, sino solamente tantos votantes como parcialidades” (*Contrato Social*, II, III, p. 371).

17. Rousseau, Jean-Jacques, *Contrato Social*, II, IV, *Obras Completas*, vol. III, p. 374.

racionalmente; su humanidad es un programa que no puede mantener fuera de la comunidad de los hombres. Nuestra capacidad de ser agentes libres –es decir, hombres que eligen con conocimiento de causa entre dos alternativas y que son capaces de dar razones en apoyo de sus elecciones y de discutir las– permanece tributaria de un tipo de sociedad política.¹⁸ Este individuo ya no es el *homo oeconomicus* de los liberales, sino un ciudadano.¹⁹

La ley instauro la comunidad de la libertad. Ser libre es hallarse asociado a los demás contra las interferencias de las cuales somos protegidos por un sistema jurídico que prohíbe todo atentado a los derechos. La libertad debe ser común (implica la presencia de otros) e igual.²⁰ Es justamente la imputación de un delito a un conciudadano, como afectación de bienes sociales protegidos por la ley penal en nombre del pueblo (que representa el atentado a los derechos de los individuos que integran una comunidad dada), lo que habilita a los jurados populares a decidir la responsabilidad de ese conciudadano frente a la infracción a la ley que protege a la comunidad toda. La asignación de responsabilidad del transgresor al orden social es la que le permite –cumplida la sanción consecuente– compensar su culpa y reintegrarse a la sociedad con sus pares, en igualdad de condiciones.

El modelo jurídico-liberal ha promovido la definición negativa de la libertad medida por la ausencia de toda intromisión de otro en mi esfera de acción. Con el revisionismo republicano, la libertad ya no se presenta como libertad negativa ni como libertad positiva; si la libertad negativa se define como una libertad de no-interferencia, la libertad republicana es en adelante definida como no-dominación. La libertad republicana da cuenta no sólo de las interferencias reales, sino también de las interferencias potenciales: la libertad como anti-poder. La regulación legal del jurado popular recoge esta limitación potencial a la autonomía moral y política de los jurados, obligándolos a denunciar todo tipo de presiones, influencias o inducciones externas que hubiesen recibido para emitir su voto en un sentido determinado.

18. Rousseau, Jean-Jacques, *Obras Completas*, op. cit., IV, pp. 936-937.

19. Rousseau, Jean-Jacques, *Obras Completas*, op. cit., III, pp. 360-362.

20. Rueff, Martin, op. cit., p. 150.

Se trata de garantizar que el veredicto popular quede librado de toda dominación que corrompa el proceso deliberativo.

El veredicto como acto de soberanía popular debe ser el resultado de una deliberación racional ajustada a la ley. En este sentido manifiesta el díptico del gobierno de la ley y de la soberanía popular, y ordena una definición de la virtud cívica como afirmación del interés público sobre los intereses particulares. La virtud que la república exige de sus magistrados y de sus ciudadanos es exactamente la virtud cívica, idéntica en lo sustancial en los gobernantes y en los gobernados.

Por otra parte, el gobierno de la ley, en el caso de los jurados, se instaure a través del juez profesional que dirige el juicio y explica el derecho aplicable al caso a los miembros del jurado mediante las instrucciones (en torno a las cuales gira la deliberación). La figura del juez encarna a la del “legislador” de Rousseau: “la imagen rousseauiana de la gran política se identifica con el arte casi mágico del legislador que transforma una multitud en pueblo y funda instituciones capaces de perdurar a través de los siglos”.²¹

El veredicto del jurado popular instituye la ley del caso como ley situada en la coyuntura sociocultural de la comunidad perturbada por la acción criminal, representada por las distintas subjetividades que integran el jurado. En esta ley concurren las conciencias de los participantes como manifestación del aspecto subjetivo de la ley. Cada conciencia abreva de la experiencia histórica cultural que constituye su identidad personal. Se trata de una conciencia fenoménica del ser, diametralmente opuesta a la conciencia kantiana (nouménica) del deber ser. Rousseau afirma que la conciencia es la voz que debe permitir una coincidencia universal sobre el bien. Es ella un principio de universalidad, una facultad universal para juzgar. “Hay, pues en el fondo de las almas, un principio innato de justicia y de virtud, sobre el cual, a pesar de nuestras propias máximas, juzgamos nuestras acciones y las de los demás como buenas o malas”.²² Mientras que el sujeto de lo justo alcanza lo universal por la deliberación racional, el sujeto del bien llega a lo universal por el sentimiento que

21. Rueff, Martin, *op. cit.*, p 163.

22. Rousseau, Jean-Jacques, *Obras Completas, op. cit.*, IV, p. 598.

marca los límites mismos de la razón. Cuando la conciencia juzga, sus juicios son sentimientos.²³

Puede afirmarse que la conciencia de los miembros del jurado, a partir de la prueba rendida en el juicio, se identifica con el sistema de valoración de la prueba, denominado “íntima convicción” prescripta por la ley de procedimientos para el caso del jurado popular. La confluencia entre la conciencia de cada uno de los miembros (como coincidencia universal sobre el bien) y la deliberación racional guiada por las instrucciones del caso es lo que permite arribar al consenso necesario para adoptar un veredicto que se instituya en ley del caso, legitimando en este proceso la aplicación del castigo legal o su absolución.

El veredicto representa la resolución de la voluntad general que recoge las valoraciones singulares de cada miembro en función del entorno social y cultural y supera la mera suma aritmética de voluntades particulares de individuos abstractos, atomizados. Asimismo, el veredicto supera la mirada universalista de la ley penal que sistematiza las afectaciones a los bienes sociales generales de una sociedad, en cuanto materializa una comprensión situada en la comunidad concreta donde se proyecta la infracción, desde los diversos actores que encarnan los intereses vitales de la comunidad.²⁴

El jurado como forma de asociación es siempre una forma singular, un individuo, pero el individuo mismo es un todo más o menos complejo de elementos compuestos bajo ciertas relaciones. La política es una composición de correlaciones de potencia en totalidades singulares transindividuales, imbricadas unas en otras. El universo

23. Rousseau quiere mantener lo justo entre lo legal y lo bueno. No hace de la política el lugar de promoción de una tesis sobre el bien, pero rechaza que la justicia del Estado sea indiferente a la cuestión del bien.

24. “El jurado es una institución paradigmática de la sociedad política, donde los individuos actúan colectivamente por mandato del Estado para mediar entre las leyes y las acciones de la sociedad civil. Los jurados están involucrados en la gobernabilidad. En tal sentido, los investigadores han reconocido largamente a los jurados como cuerpos políticos, al demostrar cómo nuestros valores fundamentales moldean nuestros juicios. El sistema de jurados actúa de tal manera que convoca a ciudadanos particulares a la sociedad política para ejercer el poder oficial del Estado, y así provee una oportunidad excepcional de educar a los ciudadanos que lo integran en los roles y en las responsabilidades de la ciudadanía democrática” (Gastil, John, “Entre el Estado y la sociedad”, en Hans, Valerie, *El juicio por jurados. Investigaciones sobre la deliberación, el veredicto y la democracia*, op. cit., pp. 151-153).

sociopolítico es un universo relacional de esencias singulares constituidas en un proceso perpetuo de variaciones de las relaciones. Cada juicio exige una constitución distinta del jurado, lo que aporta más dinamismo y espontaneidad a las asociaciones, impide cristalizar formas de dominación (tanto externas como internas a la asociación) y garantiza la igualdad recíproca de los miembros. Las buenas instituciones sociales son aquellas que mejor saben desnaturalizar al hombre, quitarle su existencia absoluta para darle una relativa y transportar el yo a la unidad común.²⁵

CONCLUSIÓN

El jurado popular instaaura un espacio público que se filtra en la administración del castigo, al fragmentar el ejercicio del poder de las elites estatales tradicionalmente encarnadas en los jueces profesionales. En este proceso se restituye protagonismo a los ciudadanos para resolver cuestiones de orden público que, por su trascendencia, los compromete, al tiempo que requiere asumir la responsabilidad de juzgar a sus pares desde sus propias perspectivas socioculturales, singulares, reunidas bajo el imperio de la ley. Esta se constituye en el universal aglutinante que fusiona la libertad moral con la libertad política, y en esta unión convierte a los individuos en ciudadanos de su comarca y los convoca como cuerpo político. La decisión instituye un universal situado en el horizonte de la comunidad en la que se produjo la afectación de bienes sociales primarios. Esta universalidad singular, que representa la idea de espacio público, es retomada por Arendt,²⁶ quien propone reformular la universalidad en términos de reversibilidad de las perspectivas y búsqueda de comprensión del punto de vista de los otros.²⁷

25. Rueff, Martin, *op. cit.*, p. 197.

26. Arendt, Hannah, "The Crisis in Culture: Its Social and Its Political Significance", en *Between Past and Future: Six Exercises in Political Thought*, Nueva York, Meridian, 1961, pp. 220-221.

27. A partir del "pensamiento ampliado" de Hannah Arendt: comunicación anticipada con otros con los que sé que tengo que llegar finalmente a algún tipo de acuerdo, poder de juzgar sobre un acuerdo potencial con otros, en cuyo lugar uno debe situarse para pensar y cuya perspectiva debe tomar en consideración, sin los cuales nunca tiene la oportunidad de operar.

Nuestra identidad se define en diálogo con las cosas que nuestros otros significantes desean ver en nosotros y a veces en lucha con ellas. Por lo tanto, cobra especial relevancia el reconocimiento del otro y nuestra condición potencial de iguales (dignidad). Aquí, una vez más, emerge la problemática de la política de la Igualdad/Universalismo frente a la política de la Diferencia, lo que Charles Taylor²⁸ cree resolver a través de una equilibrada reciprocidad (Rousseau) e igual respeto a las diferentes ideas de la vida buena (multiculturalismo o pluriculturalismo). La universalización de la presunción de valor de cada cultura resulta una extensión de la política de la dignidad.²⁹

Nos han venido entrenando para dominar a otros entes, y no para dialogar con ellos. Nos volvimos sordos (...) nos alejamos del signo diferencial de nuestra dignidad humana buscando reemplazarla por el éxito en una competencia en una posición central en el podio de la lucha por el dominio de todos los entes (...) sólo reemplazando el saber de *dominus* por el de *frater* podemos recuperar la dignidad humana.³⁰

El jurado popular recoge la interculturalidad como mecanismo institucional y estructural a nivel político y social, capaz de lograr la “unidad en la diversidad” en un ejercicio de democracia incluyente. Se trata, entonces, de construir un universalismo pluritópico, situado, vivo, dinámico y móvil, anclado en el principio de cooperación comunitaria, que deconstruya las falsas totalidades y construya una nueva forma de convivencia ciudadana en diversidad para alcanzar el buen vivir.

Como lo señala Seyla Benhabib,³¹ es posible una defensa posilustrada del universalismo, sin apuntalamientos metafísicos ni presuntuosidad histórica. Un universalismo interactivo, conocedor de las diferencias entre géneros, sensible al contexto y no indiferente a las situaciones,

28. Taylor, Charles, *Multiculturalismo y la política del reconocimiento*, FCE, México, 1993.

29. Presunción de valor y no juicio de valor, que de por sí requiere una “fusión de horizontes”, al decir de Gadamer (*Verdad y método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, Salamanca, Sígueme, 1975), mediante el desarrollo de nuevos vocabularios de comparación que permitirán la transformación de nuestras normas. En este mismo sentido, Foucault y Derrida afirman que todos los juicios de valor se basan en normas que en última instancia fueron impuestas por las estructuras de poder que, además, confirmaron.

30. Zaffaroni, Raúl, *La pachamama y el humano*, Buenos Aires, Ediciones Colihue, 2012, pp. 126-134.

31. Benhabib, Seyla, *El Ser y el Otro en la ética contemporánea*, Barcelona, Gedisa, 2006.

capaz de superar las ilusiones de una razón transparente y autojustificada, de un sujeto incorpóreo situado más allá de toda contingencia histórica-cultural. Es posible pasar de un concepto sustancialista de la racionalidad a otro de carácter discursivo-comunicativo, que reconozca sujetos como criaturas finitas corporeizadas y frágiles que se construyen de modo narrativo,³² como seres sociales capaces de habla, interacción y conocimiento, competentes para proyectar una narrativa al mundo de la que no sólo son autores, sino también actores, lo que reformula el punto de vista moral como el logro contingente de una forma interactiva de racionalidad.

El desafío real del jurado popular reside en su potencia para desplegarse como espacio público donde habiten todos los espacios socioculturales que, aunados como cuerpo político bajo el gobierno de la ley, ejerzan la responsabilidad de juzgar a sus pares y de legitimar en ese proceso el sistema penal.

32. En este sentido, Paul Ricoeur (1993) interpreta a la persona en la triple mediación de la acción, el lenguaje y la narración, para dar fundamento a su constitución ética.

EL VOIR DIRE CLAVES PARA LOGRAR UN JURADO COMPETENTE, INDEPENDIENTE E IMPARCIAL

Por Guillermo Nicora*

El derecho a un jurado está previsto para todos los acusados de un delito a fin de evitar abusos del Estado. Quienes redactaron nuestras constituciones conocían la historia y tenían la experiencia necesaria para procurar evitar acusaciones infundadas que pretendieran eliminar enemigos del Estado y combatir la existencia de jueces que respondieran a la voz de la autoridad. Los redactores de las constituciones lucharon por crear una justicia independiente pero insistieron en la protección contra las acusaciones arbitrarias (...). El derecho a ser juzgado por jurado... refleja una decisión fundamental sobre el ejercicio del poder, esto es, la negativa a colocar plenos poderes sobre la vida y la libertad de los ciudadanos en manos de un juez o un grupo de jueces.

Suprema Corte de los Estados Unidos,
“Duncan vs. Louisiana”, 391 US 145 (1968)

RESUMEN

Partiendo de la exigencia convencional de garantizar a cada persona sometida a juicio un tribunal competente, independiente e imparcial (Convención Americana sobre Derechos Humanos, en adelante CADH, art. 8.1), y los consecuentes desafíos implícitos en un juicio por jurados, el autor se enfoca en la etapa de *voir dire* (interrogatorio a los candidatos a jurados). Este artículo repasa la jurisprudencia internacional, las principales investigaciones empíricas sobre el tema, y algunas experiencias locales recientes para proponer un modelo de trabajo

* Docente e investigador de la Universidad Atlántida Argentina; miembro de la Asociación Argentina de Juicio por Jurados y de INECIP; capacitador y formador de capacitadores en litigación oral en Argentina y Latinoamérica; Agente Fiscal del Departamento Judicial Mar del Plata.

puramente adversarial, que procura combinar calidad de resultados, eficaz ejercicio de los derechos, respeto a los potenciales miembros del jurado y un eficiente uso del tiempo.

INTRODUCCIÓN

En un país signatario de la Convención Americana de Derechos Humanos sólo es posible someter a juicio a una persona ante un tribunal “competente, independiente e imparcial” (CADH: 8.1). Ciertamente, es profusa y recurrente la discusión sobre los mecanismos utilizados para la designación, permanencia y remoción de jueces profesionales, y el grado en que esos mecanismos permiten (o no) acercarse a ese estándar. Y quien siga esa discusión sabrá que a lo largo de toda la región latinoamericana, las opiniones sobre el rol de los Consejos de la Magistratura o Judicatura tienden a oscilar entre la desilusión y el escepticismo.

Esas discusiones sobre la competencia, independencia e imparcialidad de los tribunales comienzan ahora a enriquecerse y renovar su enfoque porque tras un largo siglo y medio de hibernación, varias de las provincias que componen la República Argentina comenzaron a avanzar hacia el cumplimiento de la categórica manda del artículo 118 de la Constitución: “Todos los juicios criminales ordinarios (...) se terminarán por jurados”.

No intentaremos aquí demostrar las razones por las que entendemos que el jurado popular resulta muy superior al tribunal de jueces profesionales (e incluso al escabinado) a la hora de garantizar competencia, independencia e imparcialidad.¹ Preferimos enfocarnos en analizar el

1. Francesco Carrara (acaso la pluma máxima del Derecho Penal liberal) sentenció en su *Programma*: “Dios nos libre de los jueces a sueldo”. En el mismo sentido (pero sin el inflado discurso del apasionado maestro de Pisa), dijo Ricardo Cavallero al exponer en el Congreso Internacional de Juicio por Jurados en Materia Penal (La Plata, 1997): “O el poder de juzgar lo tienen en exclusiva funcionarios predispuestos por el Estado o este poder lo habrán de compartir con ciudadanos comunes. Obviamente sirve para dirimir en favor de estos últimos, a favor de la sociedad esta cuestión. Así es que viene en el sentido histórico que nos marca Octavio Paz cuando dice que la modernidad se caracteriza sumariamente por devolver a la sociedad la iniciativa que le fuera arrebatada por el Estado. Ya en el plano procesal penal Foucault nos propone devolver a la gente común la composición de los conflictos que le fuera expropiada por el Estado. Desde el plano de la criminología no faltan voces críticas como la de Louk Hulsman cuando propone desprofesionalizar a

modo por el cual se puede alcanzar el más alto grado de superación de tales exigencias a la hora de la conformación de un jurado.

Nos dedicaremos al jurado popular clásico (no escabinado), ya que, con la sola excepción de Córdoba, es el sistema elegido por todas las demás provincias, en sus legislaciones vigentes, en vacancia legal, en trámite parlamentario y en proceso de discusión. También el jurado clásico es la opción definida en los proyectos presentados en el Congreso de la Nación para cumplir de una vez y para todo el país la manda del artículo 24 de la Carta Magna.

No será este (el tipo de jurado) el único recorte del tema. La integración de un jurado es un proceso largo y complejo, que se inicia (mucho antes del juicio en sí mismo) por la determinación de la lista base de ciudadanos (en nuestro país solucionamos con facilidad el tema recurriendo al padrón electoral, pero en otras jurisdicciones, construir una base igualitaria que sea una justa representación de toda la sociedad es un problema de difícil solución), sigue por la regulación legal sobre requisitos y causales generales de exclusión (por ejemplo, funcionarios, abogados, ministros de culto, personas condenadas, etc.), la reducción de la base general a una lista transitoria preconstituida y disponible para los tribunales (generalmente por un sorteo anual), y el sorteo de las personas que son efectivamente convocadas como potenciales jurados en un caso determinado. Tampoco nos ocuparemos de nada de esto en este artículo,² sino que nos concentraremos en el *voir dire*, el momento de todo el proceso en que los litigantes y el juez deben tomar decisiones, poniendo en juego conocimientos y destrezas específicas, que intentaremos analizar aquí.

la justicia, porque dice que una justicia sin participación popular termina operando como los *flippers*, esas máquinas de los bares, que actúan conforme a su propia lógica que nada tiene que ver con los problemas de la gente concreta”.

2. En un artículo anterior (“Composición e integración del jurado”, publicado en *Revista de Derecho Procesal Penal*, 1, 2014, pp. 195-219) ya he intentado una explicación general de todo el proceso de conformación de un jurado, a través de un análisis comparado de las normas vigentes en las provincias de Neuquén y Buenos Aires, y su crítica.

¿VOIR DIRE O SELECCIÓN DEL JURADO?

Es razonable sospechar cierta afectación de quien utiliza una denominación en otra lengua (*voir dire*) en lugar de decir llanamente “selección del jurado”. Este último término, además de incorrecto,³ es impreciso, ya que el *voir dire* es sólo una parte del proceso de integración del jurado. Podría aceptarse como más preciso hablar de “deselección del jurado” (ya que en definitiva, desde el total de la población hasta los doce ciudadanos que entran a deliberar, se realiza una serie sucesiva de eliminaciones). Sin embargo, ese concepto sigue siendo abarcativo de la totalidad del procedimiento y no podría aplicarse al segmento que nos interesa. Ese es el motivo por el que abogamos por la adopción del término *voir dire*, que –chauvinismos aparte– nos ayuda además a la hora de recuperar la enorme bibliografía en lengua inglesa sobre el tema.⁴

Para describir en pocas palabras en qué consiste el *voir dire*,⁵ digamos que se trata del interrogatorio (hecho por el juez o los litigantes) a las personas convocadas para integrar un jurado, que les permitirá decidir las recusaciones. Los abogados pueden someter a la decisión del juez la recusación de un número ilimitado de candidatos, si logran demostrar que no reúnen las condiciones para servir como jurados en el caso específico.⁶ El juez resolverá todos los casos en que las partes

3. “...muchas personas utilizan el término ‘selección del jurado’ en lugar de *voir dire*, lo que implica de forma errónea que el jurado se selecciona de forma activa. De hecho, el jurado no es ‘seleccionado’, sino que se compone de personas que no fueron rechazadas por un proceso de exclusión”, Suggs, David y Sales, Bruce D., “Juror Self-Disclosure in the Voir dire: A Social Science Analysis”, *Indiana Law Journal* N° 56, 1980, p. 245.

4. Hay otros términos acuñados en el mundo anglosajón que podrían resultar de utilidad, como *jury pool* o *venire* (que denotan el conjunto de personas convocadas para servir como un jurado en un caso determinado) o la propia diferencia entre *juror* (persona que integra un jurado) y *jury* (conjunto completo de miembros del jurado en un juicio). Sin embargo, para no abusar del idioma, nos referiremos a ellos como “conjunto de convocados” o “candidatos a jurado”, “miembro del jurado” y “jurado” o “panel del jurado”, respectivamente.

5. Puede verse una documentada nota sobre el origen del término y del procedimiento para recusación de jurados (que provendría del derecho romano, Lex Servilia de 104 AC) en Zeisel, Hans y Diamond, Shari Seidman, “The Effect of Peremptory Challenges on Jury and Verdict: An Experiment in a Federal District Court”, en *Stanford Law Review*, N° 30, 1977, p. 491, nota 1.

6. Además de las condiciones que cada legislación establece para poder servir como jurado, existe una genérica (y fuente de la mayor parte de disputas a la hora de la

no coincidan en la procedencia de la recusación con causa, además de estar legalmente facultado (y obligado) a excluir de oficio a quienes no reúnan las condiciones legalmente exigidas. Cada parte cuenta también con un número limitado de recusaciones, para las que no necesitan expresar la causa o motivo de su interposición.⁷

Evidentemente, se trata de un momento especial del proceso, en el cual entra en juego, como veremos a continuación, una cantidad de cuestiones alejadas de la tradición procesal de nuestros países, en los que el sistema de recusación y excusación de jueces es notoriamente débil y formalista, regulado (y ejercitado) de un modo marcadamente distinto al que acabamos de describir.

¿POR QUÉ Y PARA QUÉ NECESITAMOS EL *VOIR DIRE*?

El *voir dire* y las instrucciones son posiblemente las dos novedades que más inquietan al abogado que debe enfrentar su primer juicio por jurado.⁸ El último parece ser un problema más fácil de afrontar, dado

recusación con causa), que es la capacidad del candidato para ser imparcial en el caso concreto. Haremos especial hincapié en esta cuestión en lo que sigue.

7. Esto es sólo parcialmente cierto en los Estados Unidos, ya que desde *Batson vs. Kentucky* 476 U.S. 79 (1986), si la defensa logra sentar las bases para sospechar que el fiscal está ejerciendo su derecho a recusar sin causa movido por discriminación racial, el juez le exigirá expresar las razones de sus recusaciones sin causa y demostrar que no hay un sesgo racial. En casos análogos y por idénticas razones, esta excepción podría (debería) llegar a aplicarse en nuestro país.

8. En realidad, la mayoría de los abogados tienen un problema poco reconocido pero aún mayor a la hora de presentar la prueba ante un jurado, que consiste en que la mayoría no ha recibido entrenamiento en técnicas de litigación oral. Eso les dificulta mucho la tarea de presentar la evidencia de un modo interesante y persuasivo sin violar las reglas del litigio. El principal inconveniente es que no han sido suficientemente advertidos sobre la enorme diferencia que implica que la decisión la tome un jurado auténticamente imparcial e independiente, y no un juez que ya leyó el expediente (o que lo leerá, o que será informado de él por sus relatores), y que (como si esto fuera poco) tendrá muy en cuenta los efectos que tendrá sobre su carrera y prestigio la opinión pública –o publicada– sobre el fallo. Ciertamente, estos problemas de baja destreza de litigación (que afectan sobre todo a los fiscales, porque sobre ellos recae la carga de la prueba) se vienen mitigando porque por lo general, los defensores tampoco están entrenados para aprovechar los errores, ni los jueces advierten con facilidad el problema, ya que tampoco ellos dominan las técnicas de litigación y su gravitación sobre el debido proceso. Pero a medida que los tribunales revisores comienzan a trascender el análisis procedimentalista del devenir del juicio y van aplicando los principios rectores que

que, una vez que se entiende la razón de ser de las instrucciones, y cómo funciona el litigio sobre ellas (en la práctica, una audiencia privada entre el juez y los litigantes, precedida del intercambio de borradores de cada parte), los abogados rápidamente comienzan a lograr buenos resultados: el abogado promedio (y ni qué hablar el penalista con estudios de posgrado, que los hay en abundancia) ha sido expuesto durante su formación a un volumen de información sobre dogmática y teoría del delito cercano a la sobredosis, y ciertamente ese conocimiento es decisivo a la hora de desentrañar los problemas jurídicos del caso.⁹

Mucho más complejo, en cambio, es abordar el proceso de integración del jurado, y especialmente el segmento central, que es el *voir dire*. Es que para saber a quién recusar, hace falta saber algo de lo que, por curioso que parezca, nada nos han enseñado durante nuestra formación profesional: el modo en que las personas reaccionan frente a un conflicto y toman decisiones respecto a él (ni hablemos de estudiar psicología, sociología, ni ningún otro abordaje más o menos riguroso de la conducta humana individual y colectiva). Casi nadie ha estudiado durante su carrera, tampoco, la problemática valorativa que subyace a lo jurídico ni el modo en que los prejuicios afectan la toma de decisiones (nunca se lo creyó necesario, bajo la ingenua creencia de que en los fallos que dictan los jueces profesionales no pesan sus esquemas morales y sus prejuicios). Los abogados, por la formación que reciben, tienden a creer que las personas deciden sus asuntos personales siempre en forma racional, haciendo una adecuada ponderación de los estímulos legales y de la relación costo-beneficio, y no ven motivo por el que decidirían de otro modo si se trata de un conflicto ajeno.

Menos aun se trabaja, a la hora de formar abogados, en sus destrezas comunicacionales con las personas que no son abogados (al contrario, se considera un logro pedagógico que los alumnos hablen todo el tiempo en la curiosa jerga de los abogados, incomprensible

bajan directamente de la Constitución y los tratados, el problema se hace más manifiesto. Algo de eso viene ya asomando (con tibieza) en los primeros fallos del Tribunal de Impugnación de Neuquén y el Tribunal de Casación Penal bonaerense.

9. Que luego los litigantes y el juez sean capaces de traducir eso en un conjunto de instrucciones claras para cualquiera, son cinco pesos aparte. Pero los manuales de instrucciones vienen a colaborar mucho con eso, y las personas que han servido como jurados en simulacros y juicios reales coinciden mayoritariamente en que no han tenido problemas para entender las instrucciones legales del juez.

para los legos). Tampoco reciben entrenamiento (y esto parece aun más inconcebible) en las técnicas necesarias para obtener en forma eficaz información *sincera* de las personas que deben entrevistar como parte central de su trabajo. Así que el novel abogado sale a la calle casi imposibilitado de interactuar con personas que no sean sus colegas o profesores (salvo que mientras estudió, haya trabajado en ámbitos no jurídicos donde haya podido desarrollar la destreza). El que adquiera rápidamente la posibilidad de tener diálogos sustanciales y productivos con sus clientes y terceros no abogados, depende de lo afortunadas que sean sus primeras experiencias laborales.

Nada (o casi nada) de la educación formal del abogado es de utilidad a la hora de “deseleccionar” un jurado. Y, por eso mismo, no es posible exagerar la importancia de reflexionar sobre el *voir dire*, y de desarrollar las destrezas requeridas para dilucidar sus objetivos y lograr su concreción.

Ciertamente, las opiniones sobre el *voir dire* a veces terminan siendo algo exageradas: en la introducción de una importante compilación de trabajos sobre el tema, se afirma que existiría “un hecho muy evidente: las personas que constituyen el jurado pueden tener tanto o más que ver con el resultado de un juicio como las pruebas y argumentos”.¹⁰ Otro ejemplo: “Después de décadas de ensayos y tribulaciones, estoy convencido de que el factor principal que determina el resultado de un juicio por jurado es el prejuicio que los miembros del jurado lleven consigo a la corte”.¹¹ Si bien es importante no caer en tales extremos, tampoco es cuestión de irnos a la otra punta del péndulo y creer que poco o nada importa esta etapa.

El proceso de *voir dire* tiene gran importancia porque ni las tradicionales “causales de excusación” taxonómicamente legisladas, ni el azar de un bolillero garantizan la exclusión del panel de jurados de un intolerante, un prejuicioso o un militante moral, que antepondrán sus propios sesgos (muchas veces inconscientes) al peso de la evidencia, y polemizarán con sus colegas del jurado hasta bloquear la decisión, en

10. Kairys, David; Schulman, Jay y Haring, Sidney L. (eds.), *The Jury System. New Methods for Reducing Prejudice*, Cambridge, MA: National Jury Project and National Lawyers Guild, 1975; citado por Hans, Valerie P., “The Conduct of *Voir dire*: A Psychological Analysis”, en *The Justice System Journal*, N° 11 (1), p. 42.

11. Kelner, Joseph, “Jury Selection: The Prejudice Syndrome”, en *Trial*, N° 19, 1983, pp. 48-53; citado por Hans, Valerie P., *op. cit.*

los peores casos. Y el trabajo de los abogados litigantes durante el *voir dire* consiste en identificar a esas personas e impedir que ingresen a la sala de deliberaciones del jurado. Este es el principal motivo por el que existe el *voir dire* y por el que hay que dedicarle el tiempo que sea necesario a su preparación y ejecución.

LOS PROBLEMAS DEL *VOIR DIRE*

Varios son los problemas que presenta el *voir dire*. Los enunciaremos aquí, antes de encarar una propuesta de modelo de trabajo que intente reducir los efectos negativos de esta problemática.

En el principio, era la teoría del caso

Creo necesaria tamaña retórica bíblica para llamar la atención sobre la débil estructura estratégica con que los abogados suelen enfrentar el juicio. El concepto de “teoría del caso” es otra olímpica ignorancia de la educación formal: salvo raras excepciones (que responden a las inquietudes puntuales de algunos docentes, y casi nunca a decisiones curriculares de carácter institucional), no hay ninguna materia ni curso en la carrera que se haga cargo de esta herramienta estratégica crucial de los abogados (penalistas y de los otros).

Si el litigante no tiene clara su teoría del caso, si no conoce cuál es la historia que tiene que contar, si no anticipa cuáles son las posibles teorías del caso de su oponente, caminará a ciegas durante todo el juicio. Y en lo que aquí nos importa, no tendrá un norte para “deseleccionar” miembros del jurado.

Durante el *voir dire*, cada parte procura identificar (para luego excluir del panel final) a las personas que por sus convicciones, su historia vital, sus prejuicios, sus intereses, o por cualquier otra razón, no estén en condiciones de aceptar la teoría del caso que al abogado le toca defender. Y si el abogado no tiene claro los detalles y pormenores de esa teoría del caso que le toca defender, mal puede saber quién la rechazará o por qué.

Por tanto, para saber qué preguntar durante el *voir dire*, lo primero que tiene que hacer el litigante es decidir cuál es su teoría sobre lo que ocurrió (cuál es su teoría fáctica, o más sencillamente, *su historia*), con qué medios de prueba convencerá al juzgador para que diga que es eso (y no otra cosa) lo que sucedió y cuál es la consecuencia jurídica

de esa verdad determinada. Por cierto, esto no es ningún trabajo adicional al necesario para preparar el juicio: la teoría del caso es la hoja de ruta del litigante, y si el abogado no tiene una teoría del caso bien desarrollada, puede suceder que en realidad no tenga un caso, o que no está trabajando racionalmente.

Una vez que el litigante tiene claro cuál es su teoría del caso, puede buscar en ella los puntos críticos, aquellos más difíciles de hacer prevalecer (que generalmente lo serán porque la teoría de la contraparte discrepa diametralmente con ellos, a veces con buena evidencia de respaldo, o también poniendo en juego valores muy adherentes o persuasivos), y procurará comprender qué estructuras de valores, qué experiencias vitales, qué formas de pensar y de vivir podrían llevar a que una persona determinada rechace esos puntos críticos de su teoría del caso. Ya verá luego (lo discutiremos después en este mismo artículo) cómo debe planificar y ejecutar el interrogatorio a los potenciales jurados para hacer emerger esos datos siempre difíciles de obtener. Lo que importa resaltar aquí es que sólo se puede llegar a poner de manifiesto a los potenciales jurados intolerantes con el caso, si primero se sabe lo que se ha de buscar en ellos, y eso depende pura y exclusivamente de la historia que se va a contar.

El escenario antinatural del *voir dire*

El día previsto para la conformación del jurado (en Neuquén, unos días antes del inicio del juicio propiamente dicho; en Buenos Aires, el mismo día en que el juicio tiene previsto iniciar), los candidatos a jurado que fueron convocados (o casi todos ellos)¹² se presentan ante el tribunal. Si bien en las cédulas de convocatoria se les suministra alguna información, e incluso a veces se les ofrece una dirección o un teléfono de contacto para cualquier duda previa, lo más común es que en la sala de audiencias del tribunal se reúna un buen número de personas totalmente desorientadas, que nunca han estado en un lugar y una situación semejante.

12. Contra los temores de los escépticos, en ninguno de los juicios por jurados cumplidos hasta la fecha en Neuquén y Buenos Aires hubo problemas por ausencia masiva de candidatos a jurado. Al contrario, en muchos casos sorprendió la asistencia casi perfecta de los convocados. En el último año se han verificado varios problemas debidos a la falta de apropiada depuración del listado anual definitivo. Ello ha impedido o demorado, en muchos casos, la citación de los convocados.

La amabilidad de los empleados (que afortunadamente, ha sido hasta aquí una constante resaltada por todos), e incluso un saludo informal del juez antes del inicio del procedimiento en sí, no alcanzarán para serenar los inquietos espíritus de casi medio centenar de adultos enfrentándose a lo desconocido. Esa inquietud colectiva no es un dato menor: no olvidemos que la adrenalina, la hormona que nos prepara físicamente ante el peligro, es perceptible en forma intersubjetiva por debajo del nivel de conciencia, y que esa percepción estimula la misma reacción hormonal en los integrantes de la manada, en una retroalimentación que siempre existe, y que en situaciones extremas llega a transformar grupos de personas usualmente pacíficas en turbas enardecidas o en pánico colectivo.

Según las normas y las prácticas del lugar, tras alguna tensa espera comenzarán algunos ritos extraños para los no iniciados: ingresarán señores vestidos con traje y corbata que tomarán lugares distintos del resto y evidentemente preestablecidos (algunas veces también entrará una persona esposada a la que los más alertas identificarán como “el acusado”), alguien intimará a todos a ponerse de pie para recibir al juez (que aunque poco antes haya estado hablando con el grupo, casi indefectiblemente volverá a decir “Buen día”, reforzando un mensaje de artificialidad que perdurará todo el juicio), se pronunciarán palabras en un tono y lenguaje bastante solemne (tal parece que si no “se da inicio” o “se procede a”, “se constituye” o “se manifiesta”, es decir, si no hablamos del modo en que en el medioevo se redactaban las actas, no podemos desarrollar ninguna audiencia ni actividad judicial), se recibirá solemne juramento de decir verdad al conjunto de jurados (o a cada uno por separado, lo que aumentará el dramatismo y la morbosa expectativa de que caiga un rayo de los cielos para fulminar al perjurio), y el juez comenzará una explicación más o menos feliz y comprensible sobre lo que va a suceder a continuación.

Todo lo narrado hasta aquí, que puede parecer casi normal para un abogado acostumbrado a transitar los tribunales, podemos estar seguros de que no lo es desde la óptica de un ciudadano que transita por primera vez los estrados judiciales.

Pero la cosa puede ponerse peor. Veamos un ejemplo de lo que sucede, desde el punto de vista de un candidato a jurado que venía relajando los nervios sufridos durante el inicio de la audiencia:

Los nervios se me fueron de punta, cuando nos dicen “Bueno, ahora van a pasar por orden, de a uno, al micrófono, y nosotros los vamos a interrogar”. Cuando dijo eso, yo sentí ahí que me estaban juzgando, son esos nervios que... claro, pasa el primero y yo empecé a temblar, yo tenía uno de los últimos números, me sentía peor que en un examen final. (Carolina S., estudiante universitaria, miembro de un jurado en la provincia de Buenos Aires, entrevista del 03/03/2016).

Es que cuando alguien es convocado para ser jurado, difícilmente imagine que su trabajo comience contestando preguntas que bordean (o llanamente entran en) sectores delicados de su vida, ante medio centenar de desconocidos, uno de ellos, un juez (ya volveremos sobre esto).

Quede claro que esta afirmación dista de ser una anécdota, ya que es bien sabido que las personas tienden a dar en público opiniones distintas de las que dan en privado; es frecuente que las opiniones públicas sean más cuidadosas (más “correctas” según el estándar percibido por quien opina) que las brindadas en confianza.

Además, el formato pregunta/respuesta no suele ser el formato de entrevista más apropiado para obtener confidencias del interrogado, menos cuando transcurre en público (“peor que en un examen final”, según la entrevistada arriba citada), y entre personas por ahora desconocidas, pero que en las próximas horas o días compartirán una experiencia tan intensa como la de decidir si una persona es o no culpable de un grave delito que se le achaca.

Para más complicación, si el juez explica sinceramente lo que allí ocurre, les hará saber que cada palabra que se diga quedará grabada, con lo que la tensión aumentará notablemente.

Y por último, todos estos problemas suelen darse en una muy rápida sucesión: existe una tendencia (de alguna manera, razonable) a pensar la etapa del *voir dire* como sólo una parte preliminar de lo que de verdad importa (testimonios y alegatos), y que por tanto, no debe ocupar demasiado tiempo. Además, no hay dudas de que el tiempo de los ciudadanos llamados a servir como jurados es valioso, y durante el *voir dire* hay por lo general más del doble de ciudadanos que los que oirán el juicio, así que será mejor que devolvamos al excedente a su vida habitual lo antes posible. Ni el juez ni los potenciales jurados tienen paciencia infinita, así que los litigantes dispondrán de menos tiempo del que querrían para hacer su labor. Y este vértigo los llevará a co-

meter errores, a saltar etapas, a ser menos prolijos y cuidadosos con los segmentos más delicados de información, a recoger información incompleta y por tanto, a cometer más errores.

Lo que sucede en el *voir dire* es más difícil por el contexto en el que ocurre. Abogados y jueces tendrán tanta más presión cuanto menos experiencia y entrenamiento acumulen. Y un potencial jurado nervioso, incómodo o desconfiado, difícilmente conteste con la mayor sinceridad y apertura respecto de sus propios prejuicios, sentimientos profundos o episodios traumáticos de su vida. Lo que nos lleva al siguiente problema.

La posible insinceridad de los candidatos a jurados

Las personas, aun en el más favorable contexto (y ya vimos que el *voir dire* no lo es) suelen tener problemas a la hora de revelar aspectos delicados e inapropiados de su propia personalidad, como por ejemplo, un prejuicio racial o cultural. Además de la natural tendencia de cualquier persona a manejarse con cierta corrección política cuando está en público ante gente con la que no tiene confianza (que deriva de la también natural tendencia a mostrarnos a nosotros mismos siempre bajo la mejor luz posible), no es menos cierto que solemos ser muy autoindulgentes: como dice el saber popular, siempre nos cuesta ver la viga en el ojo propio.

De tal modo, si un desconocido le pregunta por ejemplo a una persona “¿Es capaz usted de evaluar la credibilidad de una persona que pertenece a la etnia X (o a la condición social X) del mismo modo que si perteneciera al grupo social al que usted pertenece?”, la respuesta más posible es: “Sí, por supuesto, discriminar está mal y yo no discrimino”. Y muchas veces, quien eso dice *de verdad cree* que no tiene prejuicios raciales o sociales.

En ese sentido, la gran investigadora del jurado Valerie Hans sostiene en un antiguo trabajo que “De hecho, más de treinta años de investigación sobre los prejuicios y el racismo han ilustrado ampliamente la debilidad de la propia evaluación de sus prejuicios por parte de la gente”.¹³ Por lo que no parece una buena idea preguntar a los jura-

13. Hans, Valery, “The Conduct of *Voir Dire*. A Psychological Analysis”, en *The Justice System Journal*, vol. 11, N° 1, 1986, p. 44, con cita de Adorno, Theodore W.; Frenkel-Brunswick, Else; Levinson, Daniel J. y Nevitt Sanford, R., *The Authoritarian Personality*, Nueva York, Harper, 1950; Allport, Gordon W., *The Nature of Prejudice*, Cambridge, MA, Addison-Wesley, 1954; Gaertner, Samuel L., “Nonreactive Measures in Racial Attitude Research: A Focus on Liberals”, en Katz, Phyllis (ed.), *Toward the Elimination of Racism*, Nueva York, Pergamon Press, 1976; McConahay, John B.; Hardee, Betty B. y Batts, Valerie, “Has

dos por sus prejuicios o la ausencia de ellos. Ya veremos un mecanismo indirecto que puede llevar a evidenciarlos.

Señala también ese trabajo de Hans que esa tendencia a contestar “lo correcto” aunque no sea exactamente cierto, se incrementa por la percepción que quien responde tiene respecto del nivel social o cultural superior de su interrogador. Cita un estudio¹⁴ en el cual se ha establecido que, dado que las personas tienden a ser más reticentes a revelar aspectos de su personalidad cuando su interlocutor está muy por encima o muy por debajo respecto de ellas en la escala social, los candidatos a integrar el jurado tenderán a ser menos sinceros cuando el juez (a quien perciben muy por encima de ellos) los interroga, y que esa insinceridad será menor cuando sean entrevistados por cualquiera de los abogados que representan a las partes.

En el mismo sentido:

Todo manual para entrevista de ciencias sociales aborda el impacto del estatus del entrevistador sobre las respuestas de un sujeto. Cuando el entrevistador es de condición social significativamente más alta, se incrementa el temor a la evaluación por parte del entrevistado. Cuanto mayor sea la diferencia de estatus o la distancia social entre el entrevistador y el sujeto, mayor es la tendencia del sujeto a dar las respuestas que cree que el entrevistador quiere oír. En la sala del tribunal, el juez es la persona de más alto estatus y autoridad; así, la diferencia entre el estatus del juez y los jurados a menudo inhibe la sinceridad de los potenciales miembros del jurado. Las características de la sala tales como los techos altos, las togas de los magistrados y el estrado elevado pueden intimidar a los legos. En este entorno los miembros del jurado son más propensos a ocultar que a revelar sus sesgos y prejuicios.¹⁵

Una variante de este problema es el candidato a jurado cuya insinceridad es deliberada y voluntaria, a veces referida como “el candidato con una agenda”. Sucede a veces que alguna persona convocada como

Racism Declined in America? It Depends on Who is Asking and What is Asked”, en *Journal of Conflict Resolution*, N° 25, 1981, p. 563; Sears, David O. y McConahay, John B., *The Politics of Violence: The New Urban Blacks and the Watts Riot*, Boston, Houghton-Mifflin, 1973.

14. Suggs, David y Sales, Bruce D., “Juror Self-Disclosure in the *Voir dire*: A Social Science Analysis”, *op. cit.*

15. Krauss, Elissa; Chopra, Sonia; Rountree, Will y Bonora, Beth (eds.), *Jurywork: Systematic Techniques*, Ed. West, a-13.a, 2012, p. 15.

jurado tiene algo más que opinión formada sobre los hechos en disputa: es un militante de una causa al que su buena suerte en los sorteos le ha dado la oportunidad de ser citado para servir como jurado en un juicio donde su causa (la lucha contra la violencia machista, el odio al inmigrante, la cruzada contra el tabaco, las armas o los agroquímicos, por mencionar sólo algunas) está más o menos en el centro de la cuestión. Las probabilidades de que esa persona intente ocultar sus convicciones (que la alejan del ideal de imparcialidad) son directamente proporcionales a su fanatismo. Ciertamente, se trata de una amenaza mayor para nuestra búsqueda de eliminar del jurado a quienes torcerán el fiel de la balanza de un modo injusto. Sin embargo, los sesgos deliberados no parecen ser más difíciles de detectar que los vergonzantes o los inconscientes: llegado el caso, un buen interrogatorio personalizado de quien haya dado pistas de fanatismo puede tentar al sujeto a adelantar su *acting* proselitista a la misma audiencia de *voir dire* (después de todo, que cincuenta personas escuchen su mensaje es más tentador que confinarlo a la sala de deliberación, donde el público es de sólo once personas). En la última parte de este trabajo aparecen algunas ideas para lograrlo.

La forma de obtener información en el *voir dire*

Tampoco puede pasarse por alto el formato de las preguntas utilizadas para obtener la información durante el proceso de *voir dire*. Dejando de lado las dificultades comunicacionales generales que los abogados tienen cuando hablan con personas que no son abogados (lo que ya fue mencionado al analizar la escasa naturalidad de las audiencias), su forma de interrogar también es particularmente compleja. Veamos sólo dos o tres ejemplos:

- Acaso por el temor a la censura del juez, los abogados tienden (no sólo en el *voir dire*, también durante el examen de testigos) a hacer largas preguntas precedidas de explicación o justificación, al estilo de:

... ahora que usted menciona las condiciones ambientales, le voy a preguntar acerca de una cuestión que está vinculada a eso pero que tiene una especial relevancia para la decisión del caso que aquí estamos juzgando. Me interesaría que pueda explicarnos, siempre que usted lo recuerde, por supuesto, y con la mayor precisión de que sea capaz (incluyendo persistencia, duración en el tiempo, intensidad, y otros factores sobre los que

pueda pronunciarse), si ha tenido usted ocasión de percibir en el momento en que nos acaba de referir (o antes, o después), algún tipo de fenómeno meteorológico específico que estuviera sucediendo.

Todo eso, en lugar de “¿Llovía?”. (Ciertamente, el ejemplo es exagerado, pero cualquiera que haya estado en un par de juicios podría citar ejemplos no muy lejanos a este).

- Al contrario, cuando la respuesta es particularmente difícil de obtener y requeriría una sutil estrategia para aproximarse al tema es cuando se apela al cuestionamiento brutalmente directo y hasta sugestivo: “¿Cree usted que los gitanos habitualmente mienten?”; “¿Ha sido usted víctima de abuso sexual?”; “El haber convivido tantos años con armas de fuego hace que a usted no le parezca mal que la gente tenga un arma, ¿verdad?”.
- Por las dudas de que no les dejen hacer más preguntas sobre un tópico, cada pregunta suele contener toda una serie de cuestiones a responder:

Díganos por favor el nombre, la dirección, el rubro y las características arquitectónicas del local al que se refiere; cuántos empleados trabajan allí, si tiene lugar para el estacionamiento de clientes (y si está al frente, al lado o con entrada por la calle lateral), cuántos carteles luminosos (si es que los tiene) recuerda usted, si en la calle a la que da el frente del comercio hay faroles de iluminación pública, y demás cuestiones que nos permitan hacernos una idea clara sobre el escenario de los hechos.

- Existe una notable tendencia (que supongo motivada en alguna forma de ansiedad) a utilizar preguntas cerradas o incluso sugestivas para obtener la información que se considera más importante: “¿y el arma la extrajo del bolsillo del impermeable?”; “Esa situación que le tocó vivir a usted lo ha venido afectando fuertemente desde entonces, ¿no?”.

Este último ejemplo llega al paroxismo en el *voir dire* cuando (y este no es sólo un problema de los abogados argentinos, el ejemplo es tratado en forma recurrente en la literatura estadounidense), ante un posible miembro del jurado que aporta información que sugiere afectación de su capacidad para deliberar con la mente abierta y decidir el caso sobre la base de la evidencia, el abogado (o el juez) van directo a la pregunta que creen dirimente: “¿Cree usted que puede dejar de

lado esa experiencia y ser imparcial en el juzgamiento de este caso, decidiendo exclusivamente por la evidencia que se le presente?”. Sin importar lo que el candidato a jurado piense realmente, hay muy pocas personas en el mundo capaces de contestar negativamente esta pregunta hecha por un juez en una colmada sala de audiencias.

Las particularidades del caso

Hay casos en los que la búsqueda de un jurado competente, independiente e imparcial se dificulta más que en el caso promedio. Varios son los factores que pueden gravitar:

- Si la víctima o el acusado son personas conocidas por el público, aumentan las posibilidades de que los potenciales jurados tengan prejuicios o preconceptos favorables o negativos hacia esa parte.
- La víctima o el acusado pueden tener estilos de vida u otras condiciones que llaman al prejuicio (positivo o negativo).
- Los mismos prejuicios y preconceptos podrían afectar la credibilidad de uno o más testigos principales del caso.
- Si los hechos han sido motivo de abundante tratamiento periodístico, muchas personas habrán formado un prejuicio sobre lo sucedido.
- El hecho pudo haber causado un gran impacto en la comunidad en que el caso será juzgado (ese gran impacto no siempre coincide con un abundante tratamiento periodístico) y por tanto, disminuyen las posibilidades de que el jurado quede integrado por personas que aborden el caso con la mente abierta y libre de prejuicios.
- Si se trata de un hecho especialmente odioso o repugnante, las probabilidades de que los jurados estén mal predispuestos contra el acusado aumentan, aun cuando el caso no haya sido excesivamente expuesto a la consideración pública antes del juicio.

Algunas de estas condiciones impactarán por igual a ambas partes, mientras que otras producen una desigualdad importante en las posibilidades de eliminar del jurado a los miembros más perjudiciales. Esto debe tenerse en cuenta (y la regulación normativa no lo ha hecho) a la hora de permitir o no determinadas búsquedas de información, o para reconsiderar el número de recusaciones sin causa para cada parte y el orden en que estas puedan ser ejercidas.

PRÁCTICAS QUE MEJORAN EL *VOIR DIRE*

Muchos de los problemas reseñados (que por cierto, no agotan la problemática de la búsqueda de un jurado competente, independiente e imparcial) pueden ser, si no eliminados, al menos reducidos en su efecto dañino. Veremos a continuación varias herramientas que, gracias a la investigación, la experiencia y la jurisprudencia del sistema estadounidense (que por su extensión temporal, el gran número de juicios y la importancia que se ha otorgado al procedimiento de *voir dire* es la más acreditada del mundo), y a algunas experiencias ya recogidas en el breve trayecto del jurado en Argentina, han evidenciado ser de alto poder corrector.

Fijar objetivos modestos y realistas

Es importante renunciar a la búsqueda de la perfección: no existen garantías absolutas de acierto, ni tampoco es posible (mucho menos, deseable) conformar un jurado con doce extraterrestres carentes de toda opinión e información sobre la sociedad. La palabra no es “asepsia” sino “balance”: limar los picos más agudos que pueden herir el propio caso es la más modesta y realista meta del buen litigante en el *voir dire*. Los límites que surgen de la información sensible a recabar, de las condiciones de desarrollo del *voir dire*, del tiempo disponible y de la capacitación del juez no son manejables por el litigante, y marcarán los bordes de sus metas.

A veces, es posible lograr un análisis extenso y meticuloso de cada candidato a jurado. Otras, la indagación es más breve y superficial. En todos los casos, el litigante debe asumir que siempre, hasta en las condiciones más adversas, se pueden hacer las cosas de mejor manera si se está preparado para alcanzar el mayor rendimiento de los recursos disponibles.

Usar cuestionarios previos

Muchos problemas vinculados al ahorro de tiempo y a la dificultad de los convocados a integrar un jurado para dar respuestas sinceras en temas sensibles se reducen notablemente si, junto con la comunicación de la convocatoria a integrar el jurado, se remite un cuestionario previamente acordado entre las partes y el juez.

Esos cuestionarios pueden incluir muchos datos que las partes puedan considerar relevantes, como información demográfica (nivel educativo, características socioeconómicas), condiciones de vida (actividad laboral y comunitaria, canales informativos utilizados con más frecuencia, hábitos y círculos sociales que frecuenta) y aun información sensible que entran en juego en el caso (convicciones éticas o religiosas, experiencias vitales traumáticas, posición sobre asuntos polémicos).

Ciertamente, será necesario justificar (en las audiencias preliminares imprescindibles para preparar el juicio) la relevancia de toda la información a requerir, más aun la que arriesga indebida intromisión en la intimidad del ciudadano (pero no sólo esa). Tal como sucede en la audiencia en sí, muchas veces las partes lograrán menos de lo que necesitarían. Cada juez tendrá su propio baremo para abrir o cerrar la válvula de admisión, al menos hasta que la jurisprudencia comience a fijar algunos parámetros (no olvidemos que cada decisión de admitir o no una pregunta, puede ser motivo de recurso contra la condena, si puso en riesgo la garantía de tribunal competente, independiente e imparcial, y por tanto la debida documentación de todo este litigio es del mayor interés de los litigantes, además de una obligación del Tribunal).

El uso de cuestionarios previos ha venido incrementándose en los Estados Unidos desde hace cuarenta años a la fecha,¹⁶ y en algunas jurisdicciones es una práctica usual, a tal punto que la normativa procesal civil californiana impide a los jueces rechazar en forma arbitraria o irrazonable la remisión de un cuestionario (CCCP, §§ 205 (c) y (d) y § 222.5). Se utilizan muy diversos modelos (de una a dos páginas, hasta un extenso cuestionario que fue de más de 300 preguntas en 75 páginas utilizado en el juicio contra O. J. Simpson, como señala el extenso manual de litigación ante jurados *Jurywork*,¹⁷ que dedica todo el capítulo 3 (más de noventa páginas) y buena parte del CD anexo a defender el uso de cuestionarios y ofrecer muchos modelos de mociones y cuestionarios para varios tipos de juicio.

Allí se aboga por extender el uso del cuestionario, marcando las tres ventajas básicas que tiene por sobre el *voir dire* oral como única práctica:

16. Según el *National Jury Project*, el primer cuestionario de que se tiene noticia data de 1975 (ibídem, p. 134).

17. Krauss, Elissa et al. (eds.), *Jurywork: Systematic Techniques*, op. cit., p. 136.

- Eficiencia: los cuestionarios para jurado pueden acelerar el proceso de selección de jurado y reducir la pérdida de tiempo.
- Privacidad: los cuestionarios para jurado ofrecen a los potenciales jurados la oportunidad de comunicar información sensible al tribunal y los abogados sin revelarla al resto del panel de jurados.
- Honestidad: el formato escrito alienta más honestidad y sinceridad que el mero interrogatorio oral.

No debe esperarse que el cuestionario reemplace el *voir dire* oral. Al contrario, el cuestionario es la base de información común que las partes utilizarán para enfocar del modo más eficiente sus preguntas en la profundización de la información obtenida, sea para obtener evidencia que brinde fundamento a una recusación con causa, sea para utilizar de un modo inteligente las recusaciones sin causa disponibles.

Hay básicamente dos formas de administrar estos cuestionarios:

1. *El día del juicio*: Cuando los convocados llegan al tribunal, se les entrega un cuestionario escrito y se le deben facilitar los medios y el tiempo para responderlo. Esto no siempre ha sido así, y nos ha tocado ver a los convocados contorsionándose en sus no siempre cómodas sillas (generalmente, en el sector destinado al público de la sala de audiencias) y tratando de encontrar una superficie de apoyo para escribir. Además de la logística y el tiempo que puede llevarles completar el cuestionario, las respuestas luego deben ser copiadas y entregadas a los abogados de ambas partes, quienes a su vez deben ordenar y procesar la información. Este modelo de trabajo disminuye notablemente la ventaja señalada de un uso eficiente del tiempo, ya que desde que llegan y se les entrega el formulario hasta que las partes pueden tabular y analizar la información, bien podría consumirse toda una mañana o la mayor parte de ella. Tanto es así, que en el ya citado manual se aconseja enviar a los candidatos a almorzar y regresar cuando los abogados hayan tenido tiempo para procesar los cuestionarios.
2. *Remisión y devolución anticipada*: En cambio, enviar el formulario junto con la cédula de notificación tiene varias ventajas. Para empezar, el cuestionario sirve para hacer evidentes algunas causales de excusación (por ejemplo, conocimiento previo de los hechos, las partes, sus letrados o los testigos, o impedimentos

justificados para la fecha del juicio) y proceder (si fuera necesario) a la convocatoria de jurados adicionales. En segundo lugar, el candidato a jurado dispone de varios días para leer, reflexionar y responder con mayor precisión y responsabilidad las preguntas formuladas. La tercera va de la mano del mecanismo de devolución anticipada: se debe facilitar a los candidatos a jurado un modo cómodo de hacer llegar la respuesta al tribunal: acompañar un sobre de respuesta postal paga, ofrecer retirar el sobre a domicilio, posibilidad de bajar de internet, contestar y remitir por correo electrónico el cuestionario, llenar un formulario *online*, etc. No todos los convocados tendrán acceso a todos los métodos, así que será conveniente ofrecer alternativas y aportar creatividad y flexibilidad. Sobre todo a la hora de motivar a los convocados a hacer lo suyo y remitir a tiempo los formularios completos. La clave es conseguir que todos (o al menos, la gran mayoría) de los convocados lo hagan, para entregar con tiempo las respuestas a las partes y permitir que el día de la audiencia de *voir dire*, el tiempo se aproveche en los interrogatorios orales y la subsiguiente litigación, sin malgastarlo en recoger y procesar la información que debe brindar el formulario.

En lo que hace al diseño del cuestionario, es muy importante:

- Acompañarlo con instrucciones bien claras, que informen al convocado el objetivo y razón para solicitarle la información, haciéndole saber de su carácter de declaración jurada, pero también animándolo para responder en forma honesta y sincera, como parte de un mejor desarrollo de su propia experiencia como jurado.
- Asegurar la confidencialidad, evitando que las partes reciban datos que permitan individualizar nombre o domicilio del candidato a jurado. Esto es importante para el convocado (al que lo tranquilizará saber que está a salvo de toda forma de presión, extorsión, exposición pública o temor a represalias) y también para la equidad y la integridad del sistema.¹⁸ El modo más sen-

18. La cuestión no es menor, ya que si ambas partes pudieran conocer cómo se llaman y dónde viven los potenciales jurados, la parte que tenga más disponibilidad de recursos podría hacer una investigación más exhaustiva (e intrusiva, sin contar el riesgo de sobornos o extorsiones) que la otra. Una norma o práctica procesal que consolide o

cillo es asignar a cada candidato un número que le corresponderá durante todo el proceso, y ese número será la forma en que las partes sepan a quién interrogar durante el *voir dire*, si necesitan hacerlo.

- Tener previsto un espacio para solicitar entrevistas privadas. Amén de lo que más abajo se dirá sobre el modo secuestrado (cerrado) de conducir el *voir dire*, en las preguntas sensibles conviene poner un casillero e invitar al candidato a marcarlo si considera necesario para su privacidad que cualquier interrogatorio de seguimiento sobre este tema deba hacerse sólo en presencia del juez y los abogados, y fuera de la sala en que se desarrolla el *voir dire* abierto. Es una forma de salvar la intimidad del ciudadano y facilitar una respuesta sincera y honesta.
- Evitar preguntas generales innecesarias. Es cierto que el barrio de una persona, el club del que es socio, los diarios que lee o los programas de televisión que prefiere son datos que pueden llevar a información valiosa sobre la persona que estamos considerando excluir o no del jurado. Pero si las partes no poseen los conocimientos o las herramientas que le permitan dar valor a esos datos, sólo complican el proceso y lo sobrecargan innecesariamente.
- Concebir el formulario como una herramienta para todas las partes y el juez. Es una buena práctica que en el formulario sólo se incluyan preguntas consensuadas por ambas partes para evitar todo riesgo de sesgar al candidato a jurado o predisponerlo en favor de una parte mediante una pregunta tendenciosa. El juicio está lleno de oportunidades para abogar por la causa que a uno le toca defender; en cambio, el *voir dire* (y su cuestionario previo) es la única ocasión que tienen los abogados para conocer a quienes tomarán la decisión, y por tanto no hay que desaprovecharla argumentando ni alegando.
- El formato abierto o cerrado de las preguntas. Una pregunta cerrada (por ejemplo: “¿Ha tenido usted alguna mala experiencia con la policía?”) brinda menos información (pero más precisa) que una abierta (“¿Qué opinión tiene de la policía?”). En

aumente las ventajas de una parte sobre otra en vez de atemperarlas, siempre será una mala norma. Por eso, la prohibición al respecto que contiene el CPP de la provincia de Buenos Aires es una buena norma que debiera replicarse en todas las jurisdicciones.

cada caso, los abogados deben ser conscientes de ello a la hora de diseñar el cuestionario, ya que las preguntas cerradas bien orientadas permiten una más rápida detección de problemas a ser profundizados en el *voir dire* oral, pero pueden perder la riqueza de una respuesta más narrativa, que acaso incluirá aspectos inesperadamente valiosos para la selección.

- Incluir la lista completa de testigos, además de las partes involucradas, sus abogados y el juez. Una persona que tiene una relación estrecha (positiva o negativa) respecto de un testigo debe ser excluida del jurado tanto como si la tuviese con una parte: según su relación, durante la deliberación podría adoptar posiciones inflexibles y militantes a favor o en contra de la credibilidad de ese testigo, en perjuicio del consenso y el respeto a todas las voces en paridad dentro del jurado.
- Utilizar el lenguaje y formato claros. Vale el principio de diseño conocido como KISS (*Keep It Simple, Stupid!*). No debe olvidarse que el cuestionario será respondido por personas de muy diverso nivel educativo y proveniencia cultural. Aunque algún potencial jurado podría pedir el auxilio de un familiar o allegado para comprender algún término o expresión, es mucho mejor que eso no sea necesario; debe evitarse caer en el otro extremo, en la subestimación: “simplifica todo lo posible, pero no más” (A. Einstein).

Dejar en manos de los abogados el interrogatorio de los jurados

Como se dijo más arriba, la investigación empírica ha demostrado que los jurados tienden a dar a los jueces las respuestas que creen que el juez considerará “correctas” y, en cambio, están más dispuestos a dar a los abogados una respuesta sincera.

Este hecho justifica por sí sólo la conveniencia de que sean los abogados (y no los jueces) los que interroguen a los candidatos a jurado durante el *voir dire*. Esto no invalida que, por razones legales pero también prácticas, el juez pueda dirigir al conjunto de candidatos a jurado una serie de preguntas vinculadas a las causales de recusación legalmente enumeradas en cada legislación.

A la hora de detectar prejuicios, actitudes o experiencias vitales que pudieran hacer a un jurado particularmente refractario a una teoría del

caso en particular, en cambio, la tarea de los abogados no puede de manera alguna ser reemplazada por el interrogatorio del juez. Este no tiene ni cercanamente el conocimiento de la teoría del caso que cada abogado debe manejar y, como vimos, ella es el mapa y la brújula de todo el juicio, incluido el *voir dire*. En este campo ya ni siquiera queda opción: dejar el interrogatorio en manos del juez es la negación del modelo adversarial y disminuye enormemente las posibilidades de detectar prejuicios y sesgos que podrían privar a una parte de una garantía central del juicio justo: un tribunal competente, independiente e imparcial.

Utilizar modelos estructurados pero flexibles de audiencia

No existe una única forma de llevar adelante un buen *voir dire* porque no todos los casos requieren lo mismo. Si bien hay varias formas de desarrollar la etapa crucial, que es el interrogatorio de las partes, proponemos aquí una estructura uniforme para el inicio del proceso. Nunca es conveniente legislar con demasiado detalle los procedimientos, ya que siempre habrá casos que requieran excepciones. Más bien conviene tener bien claros los principios involucrados (que son los que venimos discutiendo en este artículo) y luego adoptar estructuras más o menos uniformes, que recojan las buenas prácticas y vayan construyendo otras nuevas (que son necesarias para desplazar las viejas prácticas en las que se oculta el espíritu inquisitivo). Estas prácticas y estos modelos estructurados se irán adaptando mejor a las cambiantes situaciones (y por cierto, al avance de la cultura adversarial) que los reglamentos, las acordadas o las leyes.

1. Audiencia preliminar: Una de las cuestiones esenciales e ineludibles en la audiencia preliminar (y lo es, aunque no esté legislado) es el acuerdo entre las partes y el juez sobre cómo se desarrollará el procedimiento de *voir dire*. En primer lugar, las partes deben llevar consigo sus propios modelos de cuestionario (ya hemos asumido que un *voir dire* sin cuestionario es una pérdida de tiempo, además de bajar mucho la calidad de información), para ponerlos en común y procurar llegar cuanto antes a una redacción que satisfaga a todos (por cierto, el juez resolverá todo lo que no pueda acordarse). La última fecha para cerrar el cuestionario será el día del sorteo, ya que allí comenzará la expedición de las convocatorias, que deben llevarlo incluido.

2. Procesamiento previo por el Tribunal: Las preguntas incluidas en el cuestionario que tienen que ver con las causales legales de inhabilidad, las excusaciones por conocimiento con el juez, las partes y sus abogados y los testigos, o las vinculadas a la imposibilidad de asistir en las fechas previstas,¹⁹ deben ser examinadas por el personal asignado a la atención del jurado, para comunicar al juez cualquier circunstancia que lleve a excluir de la convocatoria a ese candidato y sortear un reemplazante.
3. Entrega de respuestas a las partes: Conviene que el Tribunal ponga a disposición de ambas partes (fotocopiado o en forma electrónica) el resultado de los cuestionarios recibidos, en una fecha no más allá de cinco días antes del inicio del juicio. Los que no hayan sido entregados en esa fecha, deberían ser recibidos el día anterior a la audiencia, para reducir al mínimo el tiempo que demande a las partes procesar las respuestas de los candidatos que no hayan cumplido con la remisión anticipada y llenen o entreguen el formulario ese mismo día. La igualdad de armas exige que las dos partes tengan posibilidad de acceder a los mismos cuestionarios el mismo día.
4. Inicio de la audiencia: 1) Al comenzar el día previsto para la audiencia de *voir dire*, el personal asignado a la asistencia del jurado entregará, al mismo tiempo que cada convocado acredita su identidad, un marbete con el número que lo identifica, y verificará que el cuestionario respectivo ya esté debidamente entregado. Caso contrario, deberá facilitar un lugar y un espacio de tiempo para que sea cumplido y entregado en ese mismo momento (y luego, fotocopiado y entregado a ambas partes). 2) Ya ubicados todos en la sala, al igual que los abogados y el juez, este les explicará sucintamente el procedimiento a aplicar y les recibirá a todos juramento o promesa públicas de decir la verdad durante el interrogatorio, imponiéndolo de las penas del falso testimonio.²⁰ 3) Luego de eso, el juez formulará, en forma general y

19. Es importante incluir en el cuestionario una o más preguntas que permitan indicar necesidades especiales del candidato (movilidad reducida, dificultades visuales o auditivas, dietas especiales, etc.) para asegurar que en la audiencia de *voir dire* (y en el juicio, si resultara seleccionado) se disponga de todo lo necesario.

20. La sinceridad en las respuestas de los jurados durante el *voir dire* es cosa muy seria:

abierta (esto es, a todos los miembros del jurado a la vez, en alta voz y pidiendo respuesta de igual modo), el interrogatorio que se considere necesario para descartar cualquier causal legal de inhabilidad²¹ o de excusación respecto del juez, las partes, los abogados y los testigos.²² Luego de eso, escuchará los pedidos de excusación que hagan los candidatos a jurados vinculados con sus compromisos, estado de salud y otras cuestiones, sopesando las causales y decidiendo si justifica la excusación o si, por el contrario, deberán permanecer afectados al juicio, al menos durante el proceso de selección.²³

5. *Voir dire* propiamente dicho: Luego de estos preliminares, entramos al momento en que los abogados interrogan a los potenciales jurados. Hay varias formas de hacerlo:
 - a. *Interrogatorio individual abierto*. Cada uno de los convocados es interrogado en forma individual por ambas partes (el fiscal

si un miembro del jurado responde falsamente una pregunta para ocultar o disimular información que podría haber llevado a una parte a recusarla con o sin causa, esta podrá reclamar la nulidad del juicio si esa persona integró el jurado. El costo (no sólo económico) de tal nulidad es alto, y los candidatos a jurados deben ser conscientes de que se exponen a una persecución penal y civil si malogran la administración de justicia.

21. Si bien en muchas jurisdicciones los listados generales que se utilizan para sortear los convocados ya deberían haber sido depurados conforme las leyes locales, no hay que descartar errores, omisiones o causales sobrevinientes.

22. El cuestionario ya habrá pedido a los candidatos información sobre posibles relaciones previas. Pero es bien posible que recién ante la presencia física, el jurado advierta que la persona con la que peleó violentamente un día antes en un espectáculo deportivo es uno de los protagonistas del juicio. El riesgo también existe respecto de los testigos (que no estarán presentes en esta etapa), pero la gravedad de la causal es muy distinta en ese caso, comparada con las partes, sus abogados y el juez.

23. Es opinable si las partes deben o no intervenir en estas causales de excusación, que no parecen afectadas por el principio acusatorio, sino que se conectan más con la carga pública y su equitativo reparto entre todos los convocados. Nos han sido narradas situaciones en las que el juez pidió opinión a los abogados antes de resolver, y otras en las que ello no ha sucedido. También sabemos de casos en los que la decisión de excusar o no fue diferida hasta que (pasado el interrogatorio) el juez y las partes se reunieron a decidir las exclusiones (ciertamente, con el inconveniente de que se perdió el tiempo interrogando incluso a las personas que tenían una buena razón para no integrar el jurado). También nos llegó noticia de un caso en que una decisión inicial más bien permisiva (aceptando una excusación por un motivo menor) debió ser revertida en forma rápida (e inequitativa) ante la proliferación de intentos de ser excusados. En ningún caso hemos sabido de protestas o planteos de las partes al respecto.

primero, el defensor después). Es un modelo muy exhaustivo, en el que se obtiene una buena cantidad de información, y cuando el cuestionario ha sido bien diseñado, permite ir directamente a las preguntas de profundización o seguimiento. Sin embargo, consume mucho tiempo: no es infrecuente que consuma un día completo, incluido el momento (que a veces insume mucho tiempo y esfuerzo de memoria o anotaciones) de discutir caso a caso las recusaciones con causa, y luego aplicar las incausadas. Una variante mucho más expeditiva (llamada “método corto” en algunas jurisdicciones estadounidenses) se da cuando el juez exige a las partes que se pronuncien sobre la aceptación o la recusación de cada interrogado antes de pasar al siguiente y, al completar el número de jurados requerido (entre titulares y suplentes) el *voir dire* se da por concluido, aunque queden varios candidatos a los que ni siquiera se llegó a interrogar. Además de la escasa consideración hacia los convocados que son “descartados” al final y sin siquiera hacerles una pregunta, el principal inconveniente de este sistema es que fuerza a las partes a tomar decisiones audaces y especulativas (deben decidir si gastan o no sus siempre escasas recusaciones sin causa caso a caso, y sin garantía de poder solucionar problemas que presenten los últimos candidatos), con merma en la calidad de resultados, sacrificados en el altar del tiempo.

b. Interrogatorio particular abierto. El fiscal primero, y el defensor después, dirigen preguntas a un candidato a la vez, aunque no necesariamente a todos ellos. Es un método que se acomoda muy bien a la profundización de la información lograda con un buen cuestionario, especialmente cuando el juez decide otorgar tiempos acotados a cada parte: si uno sabe que sólo dispone de una hora, digamos, y que en ese tiempo no podrá interrogar a todos los convocados, es una técnica aceptable concentrarse en los que *a priori* aparecen como los peores jurados a la vista, e intentar hacer evidente una causal de recusación o, en el peor de los casos, obtener buenas razones para decidir en quiénes invertir las incausadas.

c. Interrogatorio general abierto. El fiscal primero, y el defensor después, disponen de un tiempo acotado para interrogar a todo el panel de jurados a la vez, o a algunos candidatos en particular. El interrogatorio general abierto demanda algún tiempo y requiere una especial destreza: uno dirige una pregunta del tipo “Muchas personas creen que resistir una orden de la policía es siempre algo malo, no importa las razones que uno crea tener. ¿Cuántos de ustedes estarían de acuerdo con esta afirmación?” y, de acuerdo a las manos alzadas (y por cierto, es necesario tener la capacidad de identificar y recordar quiénes lo hicieron),²⁴ deberá gastar su tiempo en pedir más precisión a prácticamente *todas* las personas: nunca se sabe dónde está el potencial jurado que debimos excluir, pero además, los ignorados no quedarán contentos. Pese a las dificultades que presenta, en algunos casos (especialmente si no se han utilizado cuestionarios, o cuando estos no han arrojado suficientes alertas que deban ser atendidas), es este el mejor mecanismo para hacer emerger datos de interés, y mucho más eficaz que repetir cuarenta y ocho veces las mismas tres preguntas (cuestionario individual). Este modelo es el que permite mayor flexibilidad, cuando se utiliza combinado con el interrogatorio particular abierto descrito anteriormente. Así, uno puede enfocarse en los candidatos más problemáticos, pero también recoger frutos de un diálogo grupal que puede resultar sumamente informativo, cuando la respuesta de uno despierta gestos de aprobación o rechazo en varios de los otros candidatos (siempre, claro está, que el litigante y su equipo estén alertas para detectarlos).

d. Interrogatorio cerrado (secuestrado). De uso infrecuente en la generalidad de los casos porque consume enormes cantidades de tiempo. Cada candidato es entrevistado en forma individual, fuera de la presencia de los otros candidatos, por las partes y

24. Este es un buen momento para enfatizar algo que no hemos dicho aún: es casi imposible conducir un *voir dire* con mínima eficacia si no se cuenta con, por lo menos, un asistente o dos que trabajen con planillas (existen programas específicos, casi todos para iPad) donde recoger rápidamente la información más importante que va surgiendo, y apoyen al litigante principal con las decisiones. Sin necesidad de tanta inversión, es posible llevar una especie de *scoring* de tres a cinco puntos para cada candidato, más alto cuanto mayores sean las contraindicaciones advertidas.

ante el juez. Está reservado a casos en que las cuestiones a abordar son extremadamente sensibles: a veces, es la única esperanza de que un candidato a jurado conteste con sinceridad sobre sus experiencias más traumáticas, como un abuso sexual, un historial de violencia doméstica o su experiencia con una pandilla. Es una herramienta muy valiosa, pero que debe usarse con mucha prudencia. Como se mencionó al enumerar las recomendaciones de diseño de formulario, el modelo secuestrado debería ser adoptado en combinación con los modelos abiertos, cada vez que un potencial jurado (sea en el cuestionario o durante el *voir dire*) solicite no responder en público determinadas preguntas. La literatura anglosajona registra casos de semanas de *voir dire*, en las que cien candidatos a jurados son examinados por esta vía, pero ciertamente, un sistema naciente como el nuestro, tardará en asumir tamaño costo.

6. Litigación y decisión final del *voir dire*: Una vez agotada la etapa de interrogatorios, y fuera de la presencia de los candidatos a jurado, los litigantes plantearán al juez las recusaciones con causa que pudieran requerir. Si hay acuerdo de partes en señalar que un candidato no puede desempeñar el servicio de jurado en este juicio, parece haber poco o ningún espacio para que el juez lo mantenga (y por cierto, arriesga fuertemente una revocación del tribunal revisor). Las recusaciones que el juez deseche podrán dar motivo a la protesta, que debe quedar asentada para que la parte pueda eventualmente fundar su recurso contra la sentencia adversa. Terminadas las recusaciones con causa, las partes tienen derecho a utilizar sus recusaciones perentorias (sin expresión de causa ni derecho a objeción de la contraria).²⁵ En la práctica estadounidense (que por lo general otorga a las partes muchas más recusaciones sin causa que en nuestro país, y casi siempre más a la defensa que a la fiscalía), hay esquemas preestablecidos del orden de alternancia en que estas recusaciones son formuladas por cada parte. En nuestro sistema puede aceptarse como razonable que la alternancia sea de una recusación por parte, comenzando por el fiscal. Una vez finalizadas

25. Salvo que se detecte un criterio discriminatorio, ver nota 7.

las recusaciones, se procederá según la normativa de cada jurisdicción (sorteo u orden preestablecido de numeración) a determinar quiénes servirán como jurados titulares, quiénes como suplentes, y quiénes serán excusados por excedentes.

ÚLTIMAS RECOMENDACIONES

1. *Carpe diem*: Como dijimos al comienzo, hay que abandonar toda pretensión de exhaustividad o perfección. Es inviable (al menos lo será en la inmensa mayoría de los casos en los próximos años) dedicar varios días al *voir dire*. Los abogados deberán aprender a hacer buenos cuestionarios, que permitan obtener información útil, y aprovechar el tiempo que conceda el juez para hacer dos o tres preguntas de seguimiento para algunos candidatos escogidos desde el cuestionario, antes o después de un par de preguntas generales abiertas que siempre nos pueden dar material valioso.
2. Siempre alerta: El *voir dire* es, como se dijo, el único momento del que disponen los abogados para saber algo de las personas más importantes y menos conocidas del juicio, que son las que darán el veredicto. Es el momento de absorber toda la información que circule por la sala. Como se dijo, no es una tarea para litigantes solitarios, y un par de auxiliares bien entrenados,²⁶ que lleguen temprano y puedan observar las actitudes e interacciones de los futuros jurados, y que estén toda la audiencia colectando información, harán la diferencia. Y cuando decimos “siempre” también nos referimos al momento en que los jurados contestan preguntas del oponente: más de una vez, un abogado (sobre todo si no tiene mucha experiencia) hará emerger en el *voir dire* datos que identifican al interrogado como un jurado muy proclive a su caso (y por lo tanto, candidato a nuestra recusación), así que siempre será buen momento para obtener información.

26. Estimo que faltan algunos años para que aparezcan consultores de selección de jurado que puedan ofrecer servicios profesionales de algún valor.

3. No juzgarás: Si un jurado tiene un prejuicio abominable y sumamente perjudicial para nuestro caso, lo mejor que nos puede pasar es que esa actitud se ponga en evidencia durante el *voir dire*, y no que quede oculta. Por lo tanto, nuestra actitud siempre debe ser favorable y amable con los candidatos a jurado, cualquiera sea su opinión. Cuantas más barbaridades diga contra nuestro cliente, contra nuestro caso o aun contra nosotros mismos, mayor debe ser nuestra complacencia y nuestra gratitud hacia él. Y no se trata de sarcasmo o hipocresía: debemos estar sinceramente agradecidos de que esa persona haya sido honesta y franca, permitiéndonos ejercer una recusación con firme decisión, en lugar de guardar su veneno para esparcirlo durante la deliberación del jurado. Si en la primera ocasión que tenemos, reprendemos o incomodamos a un jurado por no tener el “don” de la imparcialidad o por no pensar como a nosotros nos gustaría, sólo conseguiremos que los demás callen lo que tendrían que hacernos saber.
4. El contraexamen amable: Vinculado con el punto anterior, cuando detectamos un posible sesgo invalidante (y es posible que esto surja con preguntas bien abiertas, del tipo: “En su cuestionario, usted mencionó X. ¿Puede decirnos algo más al respecto?”), es muy posible que si cambiamos a una serie de preguntas cada vez más cerradas y sugestivas (hasta terminar con algo como: “¿Sería correcto decir que cuando se trata de X, tiene usted principios muy firmes?”, “Por supuesto”, “Tan firmes que ni diez testigos ni cuatro abogados alegando lo podrían hacer cambiar de opinión, ¿verdad?”, “No lo dude”), logremos convencer al juez de que existe una buena causa para recusar a este candidato a jurado, sin necesidad de gastar nuestras escasas y preciosas recusaciones perentorias. Pero este nirvana del *voir dire* sólo es alcanzable si logramos el desapego de toda ira, resistencia o agresividad para con nuestra víctima, manteniendo con nuestro futuro no jurado casi una conversación entre dos amigos íntimos. Es lo que se llama el “contraexamen amable”, en el que el examinado no se siente en absoluto cuestionado, sino al contrario, animado a profundizar y radicalizar sus posiciones, sin necesidad de hacerlo sentir derrotado, sino más bien reivindicado.

5. Cuidar el registro: Una de las primeras cosas que aprende un abogado litigante es a asegurarse de que todo (¡todo!) lo que ocurre durante el juicio, sus preliminares e incidentes, quede perfectamente registrado, si es que espera ganar un recurso contra la sentencia adversa, que puede encontrar su fundamento en cualquier resquicio de violación de la defensa en juicio o de los otros pilares del debido proceso. Y, por lo tanto, desde la audiencia preliminar (cuyas discusiones están entre las principales fuentes de revocación) hasta el desarrollo íntegro del *voir dire* (incluido el debate sobre recusaciones), todo debe estar perfectamente grabado en el registro del juicio. Y no se crea que estamos promoviendo prácticas foráneas: varios de los agravios intentados por los defensores ante el Tribunal de Impugnación de Neuquén contra las condenas emanadas de juicios por jurados han sido resueltos sobre la base de que al no haberse registrado una protesta, la parte consintió la resolución de la que no puede agravarse tardíamente.²⁷

CONCLUSIÓN

Como puede advertirse, el tema tiene varias aristas, y en modo alguno podría pretender siquiera enumerarlas todas (menos aun discutir las en forma exhaustiva) en el marco de este trabajo. Me conformo con haber ofrecido algo de la larga y documentada experiencia de los Estados Unidos, haber aportado algo de la naciente tradición juradista argentina, y (espero) haber instalado algunas preguntas que busquen su respuesta.

Quiero insistir en que la novedad es una gran oportunidad para investigar y para experimentar, sobre todo litigando intensamente estas cuestiones. De ese modo se podrán enriquecer las cavilaciones de los publicistas con la siempre rica opinión de los tribunales, que nace tanto de los libros como de la inquieta y creativa vocación que ponen en juego los buenos abogados, a la hora de defender las causas que les son confiadas.

27. Así, por ejemplo, en “Méndez” del 02/12/14 y en “Béliz” del 12/05/2015, ambos casos referidos al litigio de instrucciones.

RELACIONES ENTRE LOS “ESTÁNDARES DE PRUEBA” Y LA ACTIVIDAD DE LAS PARTES

Por Fernando Javier Zvilling*

Es obvio que lo que el juez –o cualquier otra persona– quiere, cuando pide “toda la verdad”, es toda la información verdadera interesante y atinente a la cuestión que pueda obtener; y muchos testigos absolutamente sinceros callan una información importante simplemente porque desconocen su relación con el caso.

Karl R. Popper,
Conjeturas y refutaciones

La idea central de este artículo es destacar la necesidad de comprensión de los problemas con los que se enfrentan los litigantes en la práctica jurídica ante los jurados populares. Esto encierra, en principio, un intento por demostrar las vinculaciones entre un estándar probatorio y la teoría probatoria del proceso penal. Y fundamentalmente, en lo que interesa al tema que aquí se desarrolla, qué debería hacer la acusación para establecer el “nivel” de prueba suficiente para satisfacer el estándar de la “duda razonable”, mediante el complejo proceso de formación de la prueba en juicio.

Con esto quiero reflejar que el estándar de la “duda razonable” sobre el que se “instruye” a los jurados, ya sea en las instrucciones iniciales o finales del juicio –si es una explicación directiva, posiblemente sería mejor que las reglas quedaran claras a los jurados antes de escuchar la prueba, es decir, ya incluso en las instrucciones iniciales–; no es suficiente para dar cuenta del modo en que finalmente deciden los jurados. Es claro que los juzgadores de hecho reciben explicaciones –variadas, por cierto– sobre qué es la “duda razonable”, pero en cierto modo son instrucciones vacías de contenido. La “vara” o “umbral” de prueba para arribar a un veredicto de culpabilidad es incierta. Las concepciones probabilísticas

* Juez del Tribunal de Impugnación de la provincia de Neuquén.

numéricas no abordan el problema en forma debida, pues no pueden dar cuenta de los complejos problemas que se deciden en un caso penal.

Por eso entiendo que es importante analizar el funcionamiento del sistema procesal desde el punto de vista dinámico, para comprender el importante papel que juegan las partes en la construcción del estándar de prueba.

Son los litigantes quienes colocarán la “vara” más alta o más baja para lograr una condena –satisfacción del estándar–. De allí la “inferencia a la mejor explicación”, que si bien no constituye el estándar adecuado para el proceso penal, al menos permite dar cuenta del modo en que funciona el sistema probatorio en la realidad. Por eso, la primera parte del análisis tiene un sentido más descriptivo que prescriptivo.

Una de las críticas que en general se ensayan al sistema de enjuiciamiento por jurados es la inexistencia de la justificación escrita de las decisiones. Por ello, su corrección o incorrección sería difícil de determinar. Sin embargo, estas objeciones no advierten algunas cuestiones esenciales que hacen al funcionamiento real del sistema. No se repara debidamente en el proceso previo –el *camino*– que permite concluir en una decisión definitiva. La selección de las pruebas para el juicio, la presentación del caso, el examen y contraexamen de los testigos y peritos que permite a las partes poner a la luz la confiabilidad –o no– de las fuentes probatorias, los alegatos de clausura y las “instrucciones” a los jurados son las herramientas que disponen las partes para construir su mejor “relato” sobre los hechos del caso.

La sola mención de estas cuestiones como aspectos esenciales para la decisión evidencia aspectos muy ajenos a nuestra tradición de enjuiciamiento. El litigio y la construcción del caso por las partes hablan de una metodología probatoria completamente diferente de los sistemas mixtos y aun de los acusatorios con la decisión en manos de jueces técnicos.

Ese camino para la construcción de la “Verdad” es tan importante como la meta: la decisión o veredicto. Si el camino construido por las partes es tortuoso, el resultado es poco previsible. Un juicio por jurados ideal sería aquel que, una vez finalizado, y antes del veredicto, toda persona que lo hubiera presenciado se encontrara en condiciones de haber formado una opinión, al menos provisoria, sobre cómo sucedieron los hechos. Esto nos hablaría de la correcta construcción de un relato y de una buena presentación de las pruebas al interior de ese relato. Hablo de

una mera opinión provisoria, porque, para mayores garantías de la decisión, el sistema exige que doce jurados, antes de adoptar una decisión definitiva, lleven adelante un serio proceso de deliberación.

Planteaba Twining (University College London) en un profundo ensayo, cuyo título ya indica lo inexplicable de la desatención de temas tan sensibles para las prácticas jurídicas, que el tema de la prueba y la determinación de los hechos requiere un lugar más destacado en el Derecho.¹ Es algo que merece ser atendido porque el estudio de la prueba es importante para entender el Derecho y para la práctica jurídica. Además, es necesario examinar de qué manera se puede construir un curso sobre la prueba en condiciones de sobrecarga del plan de estudios, advirtiendo sobre la desatención de las cuestiones probatorias en otras materias. Allí señala algunos aspectos en los que el reciente surgimiento de la prueba como un ámbito multidisciplinario puede afectar el estudio y la enseñanza de la prueba en el Derecho.

Los interrogantes que podrían plantearse desde el tradicional discurso adverso a este sistema de enjuiciamiento serían: ¿para qué hablar de hechos y prueba si los jurados no motivan sus decisiones, las cuales, por otra parte, son completamente emocionales o subjetivas y, por ende, vedadas a cualquier tipo de control sobre su corrección? Este artículo pretende evidenciar que el enjuiciamiento por jurados, al menos desde una visión –y construcción– epistémica del proceso, permite dar acabada respuesta a ambos interrogantes.

Aunque resulte curioso –y hasta en cierto modo paradójico–, con la introducción del juicio por jurados se comenzó a hablar de “estándares de prueba”. Es más, se han instalado algunas discusiones vinculadas con los estándares, como las Reglas de Evidencia y las Reglas éticas de la Litigación.

Esto no es casual, sino que, contrariamente al modo en que se ha planteado el problema de la falta de fundamentación de las decisiones de los jurados, se puede advertir que en la práctica las exigencias a los litigantes son muy superiores que frente a los jueces técnicos. Como a los jurados se los instruye en “Derecho”, y sus decisiones versan sobre los “hechos” –con todas las salvedades, a veces exageradas, sobre lo difícil

1. Twining, William, “De nuevo, los hechos en serio”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 32, 2009, pp. 317-340.

que resulta su distinción–, el litigio sobre los hechos y la prueba ha pasado a ocupar un papel central –increíblemente descuidado–.

Entonces, a la hora de presentar los hechos y las pruebas a los ciudadanos jurados, nos encontramos con la necesidad de instruir sobre algo tan poco conocido como el “estándar de la duda razonable”. Esto nos colocó de cara a un problema que pasaba casi inadvertido: ¿tenían los jueces técnicos un estándar de prueba para decidir? ¿Era la “sana crítica racional” un verdadero estándar probatorio?

No es el lugar para profundizar sobre estas cuestiones, pero da la impresión de que el último reducto de la “litigación con las formas” de la que tanto nos ha hablado Alberto Binder, también se encontraba presente en los recursos contra las decisiones “motivadas” de los jueces técnicos. Con el viejo sistema de casación es más que claro, pero aun con la casación ampliada, después de “Herrera Ulloa” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de “Casal” de nuestra Corte Suprema de Justicia, puede advertirse que los cuestionamientos pasaban más por los vicios lógicos de la motivación (contradicción, falta de fundamentación o motivación aparente, etc.) sin que las críticas fueran dirigidas al corazón del problema: el estándar de prueba, por la sencilla razón de su inexistencia. Por supuesto que los errores lógicos de una decisión guardan relación con los problemas probatorios. Pero no siempre.

Ahora, ¿es la “duda razonable” un estándar que viene a solucionar todos los problemas? ¿Acaso no está sometido a fuertes críticas aun en los Estados Unidos, modelo de nuestros sistemas de enjuiciamiento por jurados? Efectivamente esto es así, pero no significa que sea imposible la construcción de un estándar probatorio más o menos objetivo.

Existen intentos de los más variados para mejorar el estándar, y en general tienen en común la necesidad de perfeccionar las instrucciones que se imparten a los jurados para llevar adelante las deliberaciones. Si es posible la construcción de un estándar probatorio *objetivo* es una pregunta abierta, aunque en principio pueden señalarse algunas cuestiones muy básicas que, al menos, marcan el camino contra las concepciones subjetivistas.

Los primeros desvaríos en la construcción del estándar de la “duda razonable” se producen precisamente allí, donde Alberto Binder cen-

tra la atención como punto básico de un sistema de garantías: el hecho.² Si un estándar desconoce la materia propia que debe regular desde el punto de vista probatorio, ¿podemos hablar propiamente de un estándar de prueba?

Con esto quiero poner el acento en un concepto básico y fundamental que, de no quedar lo suficientemente claro, conduce a una construcción –o tal vez destrucción– de lo que un estándar nos debería decir, o bien para qué debería servir: cuál es el nivel de prueba que permite derribar la presunción de inocencia –además de la distribución de errores–. Es decir, cuándo una persona puede ser declarada culpable por la comisión de un hecho penalmente relevante. Aclaro que hablo de “hecho” como un concepto comprensivo del más amplio de “acontecimiento”, “suceso” y aspectos subjetivos que caracterizan a la mayoría de los tipos penales, como por ejemplo el dolo.

Existe otro tema no menor. En los sistemas acusatorios o adversariales –creo que existe una diferencia de tinte ideológico, pero no es pertinente que aquí sea tratada–, se habla de la desaparición de la verdad y de la solución del conflicto como fin principal del sistema penal. Ello obedece a una confusión entre las funciones institucionales del aparato represivo, que tienen el fin de disminuir la conflictividad y generar respuestas para reconducir el conflicto hacia vías no represivas. Pero ello no significa que la verdad haya perdido su razón de ser. Si no hay verdad, no hay proceso cognoscitivo posible, es decir, se desconocen el hecho y la prueba como elementos esenciales de legitimidad para el dictado de una condena en un Estado de derecho, tanto frente a jueces técnicos como a jurados.

Lo que sucede es que –tardíamente, por cierto– se ha cambiado el concepto de verdad en el proceso penal, producto de la herencia inquisitiva de nuestros sistemas. La verdad cumple una función teleológica,³ y es aproximativa –consecuencia de la naturaleza del conocimiento humano–. No existe posibilidad alguna de condena si no es con verdad. Aún los acuerdos de pena, tan cuestionados en nuestro país (muchas veces con razón, pero ello más por la forma y sus condi-

2. Binder, Alberto, Prólogo al libro de Schiavo, Nicolás, *Valoración racional de la prueba en materia penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2012.

3. Ferrer Beltrán, Jordi, *Prueba y verdad en el Derecho*, Barcelona, Marcial Pons, 2005.

ciones de instrumentación), no podrían ser el producto de algo distinto de la existencia de hechos probados, con una salvedad técnica. No se encuentran probados porque no existe una decisión judicial que así lo determine, pero sí un acuerdo de partes, en los que la defensa conoce las “cartas” (evidencias) de las que dispone el acusador para lograr una condena frente a un tribunal (jurado o juez técnico). Esto es lo que debe fundamentar un acuerdo. Y si las reglas fueran claras, los acuerdos serían más previsibles. Si las “reglas de evidencia” son transparentes sobre *qué* prueba podrá ser utilizada en un juicio, evitando la filtración de información irrelevante, poco confiable o prejuiciosa, que pueda llevar a confusión a un jurado, o la introducción de “ciencia basura” que no satisface los estándares mismos de su disciplina, o la incorporación de evidencias que no cumplen con las exigencias constitucionales o no respetan las reglas de adquisición o formación de la prueba, los acuerdos serían más previsibles. Sólo de este modo los litigantes podrán contar con reglas de actuación.

Por supuesto que la “duda razonable” no viene como por “arte de magia” a solucionar todos los problemas, pero sí nos confronta con el problema mismo: qué cantidad de prueba es necesaria para justificar un veredicto de culpabilidad. Como sostiene Daniel González Lagier, los filósofos del Derecho, y los juristas en general, se han preocupado más por los problemas de interpretación de las normas que por los problemas de prueba.⁴ Y ello a pesar del consenso cada vez más extendido sobre la necesidad de que la justificación de una decisión judicial no sólo abarque las cuestiones de derecho relacionadas con el caso, sino también las cuestiones de hecho. De allí que postule que los jueces asuman simplemente “una epistemología de sentido común, aunque no ingenua”.

En definitiva, de la mano del jurado, tan cuestionado por los problemas de subjetividad y de la imposibilidad de control de sus decisiones, se coloca sobre la mesa el tema principal: la necesidad de construcción de estándares. Es decir, da cuenta de que el sistema mismo lleva a exigencias probatorias, en muchos casos superiores a las exigidas frente a jueces técnicos.

4. Lagier, Daniel González, *Los hechos bajo sospecha. La objetividad de los hechos y el razonamiento judicial*, Barcelona, Marcial Pons, 2000.

Establecer la verdad en cualquier ámbito puede ser algo complejo. Más aun en el proceso penal, en el cual se producen tensiones entre las necesidades propiamente epistémicas –tendientes a la averiguación de la verdad– y las normas jurídicas, que establecen una serie de normas que regulan, limitan o prohíben la forma en que pueden probarse los hechos. Esto ya marca una importante diferencia de cualquier otro tipo de investigación, ya sea científica, histórica, etcétera.

Y la complejidad es aun mayor si reparamos en la delimitación temporal de investigación de los procesos penales, o en los obstáculos epistémicos, entendidos como todas aquellas reglas jurídicas que impiden la introducción de elementos de prueba por diversas razones: relaciones de parentesco, secreto profesional, prohibiciones probatorias, etcétera. Y muchas veces el método del contradictorio dificulta enormemente, por ejemplo, determinar la calidad o consistencia de pruebas periciales científicas y/o técnicas complejas. No quiero decir que el sistema “contradictorio” sea inadecuado, sino que complejiza aun más la determinación de los hechos para lograr mayores garantías de la decisión.

En un caso concreto, determinar si el estándar probatorio se satisfizo es algo sumamente complicado, ya que involucra valoraciones de cada prueba en particular –prueba en el sentido de elemento de convicción individual, como podría ser una declaración testimonial–, como así también del nivel o grado de prueba suficiente para justificar una condena “más allá de toda duda razonable” y el proceso argumentativo de integración de la totalidad de las pruebas producidas en juicio. Las razones, como se verá en la segunda parte de este trabajo, juegan un papel no menor a la hora de justificar un estándar de prueba, y esta es una actividad propia de los litigantes.

Por otra parte, cada elemento de prueba requiere de una evaluación diferente, que no sólo dependerá del tipo de prueba –testimonial, pericial, etc.–, sino de cuán significativa sea para ese caso concreto. De allí que el estándar de prueba no está destinado para decir a los jurados cómo resolver, sino que se limita al establecimiento de guías para la valoración de la prueba.

QUÉ ES UN ESTÁNDAR DE PRUEBA

Las funciones básicas que cumple un estándar de prueba son el establecimiento del nivel de prueba para habilitar una condena y la distribución de errores. Mientras más exigente sea un estándar de prueba en el proceso penal, habrá menos inocentes condenados, pero más culpables absueltos. En forma inversa, si las exigencias del estándar de prueba son menores, menos culpables resultarán absueltos, pero habrá más inocentes condenados. Como en definitiva se trata de determinar hechos, y el conocimiento humano es limitado, es obvio que se puede reducir el margen de error, pero no se puede eliminar.

Ahora, cuál es el umbral que determina el grado de prueba mínimo para tener por acreditado un hecho es algo poco claro. Cuando un juzgador toma una decisión, no alcanza con la comparación de las pruebas que avalan una u otra hipótesis en juego, por varias razones. Una, porque el grado de corroboración dependerá del sistema en el que se aplique. No es lo mismo el modo de distribución del error en el proceso civil que en el proceso penal. Son diferentes los estándares de la “prueba clara y convincente”, la “preponderancia de la prueba” o “más allá de toda duda razonable”. Para mayor complejidad, es necesario reparar en el problema de las distintas cargas de prueba de las partes. En el sistema penal, para tener por probada la hipótesis de la acusación, no sólo es necesario alcanzar un nivel alto de prueba, sino que existe otro principio en juego. La carga de la prueba es un problema de la acusación.

Ahora, la idea sería que un estándar de prueba nos dijera de antemano cuál es el nivel requerido para obtener una condena. Los mayores esfuerzos en la construcción de los estándares pretenden establecer un alto nivel, cercano al 90% o 95% de probabilidad. Sin embargo, a la hora de pretender cuantificar el nivel de prueba en un caso concreto, es dudoso que se pueda establecer en forma numérica.

Es necesario aclarar que no se trata de regresar a las “pruebas tasadas”. Como se verá a continuación, al explicar lo que entiendo que debería ser la construcción del estándar probatorio mediante la actividad de las partes, una cosa es la valoración de todo el caudal probatorio para la toma de la decisión final y otra bien distinta es el valor o peso que el juzgador atribuye a cada elemento de prueba y/o evidencia. Un estándar de prueba no pretende establecer un valor *a priori*, al estilo

de las pruebas tasadas, sustituyendo la actividad propia del juzgador –evaluador– de los hechos. Lo que no significa, claro está, que esta actividad sea meramente subjetiva y, por ende, de imposibles controles posteriores sobre su razonabilidad.

Existen grandes esfuerzos para la construcción de estándares de prueba adecuados para el proceso penal. Larry Laudan, desde los métodos científicos, Susan Haack, desde la Epistemología, Jordi Ferrer Beltrán y María Gascón Abellán, desde el Derecho pero con el empleo de herramientas de otras disciplinas, marcan un profundo e interesante camino para sentar las bases de discusión para nuestra realidad jurídica y cultural.

EL ESTÁNDAR PROBATORIO “MÁS ALLÁ DE TODA DUDA RAZONABLE”

Larry Laudan, uno de los más reconocidos epistemólogos a nivel internacional, dedicado a la filosofía de la ciencia y la epistemología aplicada, cuando se interesó por cuestiones vinculadas con el Derecho, y luego de haber leído el famoso caso “Winship” de la Corte Suprema de los Estados Unidos, consultó a Brian Leiter de la Universidad de Texas –filósofo estudioso del derecho probatorio–: “No puedo entender lo que dice la Corte acerca de la prueba más allá de toda duda razonable. ¿Puede Ud. ayudarme a clarificarlo?”. Luego de un ejercicio de comprensión de lo relevante del caso, su interlocutor contestó: “No”.

Después de brindar su opinión opuesta a la decisión de la Corte Suprema de excluir la “certeza moral” de las instrucciones a los jurados, al entender el Tribunal que se trata de un término arcaico, que no proporciona orientación alguna y que confunde, lo que estima que es un análisis descontextualizado de la literatura filosófica en la que surgiera, brinda un panorama muy amplio de lo que se entiende por “duda razonable”. Señalo que este autor entiende la “certeza moral” como un triunfo de la filosofía empírica y que, lejos de conducir a decisiones subjetivas, coloca el acento en decisiones objetivas basadas en las evi-

dencias del caso. Otra opinión sobre el nacimiento de la certeza moral parece tener James Whitman.⁵

Así es que Laudan critica distintas fórmulas, las que brevemente señalaré, con el único fin de mostrar lo confuso que es determinar qué significa el estándar, aun en el país de origen, para advertir sobre la necesidad de dirigir los esfuerzos en su construcción sobre la base de nuestra realidad jurídica y cultural.

Sobre “Más allá de toda duda razonable como aquella seguridad en creencias que consideramos apropiadas para la toma de decisiones importantes en la vida”, entiende Laudan que esta analogía –entre las decisiones que en la vida cotidiana tomamos respecto de asuntos importantes y las deliberaciones de un jurado– invita a los miembros del jurado en un juicio penal a condenar basados en la misma clase de creencias precarias que frecuentemente guían sus decisiones prácticas cruciales.

También ha sido considerado “Más allá de toda duda razonable como el tipo de duda que haría que una persona prudente vacilara en actuar”. Pero si el estándar supuestamente debe implantar un severo umbral para condenar, esta explicación no es adecuada. Si un juez informa a los jurados que pueden condenar si están igual de seguros de la culpabilidad del acusado de lo que están de las creencias que guían, y han guiado, las decisiones importantes en sus vidas, ello constituye una abierta invitación a condenas con base en niveles bastante bajos de confianza en la culpabilidad del sujeto en cuestión.

En tanto que “Más allá de toda duda razonable como una convicción estable en la culpabilidad del acusado”, significa decirle al jurado que no debe condenar a menos que tenga una convicción fuerte y estable de la culpabilidad del acusado. Esto es inaceptable, porque confunde una (posible) condición necesaria con una condición suficiente. En efecto, puede ser que deseemos que los miembros del jurado estén persuadidos de la culpabilidad del acusado si es que han de condenar; sin embargo, tal persuasión no tiene valor probatorio alguno salvo que se derive de una reflexión cuidadosa de todas las pruebas disponibles y de inferencias prudentes a partir de estas.

5. Whitman, James Q., *Orígenes de la duda razonable: raíces teleológicas del proceso penal* (traducción de Nicolás Schiavo), Colección de Ciencias Jurídicas, Buenos Aires, Universidad de Palermo, 2016.

En cuanto a la “duda razonable como aquella duda para la cual puede ofrecerse una razón”, estima Laudan que esta fórmula *parece* ser casi tautológica y, por tanto, no sólo inofensiva, sino incluso vacía de contenido. Con base en esta interpretación, se dice que una duda razonable es una duda que es, precisamente, razonable; es decir, una para la cual puede ofrecerse una razón. Desde este punto de vista, aquellas dudas para las que no puedan ofrecerse razones fracasan en su intento de ser razonables y, por ende, no están en condiciones de impedir la emisión de una condena. Obvia como aparenta ser, esta explicación de la duda razonable frecuentemente ha sido vista con desaprobación por los Tribunales de apelación y, a veces, fue explícitamente repudiada.

Por ello critica las decisiones que sostienen que exigir que la duda sea *razonable* es un error, ya que rompe con la distinción de una duda (posible) y una duda razonable. Seguramente, podemos conceder que un miembro del jurado puede seguir teniendo dudas de la culpabilidad del acusado tras haber escuchado todas las pruebas aducidas en un concreto. Lo que creo que ese miembro del jurado no puede hacer es determinar que las dudas que tiene son *razonables* sin que, en efecto, sea capaz de formularselas a sí mismo y de someterlas a escrutinio, preferiblemente con la ayuda de sus colegas. Si un miembro del jurado no puede señalar alguno de los elementos probatorios de la acusación que no le parezca totalmente convincente, entonces es imposible, incluso para él, determinar si una duda acerca del veredicto de culpabilidad es racional o no. Obviamente, a la acusación no debería conferírsele la carga de eliminar de las mentes de los miembros del jurado todas las dudas *posibles*, sino sólo las *razonables*. De hecho, ese fue el motivo para que hace doscientos años se reemplazara el viejo criterio (“absuelva si tiene alguna duda de la culpabilidad”) por “más allá de toda duda razonable”. En la medida en que la duda de un jurado no pueda expresarse, no podemos siquiera aspirar a ubicarla en algún punto del eje que separa lo racional de lo irracional.

Exigir de los miembros del jurado que sean capaces de expresar tales dudas a sus colegas, o a sí mismos, es perfectamente compatible con la presunción de inocencia y con la imposición de la carga completa de la prueba a la acusación. De allí que ve correcta la instrucción “de que una duda razonable es una duda para la que puede

ofrecerse alguna razón con base en las pruebas disponibles” (Corte Suprema de Wisconsin).

También ha sido considerada “Más allá de toda duda razonable como una creencia altamente probable”. Señala Laudan que, si bien es una instrucción preferida por los académicos, es rechazada en forma casi sistemática por los Tribunales por distintas razones que no viene al caso explicitar aquí, pero que, por ejemplo, podrían implicar el reconocimiento explícito de que el sistema condena a inocentes.

La variedad de interpretaciones de la duda razonable, como aquellas otras que entienden que es innecesario –o hasta incorrecto– cualquier intento de definición, pues la duda razonable es un concepto “autoevidente”, o bien “constituye un precepto filosófico básico que el concepto de duda razonable tiene una existencia *a priori* en las mentes de los miembros del jurado”, pone en evidencia, como ya lo dijera, la necesidad de una profunda discusión para su construcción.

Larry Laudan se basa en la idea –proveniente de la estadística y la filosofía de la ciencia– según la cual un test poderoso de la verdad de cualquier hipótesis empírica, H, es su capacidad para dar cuenta de hechos o datos que resultarían absolutamente ininteligibles si H fuera falsa. Aplicada al contexto jurídico, la idea sería que la afirmación de la acusación sobre la culpabilidad del acusado adquiere una alta plausibilidad en la medida en que algunas pruebas pertinentes se hayan *prima facie* determinado como verdaderas, y sean fácilmente explicables si el acusado fuese culpable y sumamente sorprendentes si el acusado fuese inocente.⁶

Si algunos de los rasgos importantes del caso a los que la hipótesis de la culpabilidad puede dotar de sentido son igualmente compatibles con la hipótesis de la inocencia, entonces la acusación no es lo suficientemente fuerte como para justificar una condena. Del mismo modo, si hay hechos pertinentes que tienen sentido sólo para la hipótesis de la inocencia, entonces se debe absolver.

Esta propuesta es sumamente interesante, ya que nos brinda las herramientas conceptuales para la determinación de la verdad. Sin embargo, entiendo que existen diferencias sustanciales entre la ciencia y la averiguación de la verdad en el proceso penal, que si bien hacen

6. Laudan, Larry, *Error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica*, Barcelona, Marcial Pons, 2013.

aplicables muchas de aquellas herramientas conceptuales, no logran captar en su real dimensión el aspecto dinámico del proceso.

También Jordi Ferrer Beltrán, con las herramientas de la filosofía de la ciencia, elaboró una propuesta estándar de la duda razonable.⁷ Según este autor, para considerar probada la hipótesis de la culpabilidad “más allá de toda duda razonable”, se deben reunir las siguientes condiciones:

1. La hipótesis debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas.
2. Deben haberse refutado todas las demás hipótesis plausibles explicativas de los mismos datos que sean compatibles con la inocencia del acusado, excluidas las meras las hipótesis *ad hoc*.

Este trabajo es muy interesante y también nos aporta herramientas y conceptos para comprender cómo debería funcionar un estándar, pero es claro que las diferencias entre el ámbito científico y el proceso penal son bien marcadas. El proceso penal no tiene la finalidad de construir hipótesis para predecir nuevos datos, por ejemplo. Y es poco claro qué se pretende significar con las hipótesis *ad hoc*.

La importancia de estas propuestas radica principalmente en el aporte de herramientas conceptuales para pensar cómo debería diseñarse un proceso que permita explicar a los jurados el modo de proceder para arribar a un veredicto. Sin embargo, como lo sostuviera anteriormente, para lograr veredictos con menores márgenes de error, es tan importante la decisión final como el modo en el que se arriba a esa decisión.

Si no me equivoco, ese tipo de construcciones teóricas tienen grandes limitaciones en el ámbito práctico. Las diferencias entre la investigación científica y la determinación de los hechos en el proceso penal son sustanciales. Por ejemplo, difieren ya desde el punto de vista metodológico. La posibilidad de experimentación controlada en ciencia no es algo que suceda en el proceso judicial. Los tiempos procesales juegan un papel relevante. En el proceso penal el objeto de investigación no es elegido precisamente por el investigador, a diferencia del campo científico, etcétera.

Por estas razones, lo más provechoso sería analizar cómo funciona el sistema penal en la realidad y, a partir de allí, pensar las variables para

7. Ferrer Beltrán, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Barcelona, Marcial Pons, 2007.

reducir el margen de error en las decisiones. Con esto no pretendo decir que no deba existir un estándar probatorio, o que no sea posible una construcción adecuada, sino más bien que su funcionamiento dependerá de una multiplicidad de variables en el desarrollo del proceso y en la actividad misma de los litigantes para lograr su optimización, de modo tal que impacte directamente en la mejor decisión sobre los hechos.

En la provincia de Neuquén se cuenta con la experiencia de dos años y medio de jurados, exigua por cierto, pero al menos resulta bastante provechosa, ya que ha permitido analizar varios casos decididos en juicios por jurados y evaluar cómo –aparentemente– razonan y adoptan las decisiones los jurados.

Lo que queda más o menos claro –al menos de modo provisional, recalco en forma muy provisional– es que la construcción del estándar probatorio con las herramientas de la ciencia posiblemente sea insuficiente. Nada garantiza que las decisiones sean correctas mediante la conceptualización de un estándar y su explicación a los jurados, si no se repara debidamente en el proceso que antecede a la decisión final. Una de las cuestiones centrales son los filtros de admisibilidad probatoria previos al juicio. Tampoco, aunque parezca muy evidente, si no se pone el acento en las reglas probatorias, o el modo en que se imparten las instrucciones al jurado, y fundamentalmente en su contenido. Estas cuestiones son las que se tratarán a continuación.

El derecho probatorio son las reglas que regulan la actividad probatoria. Pero las pruebas en un juicio no dependen pura y exclusivamente de esas reglas, sino que funcionan de modo dinámico y requieren de una serie de razonamientos para poder llegar a una decisión.

Seguramente, un estándar de prueba se entienda mejor como grados de “aval” de las hipótesis, o desde un punto de vista “explicativo” de las pruebas, que como meras probabilidades numéricas. Las relaciones entre los enunciados fácticos y las pruebas practicadas durante el juicio serán en definitiva el material sobre cuya base adoptarán la decisión los jurados. Tengo la impresión de que algunas propuestas de estándares no captan la dinámica misma del juicio y, fundamentalmente, cuánto influye la actividad de las partes en el veredicto.

Existen distintas propuestas “estandarizadas” para explicar el estándar de la duda razonable, pero lamentablemente también se estandariza el modo en que se explica o instruye a los jurados sobre cómo

deben decidir. Cómo deberían valorarse las pruebas en forma individual, cuál es el peso o valor probatorio de la evidencia científica en el caso concreto, por qué determinada prueba indebidamente introducida al juicio no debería considerarse, cuáles son las exigencias para determinar si una inferencia está justificada, cómo debería lograrse una reconstrucción de los hechos sobre la base de las pruebas producidas, etcétera, son aspectos que los litigantes deberían intentar introducir como instrucciones de su caso. Todos los casos son diferentes, el tipo de prueba que en cada proceso se produce difiere y, por ende, la actividad probatoria y explicativa de las partes varía. Las propuestas de instrucciones son –o deberían ser– muy distintas de un caso a otro.

Cuando al jurado se le explica que “los alegatos de las partes no son prueba”, lo que es correcto, sin embargo parece no dimensionar debidamente el importante papel que cumplen –o debieran cumplir–. Parece que se coloca en un segundo plano la actividad de las partes, quienes una vez producidas las pruebas, brindarán al jurado su explicación –mejor o peor– de las pruebas sobre los hechos del caso. ¿Acaso esto no es algo importante, y sobre todo influyente en la decisión final?

PARA COMENZAR LA TAREA DE REDUCCIÓN DE ERRORES. LA NECESIDAD DE PERFECCIONAR LAS AUDIENCIAS PRELIMINARES DE ADMISIBILIDAD PROBATORIA

Existe un momento muy importante en el sistema procesal estadounidense en el que vale la pena detenerse, aunque sea brevemente, porque es ajeno a nuestra tradición jurídica y produce ciertas confusiones. Muchas de las reglas probatorias y de admisibilidad son problemas propios de una audiencia central, cuya finalidad es lograr el mejor funcionamiento del jurado. Hay quienes dicen que es un modo de control del jurado y de los litigantes. En tanto, en los sistemas de tradición romano-germánica, en la audiencia de “admisibilidad probatoria” normalmente sólo se discuten problemas vinculados con la exclusión de las pruebas por ilicitud –temas jurídicos–.

Aquellos controles sobre la prueba no forman parte de la práctica habitual. Una de las principales razones de este modo de proceder puede que obedezca a una sencilla razón: los juicios se realizan con jueces

técnicos, por lo que los “filtros” de admisibilidad probatoria –en teoría– no tendrían razón de ser. ¿Por qué un juez técnico en una audiencia preliminar debería realizar una tarea para la cual los jueces técnicos del juicio estarían igualmente capacitados? Esto parte de varios equívocos. Uno de ellos es que se supone que el juez (vieja fórmula del *peritus peritorum*, algo así como un súper perito), conoce no sólo de Derecho, sino también de ciencia, métodos científicos, etcétera. Entonces, esto significaría que un juez delimitaría las pruebas que se producirán en juicio, cuando otros jueces, en iguales condiciones, podrían llevar a cabo esta actividad, con la ventaja del análisis global de las evidencias.

Sin embargo, los criterios de relevancia y de confiabilidad probatoria no son cuestiones propiamente jurídicas, por lo que una audiencia que pretenda organizar el juicio impidiendo el ingreso de información innecesaria es importante en cualquier sistema, ya sea que se trate de jurados o de jueces técnicos.

De cualquier modo, este no es el problema que nos ocupa. ¿Por qué razón en los Estados Unidos, por ejemplo, estas audiencias son importantes? Porque se pretende no llevar a confusión a los jurados con prueba inatinerente o poco confiable para la decisión del caso. Para lograr este cometido existen “Reglas de evidencia” que fijan criterios generales para la admisión de la prueba. En nuestro país, si bien no contamos con un cuerpo normativo similar, lo cierto es que sí disponemos de varias reglas básicas de evidencia en los códigos procesales.

Estimo que la cuestión central es, como lo señalara al comienzo, la escasa formación en metodología de la investigación científica y en epistemología. No forma parte de nuestros planes de estudio y, al parecer, tampoco es algo tan consolidado aún en la tradición del *common law*, si nos atenemos a la opinión de los autores citados.

En lo que respecta a la construcción del estándar probatorio, las llamadas “Audiencias preliminares” o de “Control de la acusación” deberían constituir un paso muy importante para lograr la reducción de errores en las decisiones. Aquí surge la necesidad de aplicar criterios epistemológicos de relevancia probatoria, más allá de los filtros jurídicos de admisibilidad. Como adelantara, una teoría probatoria juega un papel fundamental en la construcción del estándar y, en concreto, en estas audiencias previas corresponde seleccionar las pruebas que

se producirán en juicio y filtrar aquellas que no superen el juicio de relevancia y, en ciertos casos, el de confiabilidad.

En los EE. UU. existen criterios más estrictos de admisibilidad, no limitados a cuestiones jurídicas, sino de índole epistémica. No significa que allí todo esté resuelto, o que todos los jueces apliquen correctamente todos los criterios. La finalidad es filtrar la información irrelevante, prejuiciosa o de baja calidad. La idea es no confundir al jurado con información poco confiable o irrelevante. No debe ingresar al juicio aquella prueba que no satisface los criterios de “confiabilidad” o que puede llevar a confusión por sobresaturación de información, por ejemplo.

Ahora, en función de la distinción básica entre el juez “de los hechos” y el juez “del derecho”, todas las cuestiones vinculadas con la “credibilidad” son materia propia de los jurados; de allí que los jueces técnicos no deberían inmiscuirse en este tipo de valoraciones. La relevancia no es sino un criterio que los jueces de admisibilidad aplican en forma meramente hipotética. Es decir, decidir la relevancia de la prueba para el caso, pero dando por supuesto que la prueba es confiable.

A grandes rasgos, podríamos señalar que una prueba es relevante si tiene una tendencia a hacer más o menos probable la existencia de cualquier hecho con consecuencias para la determinación de la acción en comparación con la ausencia de dicha prueba (Regla federal de evidencia, 401). Las pruebas que no son relevantes, no son admisibles (Regla federal de evidencia, 401).

Ahora, más allá de la relevancia –y aun siendo relevantes–, las pruebas pueden ser excluidas si su valor probatorio es superado sustancialmente por la presencia de uno o más “peligros” (Regla federal de evidencia, 403). Por ejemplo, el prejuicio. Vale aclarar que muchas veces, como consecuencia de este criterio pueden producirse decisiones paternalistas que subestiman al ciudadano que intervendrá en el juicio como jurado. Suele suceder que se catalogue de “prejuiciosa” cierta información verdaderamente relevante para la decisión, lo que la condiciona, y en definitiva es materia de hecho, reservada a los jurados y en cuyo terreno no podrían inmiscuirse los jueces técnicos. Esto podría llevar a indebidas manipulaciones de la prueba, por lo que este criterio debe aplicarse en forma muy cuidadosa.

Por otra parte, también vale aclarar que el criterio de confiabilidad tiene excepciones en una clase de prueba: la pericial. En nuestra

tradición, que paulatinamente va cambiando con los avances jurisprudenciales (por ejemplo, el caso “Tejerina” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación), los peritos oficiales elaboraban dictámenes prácticamente incuestionables, producto de la supuesta imparcialidad y confiabilidad de hecho de sus opiniones. El sistema acusatorio, y principalmente el juicio frente a jurados, produjo un cambio radical de esta visión. La necesidad de instruir al jurado sobre los criterios de valoración de la prueba pericial o de los testimonios expertos ponen muy en evidencia que los viejos criterios de validación de una pericia eran muy pobres desde el punto de vista epistémico.

El juez de la audiencia de admisibilidad probatoria debe evaluar si una prueba técnica o científica ha respetado, por ejemplo, los métodos utilizados en la disciplina, si el perito posee la capacidad técnica o científica para emitir el dictamen, si ha elaborado su informe sin excederse en los límites de su ciencia, etcétera. Ahora, el primer problema que se plantea es el siguiente: si un grupo de ciudadanos debe decidir sobre la base de conocimientos científicos que no posee –de allí los filtros previos para minimizar los riesgos–, ¿significa que los jueces técnicos estén en condiciones de hacerlo? Los conocimientos de los litigantes y la preparación de los jueces en áreas ajenas al conocimiento jurídico, en definitiva, son variables importantes a la hora de colocar la “vara” del estándar de decisión.

En los Estados Unidos, a partir del fallo “Daubert vs. Merrel” de la Corte Suprema de Justicia se establecieron los criterios de admisibilidad de la prueba científica, dejando sin efecto el test “Frye”. Básicamente se estableció que para determinar si una prueba pericial es científicamente válida, la teoría o técnica en que se basa la pericia debe haber sido sometida a prueba, debe haber sido publicada y revisada entre pares, y conocerse la tasa de error y el método o técnica debe haber sido aceptado por la comunidad científica. “Kumho” y “General Electric” completaron la trilogía.

Estos criterios, más allá de algunas críticas que puedan haber recibido, sobre todo desde el plano epistemológico, son muy importantes ya que obligan a los jueces y partes a inmiscuirse en cuestiones metodológicas y científicas. Este precedente llevó a la modificación de las “Reglas federales de evidencia”. La Regla 702 establece que un perito debe ser calificado como experto por su conocimiento, habilidad, experiencia,

entrenamiento o educación y puede testificar si: 1. El testimonio se basa en hechos y datos suficientes o información confiable. 2. El testimonio es producto de principios y métodos confiables. 3. El experto ha aplicado de manera fiable los principios y métodos a los hechos del caso.

La satisfacción del estándar de prueba muchas veces se disfraza con lo que ha sido denominado por Susan Haack como “cientismo”, entendido como una deferencia exagerada o inapropiada hacia las ciencias. “El cientismo... emplea el prestigio de la ciencia como disfraz y protección”. Y cuánto recuerda esto a sentencias “fundadas” en informes periciales aceptados acríticamente.

Las “Reglas de evidencia” no están para corregir los errores de litigación. Con esto quiero decir que si una parte del proceso no tiene en mente una teoría probatoria adecuada, no discute la cientificidad de la prueba contraria, no interroga o contraexamina debidamente, no hay remedio. El sistema acusatorio está pensado para que sean las partes quienes construyan los fundamentos de la decisión (motivación de los jueces técnicos). En el sistema tradicional de jueces técnicos, lo importante es la meta: motivación de la sentencia. Frente a los jurados, lo más importante es el camino que construyen las partes. Son las cargas de producción y persuasión las que construyen –o mejor, satisfacen– el estándar de la duda razonable, tan indefinido conceptualmente como indefinible, en la medida en que no se analice el funcionamiento real del sistema probatorio. El litigante que no sabe qué y cómo probar, aunque suene muy básico, no recibe la ayuda de un juez técnico, ni en la producción de la prueba –esto ya quedó muy lejos en los verdaderos sistemas acusatorios– ni en la carga de satisfacción del estándar probatorio mismo. Recordemos que un estándar no son las “evidencias” estáticas. Las pruebas no hablan por sí mismas, no se ofrecen solas al interior de un relato, no se relacionan automáticamente, ni brindan una explicación hipotética. Esto constituye la carga persuasiva (no entendida como una apelación a la emoción o a sentimientos del jurado, por cierto), que no es ni más ni menos que la integración explicativa de las evidencias mediante el razonamiento del litigante. Y el jurado, en general, no perdona al mal litigante. Al menos esto se ha visto en la corta experiencia juradista de la provincia de Neuquén.

En la provincia de Neuquén, el Tribunal Superior de Justicia de Neuquén, el INECIP y la Universidad de Cornell de EE. UU. llevan

adelante una “investigación empírica” sobre los juicios por jurados, cuya finalidad consiste en detectar las falencias que se producen en la práctica para mejorar el funcionamiento del sistema. No conozco otra investigación similar en nuestro país. Lo novedoso para los sistemas jurídicos es que no se trata de analizar el sistema normativo, sino las “prácticas” para, entre otras cuestiones, intentar determinar cuán bien o mal litigan las partes, cuáles son los errores más importantes, cómo actúan los jueces técnicos, cómo deciden los jurados, el modo en que llevan adelante sus deliberaciones, etcétera.

Lo señalado creo que ofrece una visión diferente sobre un tema crucial, como es la selección de la prueba en la audiencia de admisibilidad, cuya finalidad se encuentra directamente relacionada con el estándar probatorio. Una pobre audiencia de admisibilidad puede llevar a una mala decisión final. La calidad de las fuentes de información que superen el juicio de admisibilidad, sobre la base de los criterios señalados, permite al decisor de los hechos contar con la mejor información. Ahora, si la materia prima con la que se alimenta el juicio es de baja calidad, el resultado es impredecible. Y aquí pongo nuevamente el acento en la actividad de los litigantes y de los jueces técnicos en la audiencia de control. Es claro que el estándar de prueba, en la práctica, dependerá de muchas variables. Entre otras, las reglas probatorias del proceso en el que se aplica el estándar, las manipulaciones –debidas o indebidas– de los jueces que dirigen el juicio al momento de impartir instrucciones o de la exclusión de pruebas, la capacidad de los juzgadores, el modo de presentación de las evidencias, las mejores o peores explicaciones o relatos de los litigantes sobre la prueba en los alegatos de clausura, etcétera.

LA CONSTRUCCIÓN DEL RELATO Y LA ACTIVIDAD PROBATORIA DE LAS PARTES

Una vez superada la audiencia de admisibilidad, cada parte sostendrá en apoyo de su teoría fáctica las pruebas relevantes. En materia científica, los criterios de confiabilidad, como filtros, ya representan un paso importante a la hora de reducir el margen de error en las decisiones. Las

evidencias que componen el material probatorio, entonces, quedarían reducidas a las relevantes y confiables para la decisión del caso.

La “inferencia a la mejor explicación”, si bien sirve de ayuda para representar cómo funciona el sistema en la práctica, es claro que no es suficiente a la hora de justificar las hipótesis en juego. Satisfacer el estándar probatorio es un problema de la acusación, aspecto sobre el cual no existe duda alguna. Sin embargo, la actividad de la defensa en el funcionamiento del sistema no es una cuestión neutra. Si el fiscal no presenta un buen relato sobre la culpabilidad, perderá el caso. Pero cuando lo presenta, ¿acaso la defensa nada tiene que decir? En principio, sobre la base de la dinámica de un juicio, frente a estas circunstancias, si la defensa no presenta un relato plausible de inocencia, muy probablemente perderá el caso. Creo que aun cuando la defensa no tuviera una explicación propia sobre cómo se produjeron los hechos, sostener que la tesis de la acusación no es satisfactoria en todo o en parte, ya es una explicación, por lo que las posibles objeciones en el sentido de que no siempre existen dos explicaciones entre las cuales se pueda elegir la mejor, serían relativas.

Además, cuando el acusado presenta una “defensa afirmativa”, las exigencias probatorias de la fiscalía aumentan considerablemente. No sólo deberá probar su hipótesis, sino que deberá derrotar la explicación de la defensa. A veces, esto sucede con sólo probar la hipótesis acusatoria, como en aquellos casos en los que las pruebas son tan sólidas que demuestran la endeblez de la hipótesis contraria.

Sin embargo, reitero, la “inferencia a la mejor explicación” no podría erigirse en el estándar probatorio del proceso penal. Que una explicación sea mejor que otra, nada nos dice sobre el grado o nivel de prueba suficiente para condenar. De allí que en esta parte pretendo esbozar aunque sea mínimamente un camino, que entiendo posible, para la construcción de la parte sustancial del estándar. No reposa únicamente en la decisión del jurado, *sino que atribuye un papel muy importante a la actividad de las partes, y tiene una doble ventaja: hace visibles las razones por las cuales se llega a un veredicto de condena y, a su vez, facilita el “control” de la decisión, satisfaciendo la exigencia constitucional de la “revisión amplia”*.

A la hora de establecer la satisfacción del estándar probatorio, es necesario llevar a cabo un proceso de reconstrucción de los hechos. En esa reconstrucción, cada prueba tiene un valor. Es el jurado quien de-

terminará finalmente si cree o descrea de cada prueba particular ofrecida en apoyo de un relato. Pero aquí existe un problema adicional. Las cosas no son tan sencillas, ya que el valor de cada prueba dependerá del conjunto probatorio. Existen pruebas que en forma individual ofrecen apoyo a una u otra teoría. Sin embargo, algunas se superponen y ofrecen ese apoyo, tanto a la teoría acusatoria como a la de la defensa. El problema es el significado de esa prueba desde el relato de cada parte, a la luz del resto de las evidencias. Una prueba que individualmente nada dice –ofrece poco apoyo–, en el contexto probatorio puede adquirir otra dimensión. Ahora, ¿es sólo una tarea del jurado su evaluación a la hora de decidir? ¿Acaso el relato ofrecido por las partes no ejerce algún tipo de influencia? ¿No será ese relato una guía –buena o mala– a la hora de decidir? Es decir, la “mejor explicación” de las partes sobre cómo ocurrieron los hechos juega un papel importante. Lo que no significa, por cierto, que por ser el “mejor relato” sea suficiente para satisfacer el estándar probatorio. En el proceso penal la carga probatoria y la satisfacción del estándar son un problema de la acusación.

Con relación a las pruebas consideradas en forma individual, el jurado está atento a la tarea de las partes durante el desarrollo del juicio. Es una carga de los litigantes fortalecer o establecer cuán fiables son sus pruebas o evidencias y, a su vez, intentar debilitar la prueba contraria. Esto se logra fundamentalmente en el momento mismo de la producción. En principio, a través de las técnicas de examen y contraexamen, momento en el que quedará evidenciada –o no– la fiabilidad. Sin embargo, esta actividad no termina de explicar el modo en que los jurados deciden. Las instrucciones sobre el modo de valorar cada tipo de prueba (testimonial, pericial, inferencias, etc.) dependen no sólo del juez técnico que dirige el debate, sino de las propuestas de los litigantes. La teoría probatoria de cada parte debe ser consecuente con las instrucciones. Son ellas las guías de actuación.

Ahora, para satisfacer el estándar probatorio, el relato –hipótesis– de la acusación, si pretende lograr su confirmación, debe integrar la totalidad de las pruebas producidas, por lo que el análisis es completamente diferente del proceso de valoración individual de las pruebas. En definitiva, una explicación coherente será mejor que una contradictoria, un relato que permita explicar la mayor cantidad de pruebas será superior a aquel que no logre hacerlo; una explicación que se base

en máximas de experiencias consolidadas o en conocimientos técnicos o científicos debidamente acreditados será superior a una basada en meras especulaciones o prejuicios, etcétera.

Este complejo proceso puede ser más claro, seguro y transparente acudiendo a una explicación epistemológica. Susan Haack sostiene que los estándares de prueba deben entenderse como grados de “aval”. Lo que se exige al juzgador de los hechos no es, estrictamente hablando, que determine si el acusado es culpable o responsable, sino que determine si la culpabilidad del acusado *ha sido establecida por las pruebas presentadas al grado exigido por el estándar probatorio*.

Esto exige que los estándares de prueba sean entendidos no simplemente en términos del grado de confianza del juzgador de los hechos, con independencia de si dicho grado de confianza es adecuado dadas las pruebas, sino en términos de lo que es *razonable* creer a la luz de las pruebas presentadas.

Desde su teoría del fundherentismo, Haack nos propone un modo de construcción del estándar de prueba que se basa en los grados de “aval”. Para ello, recurre a la analogía del “crucigrama”.⁸ Como muy brevemente explicaré a continuación, intentando ser lo más fiel posible a su explicación, podrá verse que la construcción epistemológica del estándar probatorio no sólo tiene los atributos señalados, sino que se corresponde con lo que a diario se hace –mejor o peor– en los juicios.

Según Susan Haack, cuán avalada está una afirmación depende de la calidad de las pruebas que hay respecto a esa afirmación.⁹ De forma un poco más precisa: las pruebas incluyen tanto las pruebas sensoriales como las razones; y estas trabajan juntas, como las pistas y las entradas ya completadas en un crucigrama. Las razones se ramifican, como las entradas de un crucigrama, y aquello que hace que las pruebas con respecto a una afirmación sean mejores o peores es análogo a aquello que hace que una entrada en un crucigrama sea más o menos razonable:

1. Qué *grado de apoyo* ofrecen las pruebas; análogamente: cuán bien encaja una entrada de un crucigrama con la pista dada

8. Haack, Susan, *Evidencia e investigación: hacia la reconstrucción de la epistemología*, Madrid, Editorial Tecnos, 1997.

9. Ídem, “El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica”, en Vázquez, Carmen (ed.), *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*, Barcelona, Marcial Pons, 2013.

y las entradas ya completadas. Las pruebas pueden dar algún grado de apoyo (ser positivas, favorables) a determinada conclusión, pueden *socavarla* (ser negativas, desfavorables), o ser neutrales (irrelevantes).

2. Cuán seguras son las *razones* con independencia de la afirmación en cuestión; análogamente: cuán razonables son las otras entradas entrecruzadas que ya se han completado con esta nueva entrada, independientemente de la palabra en cuestión. Cuanto mayor sea la seguridad independiente de las razones *positivas*, la conclusión estará *más* avalada; pero cuanto mayor sea la seguridad independiente de las razones *negativas*, la conclusión estará *menos* avalada.
3. Cuán *inclusivas* son las pruebas, es decir, cuántas de las pruebas relevantes tenemos; análogamente: qué proporción del crucigrama ha sido completado. Las pruebas con un mayor grado de inclusión dan más aval a una conclusión que las pruebas con menor grado de inclusión, si y sólo si las pruebas adicionales son *al menos tan favorables* como las demás.

De allí que el grado de apoyo otorgado por las pruebas depende de la aportación que estas hagan para la integración explicativa de-las-pruebas-más-la-conclusión o, aun más breve y aproximado, de cuán bien encajen las pruebas y la conclusión juntas en un relato explicativo. De acuerdo con esto, si un elemento de prueba concreto apoya a la conclusión y en qué grado lo hace dependerá de si este contribuye a la integración explicativa como un todo y en qué grado lo hace.

Pensemos en la entrada de un crucigrama que está bien apoyada por la pista y por las otras entradas, pero donde una de estas otras entradas específicamente –quizás aquella que tiene una “x” en medio– es especialmente significativa, porque sin ella el encaje total de las entradas sería mucho más flojo: lo análogo es un elemento de prueba concreto cuyo apoyo es crucial para cierta conclusión.

Es un tema común en nuestras discusiones sobre el razonamiento probatorio la controversia entre las concepciones atomistas y holistas. Su aproximación no es atomística, pero tampoco totalmente holística; sino que la conceptualiza como un “holismo articulado”.

Se basa en su teoría “fundherentista”, la cual, explica, como el fundacionalismo y a diferencia del coherentismo, admite el rol de las

pruebas sensoriales; y al mismo tiempo, como el coherentismo, pero a diferencia del fundacionalismo, admite relaciones de apoyo mutuo omnipresentes entre nuestras creencias. Es también *material*: es decir, reconoce que lo que determina la calidad de las pruebas y, por tanto, del aval, no es totalmente formal sino también en parte material. Que una prueba sea relevante para una afirmación puede depender de hechos acerca del mundo: por ejemplo, si para determinar su culpabilidad es relevante que la herida del acusado haya sanado adecuadamente, como presuponía la práctica de los juicios mediante hierro candente, depende de si es verdad que Dios protegerá a aquel que ha sido acusado falsamente. Si el efecto que cierta medicina tiene en las ratas es relevante para sus efectos en las personas, depende de si es verdad que las ratas son fisiológicamente similares a las personas en los aspectos importantes, etcétera.

CONCLUSIÓN

La estructura del estándar probatorio, en la versión de Susan Haack, resulta bastante familiar para los abogados, ya que recurre principalmente a las evidencias y razones para justificar algo. Esto se relaciona directamente con la actividad de las partes, como lo sostuviera al comienzo del artículo. La analogía del crucigrama permite cuantificar el grado de apoyo que ofrecen las pruebas y establecer la seguridad de las razones.

Es una buena guía para la actuación de las partes y, a su vez, establece claramente las bases sobre las que se debe asentar un veredicto –justificación–, lo que permite un adecuado control de las decisiones por parte de los tribunales revisores vinculados con la satisfacción o insatisfacción del estándar probatorio en un caso concreto.

Además, tiene la ventaja de no pedirle al jurado que recurra a sus creencias subjetivas, o que escudriñe en sus conciencias sobre la inocencia o culpabilidad de una persona, sino que escuche y analice la prueba.

LA POTESTAD JURISDICCIONAL PARA ABSOLVER ANTE EL VEREDICTO CONDENATORIO DEL JURADO*

Por Nicolás Schiavo**

INTRODUCCIÓN

Luego de ciento cincuenta años de puja entre dos modelos antagónicos de Estado, y particularmente de la conformación del Poder Judicial que lo integra, finalmente y a poco más de treinta de instaurada una amplia democracia, ha comenzado paulatinamente a darse parcial cumplimiento al mandato constitucional de instaurar el juicio por jurados en asuntos criminales.¹

Cuando quienes bregamos por la intervención de la comunidad en todos los asuntos de la vida pública nos habíamos acostumbrado a escuchar las críticas provenientes de los sectores conservadores, que formularon toda clase de respuestas para contener esos ataques, en los últimos

* El presente trabajo fue presentado el 6 de diciembre de 2015 en el Seminario de Necochea, organizado por Alberto Binder, Maximiliano Rusconi, Nicolás García Long y Mario Juliano. Agradezco a todos ellos por la franca discusión sobre esta ponencia, de igual modo que a Guillermo Nicora, quien ofició de contradictor. Particularmente, destaco las acertadas y agudas observaciones de Celeste Braga Beatove y Tobías Schleider, que me impusieron modificar algunas expresiones incorrectas que contenía la versión original.

** Docente de la Universidad de Palermo y de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora.

1. El adjetivo “parcial” se justifica en el hecho de que el art. 118 de la CN hace referencia a “todo proceso criminal” y, en las tres provincias en que este sistema de enjuiciamiento funciona, sólo está previsto para “algunos procesos criminales”. La expresión constitucional es equivalente a su fuente, contenida en el art. III sección 2ª de la Constitución de los Estados Unidos. De allí que la Corte Suprema de Justicia norteamericana, en *Balwin v. New York* 399 U.S. 66, 1970, entendió que cualquier imputación que acarrearla la posibilidad de que se impusiera una pena de prisión superior al año (límite para la condena en suspenso en aquel país) debía considerarse “proceso criminal” y debía garantizarse el juicio por jurados contenido en la Sexta Enmienda.

años nos encontramos sorprendidos por la retaguardia, pues un grupo de sectores progresistas ha venido a impugnar el sistema de enjuiciamiento por jurados, al considerarlo contrario a los derechos humanos fundamentales, y en particular con la posibilidad de interponer un recurso de impugnación amplio y eficaz contra el veredicto condenatorio.

No es mi intención dar respuesta aquí a la cuestión específica del recurso y su amplitud, pues es un tema complejo, y mucho hay para decir sobre ese tópico por fuera de toda la espuma retórica que ha rodeado el asunto durante los últimos años.²

Tampoco voy a hablar de la relación entre el derecho al recurso y el juicio por jurados, o su emergente “veredicto inmotivado”, pues esta vinculación impondría la necesidad de adentrarnos en las razones históricas que conducen al secretismo de la deliberación y la defensa de que no se requiera explicitar los motivos por los cuales el jurado alcanzó determinada decisión,³ que condujeron en el caso “Bushell”,⁴ en la Inglaterra de la restauración monárquica, o en “Zenger”,⁵ de la América prerrevolucionaria, a que a aquellos jurados que emitían veredictos generales sin explicitar los motivos se los considerara como el último refugio del ciudadano contra la opresión del Estado.⁶

Finalmente, tampoco voy a extenderme en el sistema de apelaciones en el caso del juicio por jurados, en particular los mecanismos e institutos destinados a que un Tribunal Superior controle las formas bajo las cuales un jurado tuvo por acreditados los hechos, porque ese tema no depende –como se cree– de la materia recursiva, sino que está enteramente ligado al modo en que se afirman como acreditados

2. Mis puntos de vista sobre ello se encuentran expuestos en Schiavo, Nicolás, *Valoración racional de la prueba en materia penal*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2ª ed., 2015.

3. En realidad, el jurado no emite un “veredicto inmotivado” pues todo acto humano, y aun más uno de naturaleza colectiva, encierra alguna clase de motivación que lo impulsa. Más bien debería describirse al veredicto del jurado como uno de “motivación tácita”.

4. *Vaughan* 123, 124 Eng. Rep. 1006 [1670].

5. Alexander, James, *A Brief Narrative of the Case and Trial of John Peter Zenger*, Harvard, Printer of The New York Weekly Journal, 1963, p. 69.

6. Esta potestad se explicaba claramente por la conjunción “veredicto inmotivado” y “veredicto general”, desde donde emergió la *jury nullification* como un modo de oposición a la manipulación de las evidencias por parte del fiscal representante del Estado, pero también contra la propia ley opresiva de la que pretendía valerse el mismo para aquellos propósitos.

los hechos del pasado. Es decir, ese asunto se deriva de la fijación de estándares previos de certeza en el juicio sintético que impone toda inducción reconstructiva.⁷ Un enfoque equivocado de este asunto es el que explica que prácticamente no existan reversiones de condenas por considerar que la prueba ponderada por el Tribunal no resultaba suficiente como para condenar, no ya en el juicio por jurados, sino en todos los procesos ante jueces profesionales.

Por lo tanto, como puede apreciarse aquí, mi objetivo es sumamente modesto, detenerme en un pequeño grupo de “dientes” que componen el engranaje de control de los estándares que se deben cumplir para condenar a un individuo.

En el sistema de administración de justicia de los Estados Unidos, el primer control sobre esos requisitos le corresponde al mismo juez que presidió el debate y que intervino con sus resoluciones en las formas bajo las cuales se produjo la prueba admitida, quien puede escuchar tanto a los testigos como a las partes en sus alegatos.

Esta posibilidad, que en un principio nos resulta extraña, se encuentra contemplada de diversas formas y con disímiles consecuencias en la regla 29 de las disposiciones federales que regulan el procedimiento criminal, como en tantas otras estatales, y se estructuran bajo el rótulo de “moción de resolución judicial de absolución” (*motion judgment of acquittal*).⁸

La intención de este trabajo es analizar la naturaleza jurídica de este instituto, contemplar las diversas opciones que presenta e insertarlo dentro de un marco mayor, captado por lo que podría llamarse “sistema de impugnación”.

Por otra parte, el análisis de este instituto no debe resultarnos del todo ajeno, pues si bien es cierto que la provincia de Neuquén no previó ningún sistema similar, ello no acontece en la de Buenos Aires, donde el artículo 375 bis, párrafo 2 del Código Procesal Penal dispone la posibilidad de que el juez anule el veredicto y ordene la realización de un

7. Al respecto, ver Laudan, Larry, *Verdad, error y proceso penal*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2013.

8. Anteriormente este instituto se conocía como “veredicto directo” (*direct verdict*), pero por diversas razones –fundamentalmente de amplitud y complejidad– esa denominación quedó exclusivamente reservada para los casos civiles y tomó un nuevo nombre para los procesos criminales.

nuevo juicio, cuando a su criterio aquel resultase manifiestamente contrario a la prueba producida en el debate. De allí que finalmente se analizará esta última disposición dentro del contexto general del instituto.

LA ABSOLUCIÓN JURISDICCIONAL

La potestad de que los jueces se aparten del veredicto condenatorio del jurado y absuelvan al imputado, o que incluso lo hagan antes del acto deliberativo dispensando a los doce, no ha generado en los Estados Unidos grandes controversias doctrinarias y jurisprudenciales, y fue asumida como la expresión de una autolimitación pública en la titularidad de la potestad punitiva, ante el fracaso del resguardo conferido a los ciudadanos para evitar la arbitrariedad pública,⁹ es decir, de la protección del inocente que es encontrado culpable por un fracaso del jurado en el cumplimiento de su obligación de emitir un veredicto de culpabilidad sólo allí cuando las evidencias resultan suficientes para satisfacer la regla de comprobación de “más allá de toda duda razonable”.¹⁰

Por su parte, en lo que hace a la regulación específica, la Corte Suprema ha visto en el caso “Bruton” (1968)¹¹ que las normas destinadas a regular el uso de esa facultad tienden a dispensar un significativo ahorro tanto de tiempo como de recursos materiales y económicos, implicados en prolongados procesos de impugnación.

La misma Corte había convalidado el uso de estas potestades jurisdiccionales por primera vez muchos años antes, cuando en el caso “Mc. Nabb” (1942)¹² señaló que los Tribunales tienen la facultad de fijar los estándares de validez de las evidencias, como así también la de remediar las injusticias que pudieran cometerse cuando, en base a una escasa prueba presentada, se alcanzaba una solución equivalente a la que habría podido tener lugar de haberse incorporado evidencia excluida. En este caso, durante el debate habían surgido pruebas sobre un

9. Phillips, Dawn M., “When Rules are More Important Than Justice”, *Journal Criminal Law & Criminology*, N° 87, 1997, p. 1041.

10. Wright, Charles A. y Miller, Arthur R., *Federal Practice and Procedure*, Ed. Thomson Reuters, § 465, 1982.

11. “Bruton v. United States”, 391 U.S. 123, 1968.

12. “McNabb v. United States”, 318 U.S. 332, 1943.

incorrecto proceder policial que condujeron a que el juez excluyera numerosos actos, haciendo saber al jurado que estas pruebas no debían ser tenidas en cuenta, pese a lo cual el jurado volvió con un veredicto de culpabilidad difícil de sostener o de explicar. El fiscal impugnó la decisión del juez de apartarse del veredicto condenatorio del jurado y la Corte justificó –convalidando aquella absolución– las potestades de supervisión de los jueces sobre el sistema de administración de justicia.

Fue a partir de ese momento que comenzó a estructurarse el uso de este instituto, ya fuera para anular el veredicto del jurado y disponer un nuevo juicio, para apartarse del veredicto y absolver al imputado, o para impedir que el jurado emitiera cualquier clase de decisión y que culminara el caso con una absolución perentoria del juez.

En definitiva, la regla 29 vino a regular cada uno de estos supuestos, las razones en que se funda y las consecuencias que de cada una de ellas se derivan.

El precedente que mejor define la naturaleza jurídica de este instituto sin lugar a dudas es el caso “Carlisle” (1996).¹³ Los hechos del caso resultan relevantes para comprender el funcionamiento del instituto, pero también la forma en que la Corte lo integra al sistema general recursivo. Charles Carlisle había sido acusado junto a varias otras personas ante la Corte Federal de Distrito Oeste de Michigan por posesión de marihuana y conspiración para su venta.¹⁴ Luego de que el fiscal formulara su acusación, su defensa no interpuso ninguna solicitud de absolución jurisdiccional, y el 13 de julio de 1993 el jurado emitió un veredicto de culpabilidad por un cargo, mientras que lo absolvió por el otro.

El 23 de julio de 1993 la defensa de Carlisle presentó una “moción de sentencia absolutoria”, de conformidad con la regla 29 de las Disposiciones Federales del Procedimiento Criminal, y argumentó que no había pruebas suficientes como para sustentar una condena. Sin embargo, lo cierto es que la regla 29 (c) establece que una moción de sentencia absolutoria puede renovarse o formularse hasta siete días hábiles¹⁵ después de que el jurado emitió el veredicto de culpabilidad, o que dentro de ese plazo se debe requerir a la Corte la fijación de un

13. “Carlisle v. United States”, 517 U.S. 416, 1996.

14. Art. 21 USC §§ 841 846, 84 Stat. 1260, 1265.

15. Luego, la regla 29 fue enmendada y se modificó de siete días hábiles a catorce días corridos.

tiempo adicional, por lo tanto el término para formulación la moción había caducado el 22 de julio de 1993.

El fiscal solicitó que la petición fuera rechazada por extemporánea y en subsidio indicó que también merecía ser desatendida, porque tenían suficientes pruebas como para que el jurado procediera a condenar a Carlisle.

El 19 de agosto de 1993 el Tribunal de Distrito denegó la petición absolutoria y fijó fecha para la audiencia de sentencia el 14 de octubre de 1993. El argumento utilizado por el juez no estaba vinculado a la temporalidad de la petición, sino más bien a que existían evidencias suficientes como para considerar razonable la decisión del jurado. Pero cuando las partes estaban listas para comenzar el juicio de cesura (audiencia de sentencia), el juez anunció que revocaría de oficio su anterior resolución ya que, cuando la anunció en agosto, tenía preparados dos proyectos, uno que hacía lugar y otro que lo rechazaba, y que si bien por aquel entonces le había parecido prudente adoptar el camino de la denegatoria, ahora puesto a calificar los hechos e imponer una pena, había reflexionado y le parecía apropiado dictar una absolución.

En función de ello, emitió una resolución de revocatoria de la decisión denegatoria e hizo lugar a la absolución, de conformidad con lo dispuesto por la regla 29 (c), tomando como base la petición introducida el 23 de julio de 1993. Aquí por primera vez analizó la cuestión de la temporalidad y señaló:

Puedo concebir que no hay un perjuicio para los Estados Unidos, en el caso de que se considere en este caso una moción presentada un día tarde. Y ello es porque creo que la negativa a escuchar esta propuesta daría lugar a una grave injusticia, y porque la regla 29 (c) permite que el Tribunal amplíe el plazo, es por ello que voy a considerar que la solicitud fue presentada en tiempo y forma.

Ante ello, el fiscal interpuso un recurso y el Tribunal Federal de Apelaciones del Sexto Circuito revocó la sentencia absolutoria, por lo que se remitió la causa al Tribunal de Distrito para que se restableciera el veredicto del jurado y se dictase la sentencia.

En dicha resolución se sostuvo que, conforme la manda de la regla 29, un Tribunal de distrito no puede dictar de oficio una sentencia absoluto-

ría una vez que el caso ha sido presentado ante el jurado, ni puede extender el plazo para una moción de la defensa con posterioridad al veredicto.

En consecuencia, la defensa interpuso un recurso ante la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, que aceptó ingresar a tratar el caso. La defensa argumentaba que debía concederse el poder de dictar absoluciones por fuera del plazo prescripto por el artículo 29 (c) de las Reglas Federales del Procedimiento Criminal cuando:

- (1) Existe una petición de que el acusado es legalmente inocente, (2) Cuando esa solicitud había sido presentada antes de dictarse una sentencia, (3) Cuando el requerimiento no fue formulado en tiempo oportuno por un error atribuible exclusivamente al abogado.

Para sustentar la cuestión atinente a la temporalidad, se señalaba que los plazos pueden ser extendidos cuando se demuestra una negligencia del letrado o cuando existe un interés superior de justicia, en función de los artículos 2 y 57 de las Reglas Federales de Procedimiento Criminal.

La Corte descartó la conexión con esos dos artículos, y señaló que la regla 29 es determinante respecto a que la petición debe ser formulada dentro de los siete días hábiles posteriores al veredicto, o que en su defecto la ampliación de ese plazo debe ser otorgada por el juez dentro de ese mismo período.

Por otra parte, la Corte señaló que existe la alternativa de que la absolución previa al veredicto sea realizada tanto a petición de parte como de oficio, mientras que luego de emitido el veredicto esa posibilidad sólo es a petición de parte. De allí que, una vez resuelta la tardía solicitud de la defensa, el juez carecía de la potestad de revocar lo allí decidido y dictar de oficio una absolución, como lo hizo.

Adicionalmente, la defensa sostuvo que de no permitirse introducir una petición con un día de demora, se daría lugar a innecesarias apelaciones y procedimientos de hábeas corpus, lo que haría mucho más difícil para los acusados la posibilidad de aliviar su condena que lo que sería hacerlo frente al juez de primera instancia que presenció todo el debate.

Es recién aquí cuando la Corte señaló la naturaleza jurídica de este instituto, al afirmar que no es posible ignorar el mandato de la regla 29 y que, aun cuando las razones que la inspiraron pudieran estar en concordancia con ese argumento, esas potestades están temporalmente limitadas dentro de un universo mucho más amplio que el sistema de

impugnación, por lo que una vez expirada la posibilidad de hacer uso de esa clase de mociones, es posible interponer un recurso de apelación para impugnar lo decidido.

De allí que la Corte confiere esa facultad como una especie de recurso directo, ante el juez que presencia el caso, estrictamente limitado a las reglas que lo rigen, en tanto para los supuestos en que esa posibilidad ya no se encuentre disponible (porque se dictó sentencia), el condenado aún tiene el derecho a impugnar por apelación el veredicto y la sentencia.

Incluso cuando se reconociera el principio de justicia material que inspira el instituto, algunas veces se han levantado en sentido contrario a la posibilidad de que el juez anule el veredicto, pues según su criterio la tajante división entre cuestiones de hecho y derecho, y la competencia asignada a la afirmación de cada uno no pueden ser transgredidas.¹⁶

Es decir, la visión crítica de la posibilidad jurisdiccional de absolver de modo directo, dispensando al jurado o dejando de lado su veredicto, presupone el argumento antecedente de que existe una distinción absoluta de roles y que las cuestiones jurídicas se reservan al juez, mientras que las fácticas estarían dentro del campo de señorío del jurado.

Lo cierto es que en el *common law* nunca han existido estas marcadas distinciones, y la frontera entre cuestiones de hecho y de derecho han sido el centro de disputas entre los espacios de competencia asignados a unos y otros, desde el comienzo mismo de la institución. Al respecto, es útil recurrir a un importante trabajo del siglo XVII que, en sentido satírico a la vez que crítico, ponía en relevancia cómo los jueces y jurados pretendían despojarse de la responsabilidad del juicio en su conjunto, al señalar que

... y así la culpa de la sangre, o la ruina de un hombre inocente, cuando es muy tarde, trasunta de aquí para allá, y arrastra los pies fuera del jurado al juez, y del juez al jurado, pero en realidad recae sobre ambos, pero especialmente en los Jurados.¹⁷

16. Sobre esta tajante división véase Granillo Fernández, Héctor, *El juicio por jurados*, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2013

17. Hawles, Sir John, *The Englishman's Right: A Dialogue Between a Barrister at Law, and a Juryman*, Londres, impreso por Richard Janeway, en Queenshead Alley en Paternoster Row, 1680 (reimp. Nueva York, Garland, 1978), p. 23.

Esta tensión permanente entre los diversos roles fue mucho más marcada hacia fines del siglo XVIII, cuando se reconoció la facultad de los jurados de anular la ley (*jury nullification*), así como cuando, culminando el siglo XIX, se convalidó que los jueces instruyeran a los jurados sobre el derecho y las formas de verificar los hechos.¹⁸

Es decir que estas fronteras han estado siempre en permanente tensión, lo que condujo a que, a comienzos de siglo XX, la Corte del 2º Circuito remarcase en “Brown” (1933)¹⁹ que los jueces no debían permanecer como observadores pasivos de lo que ocurre en sus salas de audiencias, pues es su función el asegurar que se desarrolle un juicio justo, para lo cual deben tener la potestad de ponerle fin, cuando fuese necesario.

O sea que incluso antes de que existiera una disposición como la regla 29, las Cortes se habían arrogado el derecho de corregir veredictos que no estuvieran sustentados en una suficiente cantidad de evidencia, dejándolos de lado al disponer una absolución jurisdiccional.²⁰

Esta cuestión nos conduce inexorablemente a responder esa perspectiva crítica advirtiendo que la riqueza del juicio por jurados históricamente no está en la tajante división de funciones entre el rol del juez y del jurado, ni en imponer estancos señorías soberanos a unos y otros, sino más bien en las tensiones que se registran entre ellos y por la que se desarrollaron institutos tuitivos para los imputados. Tan sólo a modo de esquema general, podrían incluirse entre ellos los denominados vasos comunicantes (instrucciones), los controles del jurado hacia la ley (*jury nullification*) y del juez para con aquellos (*judgment of acquittal*), que en conjunto representan una concepto mucho más integral del “juicio justo” en que se afianza el debido proceso.

Es decir, el juicio por jurados es producto de estas permanentes tensiones y de las formas de regularlas y contenerlas; es que en el ámbito anglosajón, y particularmente en los Estados Unidos, esta clase de facultades no son vistas con desconfianza, ni como la invasión de esferas de competencia específicas previamente delimitadas.

18. “Sparf v. United States”, 156 U.S. 1, 1895.

19. “Brown v. Walter”, 62 F.2d 798, 799, 2d Cir. 1933.

20. “Nosowitz v. United States”, 282 F. 575, 578-79, 2d Cir. 1922. En este caso, el juez revocó un veredicto condenatorio por intoxicación derivada de la fabricación de licor, por cuanto no se había suministrado suficiente evidencia sobre la causalidad.

En este punto cabe ser tajante: debe estar claro que, así como no es posible que un jurado derogue una ley o garantía del imputado para condenarlo, o que se le sugiera así hacerlo, tal cual se resolvió en “Griffin” (1965),²¹ tampoco es dable que un juez revoque un veredicto absolutorio del jurado. Ambos institutos, que son la contracara de una misma tensa moneda, obran a favor del acusado, repeliendo la ley opresiva o injusta, del mismo modo que los veredictos sustentados en una deficiente cantidad de evidencia.

LAS POTESTADES DE LA REGLA 29

La regla 29 regula la temporalidad de la petición, de la resolución y de sus consecuencias. Sobre la cuestión temporal en que la petición puede ser planteada, se establecen tres momentos. El primero es posterior a que el fiscal presente todas las pruebas de la acusación, cuando aún no comenzaron a producirse las de la defensa. El segundo es cuando ya se produjeron todas las evidencias admitidas en el juicio y el fiscal formula su alegato. El tercer momento es hasta siete días posteriores al dictado del veredicto, pero siempre antes de que el juez dicte sentencia.

En lo que hace a la resolución, esta puede ser dictada de oficio (en ambos supuestos temporales previos al veredicto) y a petición de parte. En aquellos casos en que sea por la solicitud de la defensa, el juez puede resolver en ese mismo momento o reservarse el derecho de hacerlo luego de escuchar la prueba de la defensa o el veredicto del jurado. En cuanto a las solicitudes formuladas luego de emitido el veredicto, estas pueden ser resueltas hasta antes de dictar sentencia.

Finalmente, las consecuencias de la denegatoria de la petición es la producción de la prueba de defensa (primer momento), el dictado del veredicto (segundo momento) o la sentencia (tercer momento), mientras que, de hacerse lugar a la petición, se puede absolver tanto como anular el veredicto y disponer un nuevo juicio. La combinación temporal, la clase de resolución y el tipo de consecuencias dependen sustancialmente de los fundamentos en la solicitud y del resolutorio.

La regla 29 apartado (a)²² dispone que la defensa puede requerir al juez una absolución cuando el fiscal haya presentado toda su evi-

21. “Griffin v. California”, 380 U.S. 608, 1965.

22. “(a) Before Submission to the Jury. After the government closes its evidence or

dencia y esta sea insuficiente para sostener una condena. Esto puede acontecer antes de que la defensa produzca la prueba admitida o al final del debate, luego del alegato del fiscal (*prosecutor closing argument*).²³

Esta posibilidad podría ser aplicada en la provincia de Buenos Aires con una interpretación extensiva de las potestades prescriptas en el artículo 341 del Código Procesal Penal²⁴ bajo la figura del sobreseimiento, que para estos propósitos tiene un efecto equivalente, aunque en sentido estricto esta norma habla de “nuevas evidencias” y no del defecto estructural de aquellas presentadas por la acusación.

Asimismo, si bien la norma no emplea el concepto de “veredicto directo”, conserva la posibilidad de que el juez de oficio rechace la imputación, en ambos momentos, ante la notoria deficiencia del fiscal para sostener su caso con la prueba producida.

Esta primera posibilidad no debería generar mayores controversias, ni siquiera para quienes sacralizan la soberanía del jurado en la determinación de los hechos, pues su “dispensa” jurisdiccional es equivalente a la que debía de haberse producido si el fiscal hubiese retirado su acusación por imposibilidad de sostenerla. Es decir, se estaría ante un caso similar al regulado por el artículo 368 del Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires.²⁵ En todo caso, la única controversia subsistente estaría en las facultades recursivas del fiscal, cuando la

after the close of all the evidence, the court on the defendant’s motion must enter a judgment of acquittal of any offense for which the evidence is insufficient to sustain a conviction. The court may on its own consider whether the evidence is insufficient to sustain a conviction. If the court denies a motion for a judgment of acquittal at the close of the government’s evidence, the defendant may offer evidence without having reserved the right to do so”.

23. La última parte de la regla 29 (a) expresamente dispone que si se rechaza la petición presentada cuando la fiscalía culminó con su prueba, esto no implica que no se deba producir aquella oportunamente ofrecida por la defensa.

24. “Artículo 341. (Texto según Ley 14296) - Sobreseimiento.- Si en cualquier estado del proceso, con posterioridad a la oportunidad dispuesta en el artículo 338, por nuevas pruebas resultare evidente que el imputado obró en estado de inimputabilidad y no proceda la aplicación de una medida de seguridad en los términos del artículo 34 inciso 1º del Código Penal, o que surja claramente la falta de tipo, una causal de justificación, de inculpabilidad o una causa extintiva de la acción penal, para cuya comprobación no sea necesario el debate, el Tribunal podrá dictar el sobreseimiento”.

25. Art. 368 (texto según ley 13943): “Discusión Final [...] Si en cualquier estado del debate el Ministerio Público Fiscal desistiese de la acusación, el Juez o Tribunal absolverá al acusado, salvo que el ofendido constituido en particular damnificado sostenga la acusación que hubiere formulado el Fiscal en la oportunidad del artículo 334”.

decisión no emerge de su propia voluntad sino que le es impuesta por el juez (de oficio o a petición de parte), ante su manifiesta impericia.²⁶

Son las disposiciones de la regla 29 en sus apartados (b) y (c) las que en todo caso generan tensiones entre el juez y el jurado. Es así que mientras que el procedimiento regulado en el apartado (a) no implica una disputa entre aquellos, puesto que el juez con su resolución dispensa al jurado de realizar su servicio, en estos dos últimos casos con total claridad el primero deja de lado la opinión del segundo expresada en su veredicto.

La regla 29 apartado (b)²⁷ es una continuidad de la anterior, pues allí se establece que cuando la defensa formula esa petición, una vez producida la prueba de la Fiscalía o al final y con posterioridad al alegato acusatorio, el juez puede reservarse la decisión, proseguir con el juicio y someter el caso al jurado para únicamente dictar una absolución, allí donde el jurado haya devuelto un veredicto de culpabilidad.

Sin lugar a dudas, es la regulación del apartado (c)²⁸ la que más polémicas genera por tratarse de un supuesto de recurso directo realizado por el juez del juicio que deja de lado el pronunciamiento del jurado. Este apartado dispone tres incisos.

El primero se conecta con el apartado (b) de la regla 29, ya que indica que cuando se ha introducido una moción de absolución antes del veredicto y el juez se reserva la resolución, la defensa tiene que renovar aquella petición dentro de los catorce días de emitido el veredicto

26. En los Estados Unidos se confirió al fiscal la posibilidad de recurrir a estas resoluciones sin considerar que, de ese modo, se vulneraba el *double jeopardy* (en “United States v. Martin Linen Supply Co.”, 430 U.S. 564, 1977).

27. “(b) Reserving Decision. The court may reserve decision on the motion, proceed with the trial (where the motion is made before the close of all the evidence), submit the case to the jury, and decide the motion either before the jury returns a verdict or after it returns a verdict of guilty or is discharged without having returned a verdict. If the court reserves decision, it must decide the motion on the basis of the evidence at the time the ruling was reserved”.

28. “(c) After Jury Verdict or Discharge. (1) Time for a Motion. A defendant may move for a judgment of acquittal, or renew such a motion, within 14 days after a guilty verdict or after the court discharges the jury, whichever is later. (2) Ruling on the Motion. If the jury has returned a guilty verdict, the court may set aside the verdict and enter an acquittal. If the jury has failed to return a verdict, the court may enter a judgment of acquittal. (3) No Prior Motion Required. A defendant is not required to move for a judgment of acquittal before the court submits the case to the jury as a prerequisite for making such a motion after jury discharge”.

condenatorio del jurado.²⁹ Esa petición también puede formularse por primera vez, aun en los supuestos en que no se la hubiera introducido previamente. Además, establece que el plazo de catorce días puede ser extendido por el juez a petición de parte, siempre que ella se formule dentro de ese término.

El segundo inciso hace referencia a las facultades del juez que puede dictar una absolución frente a una moción de esa naturaleza, cuando el jurado ha vuelto con un veredicto condenatorio, tanto como cuando lo hace con otro estancado.

Finalmente, el tercer inciso se limita a poner de manifiesto que el derecho de la defensa a requerir una absolución posterior al veredicto no caduca por el hecho de no haberla formulado con anterioridad en los términos de la regla 29 (a).

EL ESTÁNDAR DE PROCEDENCIA DE LA MOCIÓN DE ABSOLUCIÓN

En la medida en que la absolución judicial (particularmente aquella posterior al veredicto) es insertada dentro del sistema general de impugnaciones, el estándar para su procedencia es el mismo empleado para evaluar la corrección de un veredicto de condena. Es decir, para ello se debe recurrir a las exigencias impuestas por la Corte en "Jackson" (1979),³⁰ destinadas a evaluar si aquella fue el producto de la satisfacción de la regla más allá de toda duda razonable.

Si bien es cierto que en la mayoría de los casos estas mociones de absolución judicial suelen ser rechazadas, son presentadas por los abogados defensores, en la mayoría de los procesos, luego del veredicto, pues en tanto tienen un estándar similar al requerido para el recurso de apelación, permiten conocer a la defensa los fundamentos jurisdiccionales de ratificación a lo decidido por el jurado, y de tal modo contribuyen a mejorar los argumentos en que se afianzan los agravios.

Por su parte, la ventaja adicional al presentar estas solicitudes es que las Cortes no requieren que estén necesariamente fundadas, pues

29. El término de catorce días corridos amplió el que se preveía originariamente, de siete días hábiles.

30. "Jackson v. Virginia", 443 U.S. 307, 319, 1979.

la petición de la regla 29 únicamente es admisible por insuficiencia de pruebas, de allí que los motivos de la *motion judgment of acquittal* ya están incluidos en la ley.³¹

Por lo tanto, la falta de obligación de fundamentar la moción por parte de la defensa y la necesaria explicitación del juez para sustentar el rechazo suministran un buen punto de partida para estructurar los agravios del recurso de apelación posterior a la sentencia.

Estas ventajas obviamente no están disponibles durante el primer momento en que la petición puede formularse, una vez que la Fiscalía culminó con la presentación de toda su evidencia. De allí que estos supuestos suelen ser sumamente raros, y generalmente se presentan ante el fracaso de la acusación en poder hacer comparecer a los principales testigos de cargo, o porque su credibilidad fue seriamente puesta en duda luego de los interrogatorios cruzados, o simplemente porque en razón de alguna declaración se resolvió la exclusión de una evidencia sustancial.

La opción de realizar la moción una vez producida toda la prueba, luego de que el fiscal presente su alegato, también es poco usual, y los jueces generalmente tienden a reservarse la resolución para una vez que el jurado ha entregado su veredicto. La razón de que los defensores sean renuentes a realizar una petición en ese momento se explica por el hecho de que, mientras que el fiscal carece de recurso contra el veredicto absolutorio del jurado, sí dispone de uno frente a la absolución judicial, por lo que si el caso de la defensa está sólidamente conectado con la evidencia presentada o el de la Fiscalía ha quedado en una débil posición, es preferible dejar que el jurado resuelva, máxime cuando aún tiene disponible la posibilidad de requerir una absolución judicial luego del veredicto.

SUPUESTOS DE NUEVO JUICIO

Tal como se expuso, la regla 29 en sus tres primeros apartados regula la posibilidad de que el juez absuelva al imputado, ya sea con una dispensa al jurado o dejando de lado el veredicto condenatorio entre-

31. Sobre la innecesaria obligación de fundamentar la petición, véase “United States v. Viayra”, 365 F.3d 790, 793, 9th Cir. 2004.

gado por este. Pero también en el apartado (d) se establece la situación excepcional de resolver la realización de un nuevo juicio.

Estas situaciones se verifican generalmente por vía recursiva, cuando un juez, conforme el apartado (c) de la regla 29, deja de lado el veredicto de culpabilidad emitido por el jurado y absuelve al acusado. Si el fiscal recurre esa absolución judicial, el Tribunal Superior puede confirmar la resolución de la Corte, revocarla y restituir la vigencia del veredicto o disponer la realización de un nuevo juicio. Ahora bien, esta solicitud de nuevo juicio también puede ser concedida por el mismo juez que deja de lado el veredicto del jurado.

La decisión de que se realice un nuevo juicio generalmente está vinculada a una modificación sustancial del peso de la evidencia derivada de la exclusión de una prueba relevante. En estos casos, la concesión de un nuevo juicio, luego de anular el veredicto del jurado, tiene el propósito de que el fiscal pueda producir aquella evidencia excluida a través de prueba que indique un camino independiente de aquel que condujo a la nulidad.

Es decir, si de lo que se trata es de un defecto estructural de la imputación que objetivamente no satisface el estándar de prueba necesario para condenar, lo que corresponde es dispensar al jurado o dejar de lado su veredicto, y en ambos casos dictar una absolución jurisdiccional. Por el contrario, si ese defecto es producto de una exclusión resuelta durante el juicio en base a la prueba allí producida, el fiscal puede reclamar un nuevo juicio para acreditar un camino independiente de prueba que permita sustentar válidamente su imputación.

ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Como se expuso al comienzo, en la legislación de la provincia de Neuquén no existe una disposición de esta naturaleza, y el juez no puede dejar de lado el veredicto del jurado ni absolver al acusado antes de que el jurado emita su opinión.

En la provincia de Buenos Aires sólo se previó la más polémica de estas facultades jurisdiccionales y de un modo incorrecto, pues se legisló la potestad derivada del defecto estructural, pero se le asignó la consecuencia de aquella que únicamente se produce por una exclusión durante el juicio.

Es así que el artículo 375, párrafo 2° del Código Procesal Penal dispone la posibilidad de que cuando el veredicto condenatorio del jurado se aparte de las pruebas rendidas en el debate, es decir cuando este no sea la consecuencia lógica y racional de aquellas, el juez puede anularlo y disponer la realización de un nuevo juicio por jurado ante otro magistrado.

La medida es polémica porque únicamente se regula el supuesto de anulación con reenvío, lo que permite que el fiscal reitere la posibilidad de obtener una condena cuando fracasó en su primer intento al presentar una cantidad insuficiente de evidencia para obtener una conclusión condenatoria racional.

En estos casos, la decisión de nulidad efectivamente pone en crisis el principio de persecución penal múltiple pues, por un lado, el juez resuelve que el Estado no ha presentado una adecuada cantidad de evidencia para que el jurado emita un veredicto condenatorio válido, y por el otro permite que lo intente ante otro juez y jurado, en iguales condiciones.

Si bien la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos ha rechazado el argumento de la persecución penal múltiple en *Wilson* (1975),³² su argumento se limitó a la revocación de una absolución jurisdiccional sobre un veredicto condenatorio del jurado, al ponderar que la evidencia no era notoriamente insuficiente como para convalidar una condena, lo cual marca una diferencia sustancial con este supuesto.

Distinto es el caso de nulidad por una revelación producida en el juicio, donde el Estado requiere la posibilidad de que se celebre un nuevo debate a los efectos de producir una sustancial cantidad de evidencia compurgada de aquel vicio.

Si bien la diferencia entre un supuesto y otro está demarcada por una delgada línea, cada argumento se mantiene a su lado de la frontera. Una cosa bien distinta es que el Estado fracase en su pretensión punitiva al presentar escasa evidencia para sustentar su intención, y otra es que una sólida cantidad de pruebas se vea puesta en crisis por un conocimiento adquirido en el debate que, de haberse sabido previamente, habría permitido que el fiscal ofreciera prueba que por otro sendero llegaba a la misma meta.

32. "United States v. Wilson", 420 U.S. 332, 1975.

CONCLUSIÓN

En el último siglo, el sistema de justicia americano, y en particular el juicio por jurados, han tenido un notable cambio en sus propósitos y en las instituciones que lo integran. Las viejas prácticas, afianzadas en nuevas exigencias, se transformaron en un sentido radical.

Para tomar dimensión de esta clase de reformas, basta con advertir que durante este período la Corte convalidó en “Patton” (1930)³³ la posibilidad de que los imputados enunciaran al juicio por jurados; en “Williams” (1970),³⁴ que los jurados estuvieran integrados por hasta seis ciudadanos; y en “Apodaca” (1972),³⁵ que los veredictos pudieran ser dictados por mayoría calificada sin la exigencia de la unanimidad, entre muchas otras polémicas³⁶ y radicales reformas, como fue la de permitir que los jurados realizaran preguntas a los testigos en “Callahan” (1979)³⁷ y “Sutton” (1992).³⁸

Todo este nuevo cuadro ha ido acompañando diversos momentos conceptuales del jurado. Es así que este, como forma de administración de justicia comunitaria que fue emergiendo a partir del siglo XII, encontró su primera gran transformación radical hacia el siglo XVII, cuando se reconfiguró como una garantía de los ciudadanos frente a la opresión del Estado y un faro de la libertad según la retórica de los revolucionarios americanos, para finalmente derivar en un tercer momento, que se expresa hacia fines del siglo XIX y se consolida en la primera parte del siglo XX, cuando el jurado se presenta como un “buscador de los hechos”, es decir, como el mejor modelo de enjuiciamiento destinado a establecer la verdad de la imputación formulada por el representante del Estado.

Es durante este tercer momento que se reconfiguran todas las viejas garantías públicas, emerge con vigor el derecho probatorio y se ex-

33. “Patton v. United States”, 281 U.S. 276, 1930.

34. “Williams v. Florida”, 399 U.S. 78, 1970.

35. “Apodaca v. Oregon”, 406 U.S. 404, 1972.

36. La posibilidad de que los jurados realicen preguntas es una práctica ampliamente consolidada en las legislaciones estatales y convalidada por la mayoría de las Cortes de Circuito en el sistema federal, salvo algunas excepciones que pueden verse en “Nebraska v. Zima”, 468 N.W. 2d, 380, 1991, y *State v. Costello*, 646 N.W. 2d, 204, 213, 2002.

37. “United States v. Callahan”, 588 F 2d. 1078, 1086, 5th Cir. 1979.

38. “United States v. Sutton”, 970 F 2d 1001, 1005, 1st Cir. 1992.

presa una particular preocupación para que el resultado del proceso sea la consecuencia directa de las evidencias presentadas.

A su vez, cada etapa de la historia de este sistema estuvo trazada por la disputa entre las funciones del juez y las del jurado, en la que se intentó distinguir las cuestiones de competencias sobre los hechos y el derecho en función de los intereses en juego. Es del cúmulo de esas tensiones que nacieron las mejores instituciones de este sistema de administración de justicia y la mayoría de los resguardos de lo que hoy denominamos “el debido proceso legal”.

De este modo debe ser vista la posibilidad de que el juez dispense al jurado o se aparte de su veredicto condenatorio, cuando objetivamente no existen pruebas suficientes para condenar, como contracara de la posibilidad que históricamente ha tenido el jurado de apartarse de la ley vigente para absolver.³⁹

Este instituto no debería conducir a mayores controversias si fuera visto y presentado como un recurso directo del imputado frente al juez que condujo el debate, y en la medida en que su consecuencia esté claramente delimitada, como así también las razones en que ella se afianza. No existen buenos argumentos como para no asumirlo de ese modo.

Un recurso de esta naturaleza no sólo permite ampliar el concepto de “amplio y eficaz” que se le confiere a la posibilidad de impugnar una condena, sino que pone en mejor posición al juez que lo hace con respecto a aquellos que intervienen por vía de revisión, pues el primero estuvo presente en el juicio y pudo escuchar de modo directo la prueba. A su vez, presenta la ventaja de anticipar –con su rechazo– argumentos derivados de la satisfacción de la regla de comprobación, lo que permite mejorar los agravios que se introduzcan en una apelación posterior.

Si bien la regulación de Neuquén –incorrectamente– no ha previsto un recurso contra la insatisfacción de la regla de comprobación, ello no acontece en la provincia de Buenos Aires, donde el artículo 448 bis, inciso (d) del Código Procesal Penal específicamente así lo dispone.

Los únicos dos conflictos que presenta este instituto son marginales. El primero, por una eventual confusión del rol del juez, al verse preocupado por la determinación de los hechos, no debería generar

39. Cabe reiterar aquí que la *jury nullification* no es una autorización legal específica, sino la consecuencia directa de la suma de los siguientes institutos: veredicto general, secretismo de la deliberación, veredicto inmotivado e inmunidad de los jurados.

polémicas, pues esa inquietud estaría claramente delimitada –siempre a favor del imputado– y controlada de modo objetivo por la regla de comprobación, que conduciría a una solución vicaria, ya fuera por sustentar que esta resultó satisfecha como por verificar objetivamente lo contrario y resolver a favor de una absolución.

El segundo conflicto estaría dado por la vulneración del principio *non bis in idem*, en aquellos casos en que se resolviera por la nulidad y la realización de un nuevo juicio, tal cual dispone el artículo 375 bis del Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires. Efectivamente, estos casos vulnerarían esa posibilidad cuando se tratase de supuestos en que se verifique un defecto estructural de la imputación, como lamentablemente se legisló en Buenos Aires, pero no necesariamente cuando ese vicio fuera producto de una exclusión resuelta en el debate en base a evidencias novedosas, que permitan que con otro juicio el fiscal corrija el camino de acreditación destinado a satisfacer la regla de comprobación.

A mi entender, las categorías jurídicas deben ser analizadas con flexibilidad, en procura de que en su conjunto construyan un sistema destinado a satisfacer el único propósito que puede tener un proceso de conocimiento, uno tan simple que a veces se lo olvida, a saber: que por su intermedio se condene al culpable y se absuelva al inocente.

DEMOCRATIZACIÓN DE LA JUSTICIA Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA. EL JUICIO POR JURADOS POPULARES

Por Daniel Erbetta*

INTRODUCCIÓN

La cuestión del sistema judicial es probablemente la cuestión central de la política argentina en la actualidad. La expansión legislativa, la innegable ampliación de ciudadanía, el desarrollo superlativo de una cultura de derechos que excede las leyes y las permanentes demandas sociales golpean las puertas de los tribunales.

Los jueces han ampliado notablemente su campo de actuación al intervenir en las más variadas situaciones, y puede verificarse una creciente judicialización de los procesos políticos, que ponen en una zona dudosa los límites de la división de poderes.¹

Como si fuera poco, como afirma Ferrajoli, el progreso del Estado de derecho es simultáneo y paralelo al desarrollo del papel de la jurisdicción.

Es en este contexto de un cada vez mayor protagonismo de la justicia en la vida colectiva que se ha abierto un debate pendiente que reinstala la discusión, no sólo en orden a un poder carente de legitimidad política directa, sino fundamentalmente en relación con las propias estructuras organizativas, los niveles de responsabilidad ins-

* Profesor titular ordinario de Derecho Penal, Universidad Nacional de Rosario. Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la provincia de Santa Fe.

1. En los últimos tiempos, cuanto menos hasta finales de 2015, algunos jueces han llegado a asumir un papel casi inédito en el uso de esa herramienta política jurisdiccional que es el control difuso de constitucionalidad (en muchos casos muy lejos, por cierto, del postulado de prudencia que tanto pregonan la Corte nacional y las Cortes provinciales), que le da a la judicatura el enorme poder de desbaratar de un plumazo cualquier mayoría parlamentaria, con lo cual en más de una oportunidad los jueces han terminado haciendo las leyes. En este sentido, no puede omitirse que la misión más delicada del Poder Judicial es cumplir su función sabiendo mantenerse dentro del ámbito de su competencia, sin menoscabar las facultades de los demás poderes.

titucional y los mecanismos de control, transparencia y publicidad de sus actos que, se sabe –y, caso contrario, vale advertirlo–, son también actos políticos (de eso se trata una sentencia). Esto es, actos de un poder que integra la estructura del Estado a través de la cual se gobierna la sociedad, que –por esa circunstancia– tienen naturaleza política, al tratarse –precisamente– de actos de gobierno. De allí que los actos del Poder Judicial deban ser racionales, públicos y transparentes.

Es cierto que el ideal democrático hoy no tiene rival, pero también es cierto que existe una general crisis de legitimidad política y que la erosión de la confianza de los ciudadanos en sus dirigentes y en sus instituciones (que ha permitido a Rosanvallon caracterizar la sociedad actual como la sociedad de la desconfianza),² es uno de los fenómenos más estudiados por la ciencia política de los últimos años. Esa crisis de confianza ha alcanzado también a la justicia.

Es que la historia de las democracias reales es indisociable de una tensión y un cuestionamiento permanente. Por ello, el principio de la construcción electoral de la legitimidad de los gobernantes y la expresión de la desconfianza ciudadana frente a los poderes han estado siempre vinculados.

El famoso Acuerdo del Pueblo publicado en Londres el 1º de mayo de 1649, que constituye el primer manifiesto democrático moderno, mostraba de manera ejemplar esa dualidad.³

DEMOCRATIZACIÓN DE LA JUSTICIA Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA

En la actualidad vivimos en una sociedad preocupada por la justicia como institución, y donde ella es el vínculo público del que más se espera y, al mismo tiempo –tal vez por idéntica razón–, del que más se desconfía.

2. Rosanvallon, Pierre, *La contrademocracia. La política en la era de la desconfianza*, Buenos Aires, Ed. Manantial, 2007, p. 23.

3. Garantía de libertades civiles y religiosas, institución del juicio por jurados, sufragio universal, limitación de los mandatos, subordinación del poder militar al civil, acceso de todos a todas las funciones públicas, todos los principios que alimentarían las revoluciones de los siglos XVII y XVIII, se encontraban ya formuladas en el texto precursor. Pero es significativo que se hiciera referencia a la dolorosa experiencia de la corrupción del poder, al riesgo de que se impusieran los intereses individuales o que la representación se convirtiera en dominación. La determinación de las condiciones de formación de un poder legítimo y la de una reserva de desconfianza se expresaron así desde un comienzo.

En cualquier caso, como ya se ha dicho, se ha instalado un debate pendiente sobre el estado de la justicia y su reforma, y en esos términos debe entenderse la discusión sobre la llamada democratización de la justicia, expresión de uso frecuente en estos últimos tiempos pero que en verdad reconoce antiguos desarrollos y preocupaciones, como ocurriera en los albores de la democracia recuperada con el gobierno de Raúl Alfonsín, que contó en estas cuestiones con el asesoramiento del maestro Carlos Nino.

Aquel debate quedó trunco por motivos justificados (veníamos del terrorismo de Estado y había que juzgar a las cúpulas militares); cayó luego en un pozo en la década del neoliberalismo de 1990, y se ha constituido hoy en un debate necesario, que no todos están dispuestos a dar de cara a la sociedad y sin manipulaciones, pero que debemos asumir con responsabilidad y participación de toda la ciudadanía, en tanto no podemos ser tan narcisistas de creer que sólo los profesionales que monopolizamos nada más y nada menos que un poder del Estado⁴ somos los únicos habilitados a intervenir.

Y aun cuando lo excede, también en este marco debe ubicarse el proceso de reforma procesal penal nacional, de reforma penal y lógicamente las tentativas por saldar el incumplimiento histórico que ha postergado la implementación del juicio por jurados populares que deriva directamente de los artículos 24, 75 inciso 12 y 118, y del principio de soberanía popular previsto en el artículo 37, todos de la Constitución Nacional.

Democratizar la justicia no es una expresión ambigua y tampoco se agota en la necesidad constitucional de garantizar la participación del pueblo en la toma de decisiones del Poder Judicial, ni en la transformación radical e imprescindible de los sistemas de justicia penal.

Supone antes bien asumir un diagnóstico de la justicia que tenemos, tanto a nivel nacional como en el ámbito de cada provincia, tanto en materia criminal como en los restantes fueros.

Y para ello debemos comenzar por reconocer que tenemos problemas estructurales y de funcionamiento derivados de múltiples factores, aunque preponderantemente de un modelo de Poder Judicial conceptualizado en el siglo XIX, estructurado a través de una burocracia

4. De más está señalar que se trata de un poder que ejerce un control de constitucionalidad difuso y que tiene, por ello, la posibilidad de invalidar el resultado de la actividad legislativa (las leyes), tanto como decisiones del Poder Ejecutivo.

cia jerárquica que ha formateado una matriz cerrada y relativamente conservadora, que se proyecta en ciertas tradiciones, prácticas y rutinas añejas, y en problemas de accesibilidad, publicidad y transparencia de los actos que el poder produce.

Se trata, en general, de un modelo que ha sido programado para funcionar prácticamente sin controles o con controles muy débiles, y donde bajo el pretexto de la independencia judicial muchas veces se neutraliza o diluye la responsabilidad funcional.

Va de suyo que una grave lesión a la independencia judicial es la configurada por la delegación de funciones, dominante en prácticamente todos los fueros.

Resulta llamativa además la naturalidad con que tamaña distorsión ha sido asumida por los operadores y, peor aún, las socializadas pretensiones de sumar recursos humanos (por caso, los llamados “relatores”) para potenciar el rendimiento en la producción, por ejemplo, de sentencias.⁵

Un esquema burocrático que muchas veces establece una relación entre la organización y las personas que no sólo despersonaliza, sino que además genera una tendencia en la que el burócrata le da más importancia a los reglamentos y a los formalismos que al cumplimiento de los objetivos mismos de la propia organización. Esta suerte de deformación profesional termina por conducir a un conformismo que aleja cada vez más a la organización del cumplimiento de sus funciones y objetivos, y privilegia el trámite y la observancia obsesiva de los vericuetos reglamentarios antes que la razonabilidad de las soluciones.⁶

Este conformismo consolida, en más de una ocasión, una cultura que lleva a aceptar como algo “natural” situaciones que cualquier persona con un mínimo de racionalidad juzgaría como inaceptables.

En esta perspectiva debemos asumir la necesidad de superar la desconexión entre una organización y sus prácticas jurídicas y las reales

5. La superación estructural de esta situación puede verificarse, entre nosotros, a partir del nuevo sistema de justicia penal que, al eliminar el expediente (fuente natural del trámite y la delegación funcional) y organizar el proceso a través de un sistema de audiencias públicas y orales, ha eliminado aquella deformación estructural.

6. Un profundo análisis de esta problemática puede verse en Binder, Alberto, *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2013, T. I, *Hermenéutica del proceso penal*, capítulo IX “La justicia penal como organización y como burocracia”, p. 299 y ss.

demandas sociales, así como la de generar instrumentos que posibiliten transparentar los compromisos y funcionamientos del Poder Judicial (lo cual supone desterrar de todos los fueros la cultura del trámite y el expediente), y pensar mecanismos de control porque la actividad judicial debe también validarse en su ejercicio.

La reforma de los sistemas de justicia no es sólo un problema cuantitativo, sino fundamentalmente cualitativo. Es cierto que siempre será necesaria una inversión presupuestaria suficiente para garantizar los cambios, pero su justificación debe ir acompañada de una transformación profunda en el modo de administrar y gestionar el sistema y, obviamente, en el modo de ejercer la jurisdicción. Ello implica repensar las estructuras judiciales sin dejar de aprovechar los recursos humanos existentes, pero reasignándolos en función de otro esquema organizacional.

Estimo que una parte de las resistencias a la reforma impulsada con la sanción de la Ley N° 27063 (que seguramente se multiplicarían frente a la posibilidad de jurados populares en el fuero federal) tiene que ver precisamente con la negativa a un sistema de audiencias públicas y orales y a un modelo de organización y gestión que coloca al juez en la necesidad de asumir, de manera pública y transparente, la función excluyente para la que ha sido designado.

En el ámbito federal se habrá desperdiciado una relevante oportunidad, si la reforma al acusatorio se agota sólo en una variante funcional y se prescinde de modificar la base misma del sistema de organización judicial actual, o si se acepta una postergación indefinida de su implementación (especialmente en el ámbito jurisdiccional que más la necesita) por causas latentes muy diversas a las manifiestas.

Pero los objetivos políticos de un sistema de justicia penal no se agotan, como decía, en su formal adecuación constitucional.

Democratizar la justicia supone la necesidad de elaborar, no ya una teoría de la justicia democrática sino, antes bien, una agenda democrática para la justicia, que mediante las reformas normativas y organizativas pertinentes posibilite:

- fortalecer la independencia judicial;
- horizontalizar las estructuras judiciales, en tanto en nuestro sistema constitucional dentro del Poder Judicial no hay jerarquías sino competencias;

- favorecer mecanismos de participación ciudadana e implementar los juicios por jurados en todas las jurisdicciones;
- garantizar el acceso amplio a la justicia;
- asegurar el más alto grado posible de respeto y vigencia de los derechos humanos (y allí aparece, entre otros, el problema carcelario de los mayores y especialmente de las mujeres y los menores de edad);
- modificar la selectividad estructural del sistema penal;
- desterrar el abuso “cautelar” del proceso que, en muchos casos, se convierte en un recurso para postergar indefinidamente la decisión sobre la solución del conflicto de fondo;
- pensar e implementar mecanismos de control ciudadano y transparentar el ejercicio de la actividad judicial y de los actos de poder que produce;
- democratizar los sistemas de selección de magistrados, funcionarios y personal del Poder Judicial;
- capacitar y consolidar nuevas prácticas y formas de litigar y nuevos modelos de organización y gestión.

En suma, una agenda democrática que asuma la necesidad de cambiar una concepción y una forma de ejercicio de poder. La definición y los fundamentos de esta agenda no son un problema de técnica jurídica, no son un problema procesal. Se trata de un problema esencialmente político, un problema ideológico. Una nueva concepción de poder hacia afuera y hacia adentro.

EL JUICIO POR JURADOS POPULARES

Precisamente en esa agenda, y cuanto menos en orden a la reformulación del sistema de justicia penal, no puede estar ausente la necesidad de concientizar, discutir e instaurar el juicio por jurados populares.

Quiero entonces detenerme en ciertos aspectos de esta cuestión, lo cual me lleva a dejar de lado algunas consideraciones relevantes, como las referidas al alcance de la normativa constitucional que, en mi criterio, impone el jurado popular como forma institucional de enjuiciamiento para los delitos graves (cuestión que implica la discusión en torno a si es un derecho declinable del imputado o una forma de juicio

obligatorio impuesta por la Constitución); así como la propia sobre la unanimidad, como garantía máxima de la calidad de la decisión o la posibilidad de una determinada mayoría para fundamentar el veredicto de culpabilidad y, en su caso, la incidencia y consecuencias ante la posibilidad de jurados estancados o bloqueados; y también la vinculada a la refutación de objeciones normativas fundadas en la lesión a garantías de jerarquía constitucional en base a una supuesta falta de motivación del veredicto, que limitaría o neutralizaría el alcance impugnativo y la función de los tribunales de impugnación, en tanto nada impide, y de hecho es totalmente posible, garantizar la revisión amplia y el derecho al recurso.

Tampoco pretendo dar cuenta aquí de los nuevos desafíos que la litigación frente al jurado plantea, tanto para la acusación como para la defensa. Basta referenciar, por caso, la relevancia de todas las cuestiones problemáticas involucradas en la audiencia de selección e integración del jurado, y en torno a las reglas de elegibilidad que obligan a las partes a llegar a la audiencia con una clara visión de su posición en el juicio; la cuestión de las instrucciones generales y las dificultades para pensar las instrucciones particulares vinculadas al conflicto que está en discusión y la importancia estratégica para las partes; o los nuevos problemas organizacionales y de gestión que deberán asumir las Oficinas de Gestión Judicial (OGJ), ante algunas particularidades propias del funcionamiento de los jurados.

Todas estas cuestiones integran, por cierto, una agenda completa de temas y problemas relevantes que han sido y serán objeto de profundos estudios y sobre los que habrá que aprovechar la experiencia comparada y la de las provincias argentinas que han implementado el juicio por jurados.

Me interesa, en cambio y a los fines de este trabajo, referir a algunos mitos a los que históricamente han apelado quienes se resisten a admitir la legitimidad político-democrática de un sistema de justicia penal que reposa en el poder del ciudadano.

En concreto, me refiero al conjunto de especulaciones y conjeturas carentes de todo sustento empírico, y que sólo reconocen tradición histórica porque muchas de ellas fueron las mismas objeciones que las más brillantes plumas del Iluminismo se encargaron de refutar a los conservadores y positivistas y que, en la actualidad, en países de tradi-

ción juradista como EE. UU. o Inglaterra, han sido descalificadas por medio de investigaciones de campo:⁷

- que los jurados carecen de idoneidad;
- que el pueblo no está preparado;
- que la gente no cree en el jurado;
- que el jurado es permeable a la presión mediática y al clamor popular;
- que los ciudadanos evitan o tratan de eludir el rol de jurados;
- que ese rol es por tanto sólo para los no suficientemente preparados o inteligentes para lograr evitarlo;
- que las decisiones del juez profesional son más justas que las del jurado.

Sólo me permito recordar a Tomás Jofré,⁸ quien sostenía que, sin perjuicio de que ninguna de estas especulaciones y críticas perdía vigencia para los jueces profesionales, eran sólo pretextos para desoír la manda constitucional. Es cierto que, como afirmara Einstein, es más fácil desmontar un átomo que un preconcepto, mas sería deseable reflexionar sobre cuáles han sido los resultados históricos de un sistema de justicia penal monopolizado por jueces profesionales. No tengo dudas de que tamaño ejercicio llamaría a prudencia a los críticos del jurado.

La segunda cuestión, y no por ello menos importante, tiene que ver con la dimensión democrática del jurado y la legitimación de la función jurisdiccional. Precisamente, la dimensión democrática del jurado reconoce una larga tradición y fundamentos.

Es que aun admitiendo la naturaleza específicamente política de los tribunales en Atenas, las funciones de votar y juzgar eran allí dos dimensiones inseparables de la condición de ciudadano.⁹

7. Hans, Valerie y Gastil, John, *El Juicio por jurados. Investigaciones sobre la deliberación y la democracia*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2014, pp. 56, 99 y 205.

8. Citado por Granillo Fernández, Héctor, *Juicio por Jurados*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2013, p. 130.

9. Según Aristóteles: “Un ciudadano en el sentido pleno del término se define adecuadamente por su doble participación en una función judicial y en una función política” (“Ética Nicomaquea-Política”, *La Política*, Libro Tercero, versión española e introducción de Antonio Gómez Robledo, México, Editorial Porrúa, 1998, p. 197). De allí que el Tribunal del pueblo (*dikasteria*) y la asamblea del pueblo (*ekklesia*) sean las dos instituciones centrales y complementarias de la democracia ateniense.

Posteriormente, como ya se ha señalado, también en el Acuerdo del Pueblo firmado en Londres en 1649, que constituye el primer manifiesto democrático moderno y formula las aspiraciones más radicales, se vinculaba el principio de una representación realmente popular a la creación de jurados libremente elegidos.¹⁰

Y, del mismo modo, doscientos años después se refería Carrara al “cuadrilátero de las libertades” para relacionar a la guardia nacional, los jurados, la prensa libre y el Parlamento.¹¹

Justamente por el impacto e influencia que el Iluminismo ha tenido entre nosotros, no puede omitirse que el nacimiento de la idea moderna de jurado se inscribe asimismo en el movimiento de reflexión del siglo de las luces sobre la reducción de los errores judiciales que aparecen, en ese tiempo de surgimiento de los derechos del hombre, como una de las manifestaciones más chocantes de la injusticia.

La dimensión democrática del jurado fue así afirmada en el período revolucionario francés, sobre la base del principio de la soberanía popular. Adrien Duport, el principal actor de la reforma de la Asamblea Constituyente, reivindicó la idea de que la libertad política reposa sobre los dos pies del derecho al voto y del jurado,¹² mientras para Montesquieu:

El Poder Judicial no puede darse a un senado permanente, sino que lo deben ejercer personas del pueblo (como en Atenas) nombradas en ciertas épocas del año, de manera prescripta por la ley, para formar un tribunal que solo dure el tiempo que la necesidad requiera. De esta manera el poder de juzgar, tan terrible para los hombres, se hace invisible y nulo, al no estar ligado a determinado estado o profesión (...). Es necesario además que los jueces sean de la misma condición que el acusado, para que no pueda pensar que cae en manos de gentes propensas a irrogarle daño.¹³

10. “Garantía de libertades civiles y religiosas, institución del juicio por jurados, sufragio universal, limitación de los mandatos, subordinación del poder militar al civil, acceso de todos a todas las funciones públicas”, se encontraban formuladas en el texto precursor.

11. Carrara, Francesco, *Programa de Derecho Criminal*, Parte General, Vol. II, Temis/Depalma, 1977, p. 238.

12. Informe del 27 de noviembre de 1790 sobre la institución de los jurados, citado por Rosanvallon, Pierre, *op. cit.*, p. 214.

13. *El Espíritu de las Leyes* (traducción de Nicolás Estévez), Buenos Aires, Ediciones Libertad, 1944, vol. 1, p. 151.

Desde entonces, las figuras del jurado y del elector no dejarían de superponerse, y no en vano es que los medios conservadores atacaron a partir del siglo XIX el funcionamiento de los jurados populares en momentos en los que se les hizo difícil denigrar abiertamente el principio del sufragio universal.

En cualquier caso, como enseña Carrara, en el desarrollo histórico del verdadero juicio criminal (que siempre alternó entre dos métodos opuestos: jueces ciudadanos o jueces magistrados); el pueblo –jurado– siempre ha precedido a los jueces magistrados.¹⁴ Y agrega:

... lo sustancial de la diferencia entre los dos sistemas está en un solo concepto: o los juicios criminales deben ser ejercidos exclusivamente por individuos privilegiados, elegidos y subvencionados por el gobierno (como empleados suyos), o deben ejercerse por ciudadanos libres. Llámense estos jurados, o jueces populares, o notables o de cualquier otro modo, siempre serán jueces ciudadanos; y aunque a los otros se les llame consejeros, auditores o con cualquier otro nombre, siempre serán jueces dependientes del gobierno.¹⁵

Esa es la tradición jurídica de Occidente, y es también la historia constitucional de nuestro país, y así como los juradistas ilustrados criticaban la justicia profesional (por la perversión burocrática e inquisitiva y los groseros errores judiciales de los jueces profesionales), la Constitución Nacional optó siempre por el juez ciudadano y nunca por el juez profesional.

Por ello, mientras Filangieri sostenía que tener un sistema que descansa en personas cuyo único oficio es juzgar a los demás es un sistema odioso para cualquier pueblo que ama la libertad,¹⁶ Carrara se preguntaba: ¿quién tiene derecho a juzgar si una persona merece cárcel o trabajos forzados? Y exclamaba que los pueblos que sienten amor ardiente por la libertad, sintetizado en el célebre lema inglés “*a crust*

14. “Podrán haber cambiado de modo infinito, al correr de los tiempos, de las costumbres y de los lugares, las formas prácticas con que han venido desarrollándose estas dos ideas, pero los conceptos cardinales no son ni pueden ser más que dos: o juzga el pueblo o juzga un número de hombres destinados a ese fin por la autoridad del gobierno”. Carrara, Francesco, *Programa de Derecho Criminal*, Parte General, Temis/Depalma, 1977, , vol. II, p. 228.

15. *Ibidem*, p. 231.

16. Filangieri, Gaetano, *Ciencia de la Legislación*, traducción de Juan Ribera, Madrid, imprenta Don Fermín Villalpando, 1821, T. III, p. 174 y ss.

of bread and liberty” (“dame un trozo de pan y la libertad”) han luchado siempre para tener jueces ciudadanos, mientras los pueblos inertes, negligentes y enamorados de la servidumbre somnolienta, se han unido siempre a los déspotas para proscribir los tribunales populares.¹⁷

Por su parte, y desde otra perspectiva de fundamento válido incluso en nuestra Constitución Nacional, la revolución estadounidense consideraba al jurado como una de las principales manifestaciones de la igualdad republicana de los ciudadanos (fundamento que sería reelaborado por Nino entre nosotros).¹⁸ Participar en un jurado es una forma de la actividad cívica. Tocqueville ha subrayado esta dimensión al sostener que el sistema del jurado es una consecuencia tan directa y tan extrema del dogma de la soberanía del pueblo como el voto universal; el jurado es ante todo una institución política, es la parte de la Nación encargada de asegurar la ejecución de las leyes, así como las Cámaras son la parte de la Nación encargada de hacer las leyes, y esta calidad democrática del jurado no deriva solamente del principio igualitario, sino también de su modo de funcionamiento, que es de orden deliberativo.¹⁹

En fin, como se ha expuesto arriba, la idea moderna de jurado que data de mediados del siglo XVIII aparece con fundamento en una antropología filosófica, en una filosofía que luchó contra el oscurantismo, a partir de un fundamento secular: el contrato y el reconocimiento de que el poder reside en la persona.

No es de extrañar entonces que todas las plumas que firmaron la partida de nacimiento del formato discursivo del Derecho Penal limitante del poder (Beccaria, Condorcet, Voltaire, Blackstone, Filangieri, Carrara), encontraran en el jurado una institución esencial para la protección de los derechos y libertades.

17. Carrara, Francesco, *op. cit.*, p. 232.

18. En este sentido ha sostenido que “el jurado tiene un enorme valor como expresión de la participación directa de la población en el acto de gobierno fundamental que es la disposición inmediata de la coacción estatal”, Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1992, p. 451.

19. Tocqueville, Alexis de, *La Democracia en América*, México, Fondo de Cultura Económica, 1984, p. 274.

LA REFORMA DE LA JUSTICIA SANTAFESINA Y UNA OBLIGACIÓN LEGISLATIVA PENDIENTE

En el caso de nuestra provincia (Santa Fe), se ha iniciado un profundo proceso de transformación de la justicia penal,²⁰ que claramente apunta a democratizar su funcionamiento y generar instrumentos que le permitan alcanzar sus objetivos.²¹ Ello nos obliga a un enorme esfuerzo para preservar las bondades del cambio y evitar que se desnaturalice.

Hemos procurado desterrar las estructuras básicas del sistema inquisitorial, un modelo dominado por un procedimiento escrito, una recurrente y generalizada delegación funcional, falta de transparencia y una lógica judicial exageradamente formalista y burocratizada, que colocó al expediente –fuente del culto al trámite– como actor central de

20. Para una mejor comprensión del proceso de reforma resulta necesario distinguir, en el plano normativo, dos grandes momentos. De un lado, la sanción de la Ley N° 12734 (2007), que en el contexto de la realidad histórica provincial fue una revolución aunque no dejaba de representar un modelo avanzado dentro de los llamados “códigos de compromiso” de los noventa, pero que mantenía una investigación preparatoria algo formalizada, una regulación deficiente de la prueba, una regulación densa de la etapa preparatoria y algunos resabios contaminantes de la oralidad a través de la lectura. El segundo momento está constituido como fuente normativa por el conjunto de leyes que completó la plataforma normativa del nuevo sistema de justicia, con tres objetivos muy definidos: 1) de un lado, resolver el problema de las causas en trámite; 2) de otro, ajustar la matriz del código para darle un marcado tinte adversarial y acusatorio; 3) finalmente, y tal vez aquí lo más importante, introducir cambios –imprescindibles– a un sistema de organización feudal y burocrático, tanto en el ámbito judicial como en relación a las nuevas estructuras del Ministerio público de la Acusación y del Servicio Público Provincial de la Defensa. Así se sancionó la ley de transición (N° 13004); la Ley del Ministerio Público de la Acusación (N° 13013), de Servicio Público Provincial de la Defensa (N° 13014), la Ley de Organización de Tribunales Penales (N° 13018), y la llamada Ley de Herramientas (N° 13405), que concretó algunos ajustes normativos imprescindibles pero además se ocupó de cuestiones vinculadas a la prueba material, la prohibición de lectura y las reglas de litigación propias de la nueva lógica. La reforma entró en vigencia para toda la provincia y con carga cero el 10 de febrero de 2014.

21. En esa perspectiva, estimo que un sistema de justicia penal debe procurar: (a) el respeto pleno a las garantías constitucionales de los imputados y la protección de los derechos de las víctimas; (b) transparentar y desburocratizar su funcionamiento y favorecer el acceso a la justicia; (c) aumentar los niveles de respuesta institucional a los conflictos penales, en un plazo razonable; (c) modificar la repugnante selectividad de un sistema penal que se ha ocupado casi siempre de lo mismo, y (d) restablecer el sentido constitucional de un sistema trastocado que funciona cautelarmente, con una medida de aseguramiento físico a modo de pena anticipada cuando el preso es condenado o de medida de seguridad predelictual cuando es sobreseído o absuelto.

un procedimiento que muchas veces duraba largos años en un contexto bastante dominado por el llamado “síndrome de alienación temporal”.

Una estructura judicial organizada con base en “juzgados”, donde el juez asumía el dominio de un territorio propio, con su propia cohorte de empleados, mobiliario y demás enseres.

Un esquema feudal, burocrático y autonomizado que, además de conculcar un elemental criterio de imparcialidad, exhibía la falla derivada de la total ausencia de estrategias y políticas de persecución penal unificadas, o de una ingeniería institucional que permitiera conectar hechos y protagonistas o intervenir coordinadamente en economías delictivas.

Los resultados de aquel sistema de justicia monopolizado—y presten atención porque no por obvio podemos dejar de focalizar el dato—, monopolizado por jueces y funcionarios profesionales y sin participación ciudadana, no ha podido ser más patético: incapacidad investigativa, cómoda subordinación (generalmente, al extremo dependiente) de los jueces y fiscales a la actividad autónoma de la policía, limitadísima capacidad de respuesta a los conflictos penales y afectación de derechos y garantías, tanto de los imputados como de las víctimas.²²

El proceso de reforma se ha estructurado sobre la base de la separación funcional de la acusación, la defensa y la jurisdicción; la desformalización de la investigación penal preparatoria, la supresión del expediente, la reformulación de los sistemas de persecución mediante la consagración de criterios de oportunidad y otras alternativas; la ampliación de derechos y garantías; el reconocimiento de la víctima y la posibilidad de ejercer de manera autónoma la acción penal; la implementación de un sistema de audiencias públicas y orales; la supresión del viejo diseño feudal del juzgado; la creación de las oficinas de gestión judicial y un nuevo diseño para el Ministerio Público de la Acusación y el Ministerio Público de la Defensa, cuya autonomía funcional, operativa, de selección

22. En cualquier caso, la perspectiva crítica sobre el estado del sistema de justicia penal que estamos tratando de dejar atrás, no es exclusiva de este ámbito. Por el contrario, puede extenderse, sin margen de error y respetando las particularidades propias, a los restantes fueros. Por ello, la reforma de la justicia penal no deja de ser un punto de referencia para pensar en la necesaria transformación del sistema de justicia civil, laboral, contencioso administrativo, de menores y de faltas.

de personal, disciplinaria y de gestión ha sido garantizada por las leyes y por fallos de la propia Corte Suprema de Justicia provincial.²³

Sin embargo, a pesar de tan trascendente reforma, sigue incumplida la obligación legislativa que impone a los poderes públicos competentes la necesaria sanción de una ley especial que regule la organización y puesta en funcionamiento del juicio por jurados populares.

Es que al imperativo constitucional derivado de los artículos 24, 33 *in fine*, 37, 75 inciso 12 y 118 CN, de los que deriva que el juicio penal querido y prescripto por nuestra Constitución Nacional es el modelo de un juicio oral, público y por jurados populares, se suman –en el ámbito de la provincia de Santa Fe– las previsiones de la Ley provincial N° 12734 (que instituye el nuevo Código Procesal Penal), que en su artículo 4 prescribe: “En los casos que sea procedente la conformación del jurado se regirá por las normas que establezca una ley especial”, y en el artículo 44 reitera: “Cuando se autorice el juicio por jurados, una ley determinará la forma en que se integrarán en Colegio los jurados, sus características, requisitos para la convocatoria y la fecha de entrada en vigencia de esta forma de juzgamiento”.

Va de suyo que ambas previsiones no pueden funcionar operativamente como una salida oportunista o de compromiso propia del legislador provincial que sancionó el nuevo Código Procesal Penal, sino como un mandato legislativo concreto, mediante el reenvío al dictado de una ley especial que regule la implementación del juicio por jurados populares como una manifestación propia y necesaria del principio de soberanía popular y del derecho de los ciudadanos de la provincia a participar en las funciones de gobierno.

Si bien a la fecha se han presentado diversos proyectos legislativos que aún no han tenido tratamiento,²⁴ cabe destacar el compromi-

23. La Ley N° 13013 crea y regula la estructura y funcionamiento del Ministerio Público de la Acusación y la Ley N° 13014 el servicio público provincial de la Defensa; por su parte, la CSJSF se ha pronunciado reiteradamente sobre la autonomía de ambas organizaciones, en particular a partir del Acuerdo N° 33 de fecha 11 de agosto de 2010.

24. Proyecto del Diputado provincial Leandro Busatto, ingresado en junio de 2013 a Cámara de Diputados. Tipo de jurado: popular, doce miembros. Casos: no hay limitación por monto de pena sino que hay una mención amplísima de delitos (casi todos contra la vida, integridad sexual, robos, extorsiones, estafas, administración pública, etc.). Sin embargo, el imputado puede renunciar al juicio por jurados y el juez técnico verificará que existe conformidad del fiscal y/o querellante. El jurado está pensado

so asumido por la actual gestión ejecutiva provincial, a través de su Ministro de Justicia y Derechos Humanos, para impulsar una ley que regule e implemente el jurado en nuestra provincia.²⁵

En ese camino de democratización, la previsión aún pendiente del juicio por jurados no sólo posibilitaría adecuar plenamente nuestro sistema de justicia penal a los postulados constitucionales, garantizando la natural participación ciudadana nada menos que para habilitar el acto más violento de respuesta estatal (la pena criminal), sino que además permitiría contar con un superlativo instrumento para neutralizar la principal amenaza de distorsión que lo constituye en la

como una garantía del imputado a la cual puede renunciar, pero de algún modo la contempla también como forma de administrar justicia obligatoria porque requiere conformidad del fiscal. Deliberación: para condenar se requiere una mayoría de 10 sobre 12; para absolver se requieren 7 votos; si no se reúnen mayorías para condenar ni para absolver, queda estancado. Impugnación: la absolución es irrecurrible, mientras que la sentencia condenatoria fruto del veredicto, “se le aplican los recursos del código”. Proyecto del Diputado provincial Ariel Bermúdez, ingresado en septiembre de 2013 a Cámara de Diputados. Tipo de jurado: popular, diez miembros. Casos: cuando el acusador pida más de 10 años de pena, cualquiera fuere el delito y, en supuestos de delitos contra la administración pública por funcionarios públicos, cualquiera fuere la pena. El jurado está pensado como una forma obligatoria de administrar justicia, por eso no interesa la opinión del imputado. Deliberación: basta para condenar 8 sobre 10 votos, caso contrario, absolución. Impugnación: permite causales amplias de impugnación sólo para la defensa; la absolución es inapelable salvo soborno. Proyecto del Senador provincial Hugo Rasetto, ingresado en abril de 2014 a la Cámara de Senadores. Tipo de jurado: popular, doce miembros. Casos: delitos con perpetua, homicidio simple, robo seguido de muerte y delitos de funcionarios públicos, no interesa el monto de pena solicitado por el/los acusados. El jurado está pensado como garantía del imputado en tanto puede renunciarlo sin que haya condición alguna al respecto. Deliberación: unanimidad para condenar o absolver, caso contrario, jurado estancado. Impugnación: absolución irrecurrible; permite causales de impugnación amplias para la defensa.

25. Especial consideración merece, en este sentido, el Anteproyecto de Juicio por jurados populares que la Asociación Argentina de Juicio por Jurados presentó al Ministro de Justicia y Derechos Humanos de la provincia de Santa Fe en 2015. Allí se establece un jurado popular de doce miembros, integrado por hombres y mujeres en igual proporción. Casos: delitos reprimidos con pena privativa de la libertad perpetua, homicidio simple, robo seguido de muerte, delitos sexuales graves, delitos cometidos por funcionarios públicos, explotación infantil y otros delitos graves que implican a menores de edad. Está concebido como una forma obligatoria de juzgar en tanto sólo puede evitarse el jurado si todos los acusados y acusadores están de acuerdo en que sea juzgado por juez técnico (el silencio o el desacuerdo en este punto lleva a juicio por jurados). Deliberación y unanimidad para condenar o absolver. Impugnación: absolución irrecurrible y en caso de condena para la defensa posibilidades amplias de impugnar.

experiencia comparada y regional: el riesgo de una reconfiguración inquisitorial de los nuevos modelos acusatorios esto es, de distorsión y burocratización del acusatorio y la subsistencia de prácticas inquisitivas bajo el ropaje acusatorio, deformaciones que en el juicio resultan prácticamente imposibles de instaurarse con los jurados populares.

CONCLUSIONES

En definitiva, el voto popular y el jurado son términos indisolubles, en tanto una democracia representativa no puede dejar a los ciudadanos al margen de las decisiones judiciales.

Votar y juzgar constituyen dos medios para intervenir en la organización de la vida de la *polis*.

Desde esa perspectiva, el jurado expresa el valor de la participación directa del pueblo en ese acto de gobierno que es el ejercicio de poder punitivo, asegura el principio de igualdad republicana, consolida el sentido de responsabilidad del ciudadano, desmitifica el derecho y, más importante aun, constituye un límite de garantía más al ejercicio del poder penal.

Mas su legitimidad no sólo proviene del principio republicano y del principio igualitario que le sirve de fundamento, sino también de su modo de funcionamiento, que es de orden deliberativo. Mientras el elector se preocupa por expresar una vez su opinión, el jurado se inscribe en un proceso más prolongado y más evolutivo de intercambio de informaciones y argumentos, y constituye la modalidad más lograda de la ciudadanía.

Por ello, y como ha señalado John Gastil, cualesquiera que sean las fuerzas que pongan en peligro la vida democrática, el sistema de jurados proporciona la fuerza opuesta.²⁶

Pero la participación ciudadana a través del jurado no sólo constituye un modo democrático de administrar justicia, sino que representa –al mismo tiempo– la lógica opuesta más radical a la negación del debido proceso, que ha sido durante años dominante en la formulación normativa procesal y en la configuración cultural y las prácticas

26. Hans, Valerie y Gastil, John, *op. cit.*, p. 208.

inquisitivas profundamente instaladas en el cuerpo y alma de gran parte de los operadores profesionales del sistema de justicia penal.

Tal como apuntaba Juan Bustos Ramírez²⁷ en su prólogo a la obra de Louk Hulsman y Jacqueline Bernat de Celis, *Sistema Penal y Seguridad Ciudadana*, una democracia no puede reducir a la persona frente al sistema penal a la sola condición de víctima o imputado y no tener ninguna otra instancia, ya que ello contradice la esencia misma de la sociedad. Cuando así ocurre, el individuo pierde su personalidad y sólo se considera al Estado.

Y así como se ha dicho que la guerra es un hecho político muy importante para dejarla librada sólo a los militares, el ejercicio de poder punitivo, la pena criminal, es un hecho político lo suficientemente importante como para dejarlo librado sólo a jueces profesionales.

27. Bustos Ramírez, Juan, Prólogo al libro de Hulsman, Louk y Bernat de Celis, Jacqueline, *Sistema Penal y Seguridad Ciudadana. Hacia una alternativa*, Barcelona, Editorial Ariel, 1984, pp. 7-19.

JURADO POPULAR VS. JURADO ESCABINADO. UNA DISYUNTIVA POLÍTICA

Por Sidonie Porterie* y Aldana Romano Bordagaray**

INTRODUCCIÓN

En los últimos cinco años, Argentina vivió un resurgimiento de los debates por la instalación de los jurados populares, institución ordenada por la Constitución Nacional desde su primera redacción, pero ignorada por más de 150 años. Con el único antecedente de la provincia de Córdoba, que instituyó un sistema de jurados escabinado en 2004, recién en 2011, en el marco de un proceso de reforma integral del sistema de justicia penal provincial, Neuquén sancionó una ley con un modelo de jurados legos. Le siguió luego la provincia de Buenos Aires, la más populosa del país. Ambos casos contagiaron a otras provincias argentinas: Chaco y Río Negro recientemente sancionaron sus respectivas leyes, todas bajo los términos de un sistema de jurados clásicos.

Como trasfondo de este proceso se encuentran la preocupación por la legitimidad democrática del sistema de justicia y la expectativa de que la introducción de los jurados populares pueda recomponer la confianza de la ciudadanía en la administración de la justicia.

Las preguntas que guían este trabajo giran en torno a conocer por qué, después de siglos de deliberada ignorancia, se decide cumplir con la manda constitucional (1853); cuál es el contexto político que permitió el resurgimiento de la cuestión, qué pasó para que en esta nueva

* Licenciada en Ciencia Política (diploma de honor) con orientación en Estado, Administración y Políticas Públicas, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Buenos Aires. Miembro de la Junta Directiva del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales – INECIP.

** Licenciada en Ciencia Política (Diploma de honor), Facultad de Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Buenos Aires. Directora Ejecutiva del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales – INECIP.

ola de debates se haya descartado casi de plano el sistema escabinado. ¿Es el jurado una forma de relegitimación democrática?

Todas estas preguntas se responden desde una lectura del proceso general en el país y, más concretamente, en el estudio del caso de la provincia de Buenos Aires. En el esfuerzo de análisis se puso énfasis en reconstruir la perspectiva de los principales actores institucionales intervinientes: legisladores y titular del Poder Ejecutivo provincial durante el período de formación de la ley y el contexto nacional que lo precedió.

JURADO POPULAR VS. JURADO ESCABINADO

En los nuevos procesos de discusión por la instauración de los juicios por jurados ha quedado relegado completamente el debate por el *modelo*. En los últimos años las discusiones giraron en torno a la unanimidad y las mayorías, los requisitos de admisibilidad, el rol del juez, pero llamativamente no apareció en escena la disputa entre el modelo escabinado y el modelo clásico.

Retrotrayendo la pregunta al proceso histórico, en 2004 Córdoba modificó su sistema de jurados pero no puso en duda el modelo escabinado, incorporado en la Constitución provincial en 1998. Tan sólo siete años después, la provincia de Neuquén sancionó una reforma al Código Procesal Penal en la que se adoptó y reguló un modelo de enjuiciamiento con jurado clásico. Desde ese momento en adelante, todas las provincias que aprobaron leyes de implementación de jurados optaron por el modelo clásico.

En Córdoba, la regulación del jurado en la Constitución fue fundamentada a partir de la necesidad de que el pueblo participe directamente en la administración de justicia, mientras que la opción por un modelo escabinado se justificó en el reconocimiento y la necesidad del saber técnico del juez profesional. En la concepción de los constituyentes, la combinación de los dos sistemas produciría el mejor modelo posible.

En un tribunal como el que hemos proyectado, ambas clases de jueces colaboran y se prestan mutuamente aquellas facultades que a los otros les faltan. Los técnicos prestan su conocimiento del derecho, los jurados su visión espontánea de las realidades jurídicas propias del hombre común.¹

1. Palabras de José Cafferata Nores, convencional constituyente de Córdoba, en la Sesión N° 9 de la Honorable Convención Constituyente de la provincia de Córdoba, que

Esta decisión se sostuvo en 1991 con la sanción de la ley que hizo operativo el jurado, aunque con alcances muy reducidos, y fue ratificada con la modificación de 2004, pese a que en esa instancia la necesidad de relegitimación de los jueces y el sistema aparece como una motivación explícita:

Durante este último tiempo la sociedad argentina vivió una crisis muy profunda, un proceso de atomización de las instituciones y de la sociedad, que casi llevaron a la disolución nacional (...). Entonces, nosotros los legisladores de la provincia de Córdoba, debemos dar respuesta al reclamo popular y crear nuevos institutos que nos permitan reponer un pacto social (...) el juicio por jurados, es otro paso más que nos lleva al largo camino de reconstruir la confianza en las instituciones...²

Los argumentos de los constituyentes en favor de resguardar el saber profesional como condición necesaria para la administración de justicia expresan la desconfianza en la capacidad de la ciudadanía para valorar la existencia o no de un hecho criminal y, con base en eso determinar la responsabilidad de los intervinientes. Esa desconfianza manifiesta los mismos reparos que en la Europa continental del siglo XIX llevaron a reemplazar el modelo de jurados clásicos por un modelo escabinado como parte de un movimiento contrarreformista. Detrás de la desconfianza siempre aparece el temor al avance del ejercicio del poder por parte de los sectores populares. Vale recordar que mientras se consolidaba el sufragio universal, la clase política recortaba la participación del pueblo en la administración de justicia.³

Entre los dos modelos de jurados existen diferencias sustanciales, que no son técnicas –como sugerían los argumentos de los constituyentes cordobeses–, sino profundamente políticas, en el sentido etimológico de la palabra, porque representan dos esquemas de distribución del poder bien diferentes. El modelo de jurado clásico se funda en la confianza plena en el jurado como manifestación del pueblo soberano y cumple con el ideal democrático de la delibera-

tuvo lugar entre el 30 de marzo y el 1º de abril de 1987, citado en Bergoglio, M. I. (ed.), "El juicio por jurados y la problemática de su legitimación", en *Subiendo al estrado. La experiencia cordobesa del juicio por jurado*, Córdoba, Ed. Advocatus, 2010, p. 37.

2. *Ibidem*, p. 41.

3. Rosanvallon, P., *La legitimidad democrática. Imparcialidad, reflexividad, proximidad*, Buenos Aires, Ediciones Manantial, 2009.

ción entre iguales. Se trata de un procedimiento de contrastación de diferentes puntos de vista, que obliga a que cada uno revea y sopesa su postura en relación con la de los demás, produciendo de esta manera una decisión final de mayor calidad. “Aunque ninguno es indiferente a su propio bien, todos tratan de llegar a decisiones que resulten aceptables para los que comparten el compromiso con la deliberación. (...) tomar en serio ese compromiso requiere a buen seguro estar dispuesto a revisar la forma en que uno entiende sus propias preferencias y convicciones”.⁴

En contraposición a esto, el modelo de jurado escabinado, al infiltrar al juez en la etapa de deliberación, rompe el equilibrio base de esta, afectando necesariamente también la calidad –y legitimidad– de la decisión resultante. En el modelo escabinado, el juez asume una doble competencia: por un lado, en tanto responsable del control de la legalidad de lo actuado y del respeto de las garantías del acusado; y por otro, en tanto miembro del jurado con mayor capacidad que el resto de los intervinientes, e investido de autoridad, para “participar” en la determinación de la responsabilidad penal. La desconfianza en el ciudadano es directamente proporcional a la conservación del poder del juez. Bajo el argumento de la necesidad de un saber científico o de fundamentación de las decisiones judiciales, se esconde la resistencia de una corporación a ceder algunas de sus facultades principales. El escabinado es un apartamiento sólo parcial y cosmético de la tradición inquisitiva, ya que no abandona la desconfianza en el pueblo propia de la Inquisición.⁵

4. Cohen, Joshua, “Deliberación y legitimidad democrática”, 1989, p. 134. Este artículo apareció por primera vez en A. Hamlin y P. Pettit (eds.), *The Good Polity*, Oxford, Blackwell, 1989. Disponible en: https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/361/21813_Deliberaci%C3%B3n%20y%20legitimidad%20democratica.pdf?sequence=1

5. Penna, C., “Prejuicios y falsos conocimientos: historia de los cuestionamientos al juicio por jurados en Argentina”, en *Juicio por jurados en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Buenos Aires, Editorial Jusbairens, 2014, p. 124.

PROBLEMAS DE LEGITIMIDAD EN EL SISTEMA DE JUSTICIA: EL JURADO COMO RESPUESTA

En diciembre de 2001 Argentina sufrió la peor crisis social, económica y política desde el advenimiento de la democracia, con graves repercusiones sobre todo el sistema institucional. Distintos descontentos sociales hicieron converger a clases medias y bajas en masivas movilizaciones espontáneas convocadas bajo la consigna “que se vayan todos”. Una consigna tan simple como radical denunciaba al conjunto de la clase dirigente, excediendo con creces al gobierno de turno. Síntoma de ello fue que ni siquiera la salida del presidente de turno logró estabilizar nuevamente el sistema político institucional.⁶ Pero la densidad de la crisis era tal que el reclamo social se extendía también hacia los integrantes del Poder Judicial, representados fundamentalmente en la Corte Suprema de Justicia. En el momento álgido de la crisis, las “manifestaciones populares reclamaban en las calles la salida de la Corte Suprema de Justicia”.⁷ “De acuerdo a mediciones realizadas por Galup, el porcentaje de ciudadanos comunes que confían en la justicia llegaba a 57% en 1984, en el momento de recuperación de la democracia. Esa cifra bajó a 26% en 1995, en el primer año de la segunda presidencia de Menem, y en el momento de la crisis del 2001, llegó a un 12%.”⁸

El Poder Judicial es una de las instituciones que goza de menor confianza entre los argentinos: un promedio de 3,94% de los encuestados dice tener mucha confianza y un 34,55% señala ninguna (datos con base en mediciones de los años 1995-2015, menos 1999, 2012 y 2014).⁹ La policía y el Congreso gozan de promedios muy semejantes. Sólo se ubican en peor posición que la justicia los partidos políticos, con toques y pisos bastante distantes (el promedio de los que respondieron tener mucha confianza en los partidos políticos es de 1,78% y el de los que respondieron “ninguna” llega casi a la mitad de los encuestados,

6. En diez días la Argentina tuvo cinco presidentes.

7. Bergoglio, M. I. (ed.), *op. cit.*, p. 11.

8. Ídem. Datos nacionales publicados por el Plan Nacional de Reforma Judicial.

9. Datos con base en mediciones de los años 1995-2015, menos 1999, 2012 y 2014. Construcción de datos propios a partir de información elaborada por Latinobarómetro. Opinión pública latinoamericana, *Informes anuales* (base de datos en línea) años 1999 a 2015, disponible en: <http://www.latinobarometro.org/lat.jsp>

con un 47,55%). En este ranking, por encima del Poder Judicial están –aunque cueste creerlo– las fuerzas armadas, el gobierno, el Estado y la iglesia. Esta última es, por lejos, la institución que mayor confianza inspira en la ciudadanía según la encuesta de Latinobarómetro.

La administración de justicia es concebida como una de las funciones centrales del Estado, razón por la cual la confianza/desconfianza en el sistema de justicia penal tiene correlato en la legitimidad del Estado y del gobierno en particular. Es en este contexto en el cual reaparece fuertemente la discusión por la instauración del juicio por jurados, dando cuenta de que no alcanzan reformas intraorganizacionales, sino que lo que está en juego es la necesidad de relegitimar al sistema.

Un primer dato que abona la idea de que los jurados aparecen como parte de una respuesta de la clase política ante los problemas de legitimidad del sistema judicial es la cantidad de proyectos presentados en la Cámara de Diputados del Congreso de la Nación en 2004, y también en 2013. En un relevamiento de proyectos de ley para la implementación de juicios por jurados a nivel nacional, desde 1999 hasta 2015 inclusive, se observa la evolución y se advierten los picos que se sucedieron a los momentos de mayor demanda social de justicia: 2004, 2006 y 2013. Cabe destacar que a excepción de un único proyecto presentado en 2004, todos los proyectos instauran un jurado clásico.

En diciembre de 2012, en medio de un clima de confrontación entre el gobierno nacional y el Poder Judicial, la fallida sentencia absolutoria de un tribunal tucumano en un caso emblema por trata de personas disparó una nueva y espontánea movilización social. En este escenario, la Presidenta de la Nación anunció mediante cadena nacional el llamado a sesiones extraordinarias del Congreso de la Nación para modificar la ley de trata de personas vigente, bajo un discurso con fuertes críticas al Poder Judicial.

Consecuentemente con sus declaraciones, unos meses después, en el discurso de apertura del año legislativo 2013, la Presidenta de la Nación anunció el envío al Congreso de un paquete de proyectos tendientes a transformar la justicia, bajo el rótulo de “plan de democratización”. Es interesante observar que, pese a que el Poder Ejecutivo nacional no incluyó en su agenda de democratización de la justicia el juicio por jurados, buena parte de la clase política entendió que allí había una res-

puesta posible. La cantidad de proyectos presentados para implementar el juicio por jurados clásicos en 2013 en la Cámara de Diputados fue un evidente correlato de este clima político y social.

EL CASO DE BUENOS AIRES: DIMENSIONES DE LA CRISIS

El día siguiente al fallo Verón, en una sesión programada con antelación, la Cámara de Diputados de la provincia de Buenos Aires dio media sanción al proyecto que regula los juicios por jurados. Los discursos, que antes referían a una crisis en abstracto, recogieron el caso como un justificante del proyecto en discusión. Aunque no fuera un mensaje explícito, se insinuó que el jurado era una respuesta de la provincia a semejante descontento social.

También quizás no fue el azar, quizás Dios no jugó a los dados cuando nos hizo que debatiéramos este proyecto justamente en este día. El tema de Marita Verón nos conmueve a todos, desde la política y a quienes seguimos siendo profundamente abogados, más que todo y tenemos un profundo respeto por nuestra profesión y por la administración de justicia. Nos conmovemos cuando vemos un fallo con las connotaciones y las consecuencias, como el que se dictó ayer y que repercutió, no sólo en quienes nos dedicamos a nuestro mundo jurídico sino también en toda la sociedad argentina. *Quizás estas consecuencias sociales no se hubieran producido si un juicio llevado adelante con jurados dictaba el mismo fallo que se dictó ayer* (Iván Budassi, diputado de la provincia de Buenos Aires).¹⁰

La Provincia va a dar un gran paso a través de los juicios por jurados, esa es la democratización de la justicia. Esto nos permite cumplir con una demanda de la sociedad (...) (El mandatario provincial indicó que el caso Marita Verón) nos ha conmovido a todos y pone en evidencia la necesidad de implementar la democratización de la justicia mediante la participación ciudadana, con tribunales populares, en el caso de delitos graves, que garanticen una sentencia acorde a las características del caso (Daniel Scioli, Gobernador de la provincia de Buenos Aires).¹¹

10. Cámara de Diputados de la provincia de Buenos Aires, *Diario de sesiones de la Cámara de Diputados*. Primera sesión extraordinaria, 13 de diciembre de 2012, La Plata, p. 9365.

11. "Media sanción para el proyecto de juicio por jurados", diario *Página/12*, 13 de diciembre de 2012. Disponible en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/ultimas/20-209804-2012-12-13.html>

En el marco del debate parlamentario, que ocurrió en dos momentos relativamente distantes (diciembre de 2012 en Diputados y septiembre de 2013 en el Senado), distintos sectores políticos dieron cuenta de la crisis del sistema de justicia y de cómo repercutía también en la clase política.

Una dimensión insoslayable de la crisis tiene que ver con la *politización de la justicia*. Están quienes directamente denuncian la connivencia entre el poder político y el poder judicial, y quienes sugieren que el “deseo de carrera judicial” hace a los magistrados sensibles a la opinión política. La politización habla de una justicia que es complaciente con los gobiernos de turno, lo que explica los magros resultados en materia de persecución de la corrupción, uno de los reclamos más fuertes de la ciudadanía. De allí que la falta de confianza en el Poder Judicial también se convierte en una acusación al poder político.

La Presidenta Cristina Fernández ha puesto en el tapete, con mucho énfasis en estos días, que la justicia penal está en crisis. Vale la pena ser claros al respecto. Lo que está en crisis es la justicia de jueces profesionales (...) Es esta justicia de jueces profesionales que no son nada más que empleados estatales designados y controlados por el poder político, gobernantes y parlamentos, y que tienen como principal clientela institucional a quienes los designan y los controlan... (Marcelo Saín, diputado de la provincia de Buenos Aires).¹²

Quiero remarcar que cuando la población comienza a tomar decisiones con respecto a la justicia, también a nosotros, desde el punto de vista de políticos que somos, nos provoca un cierto alivio porque siempre la responsabilidad cae, de alguna manera, en el Estado, y el Estado somos todos nosotros, los que componemos los Poderes (Mónica López, diputada de la provincia de Buenos Aires).¹³

En sentido general, la crisis es también referida en términos de la *distancia existente entre ciudadanía y Poder Judicial*. A esa distancia ha contribuido una cultura institucional con fuertes rasgos inquisitivos, que permite que muchas de las decisiones se tomen por escrito, sin siquiera la presencia de víctimas e imputados, en un lenguaje críptico y burocrático, que de ninguna manera puede funcionar como mensaje social.

12. Cámara de Diputados de la provincia de Buenos Aires, *op. cit.*, p. 9370.

13. *Ibidem*, p. 9379.

Esa es la razón por la cual la ciudadanía ya no colabora con la justicia. Le da la espalda, no le cree, señor presidente, porque la justicia se ha vuelto técnica, burocrática, inaccesible. (...) porque la gente encuentra a la justicia distante de los intereses de los ciudadanos (Franco Caviglia, diputado de la provincia de Buenos Aires).¹⁴

Hay una verdadera insatisfacción por el hecho de que cuando uno cae en el Poder Judicial, cuando cae en un conflicto judicial, está pensando en la eternidad, no está pensando que lo va a resolver el mes que viene, ni a fin de mes o a fin de año (Raúl Pérez, diputado de la provincia de Buenos Aires).¹⁵

La crisis también se expresa en la mirada de la sociedad sobre los integrantes del sistema de justicia, quienes son identificados como parte de una *clase social privilegiada*.

El último resabio monárquico de la república es el Poder Judicial, administrado por jueces con estabilidad de por vida y con una serie de garantías procesales y funcionales que hacen que estén alejados del sentido común de la sociedad (Iván Budassi, diputado de la provincia de Buenos Aires).¹⁶

Por último, está la denuncia a la justicia por su falta de resultados. Un elemento central de la crisis del sistema de justicia penal es su *ineficacia*. En esto coinciden promotores y detractores del juicio por jurados.

¿Qué dice la gente de la justicia? Dicen que los delincuentes entran por una puerta y salen por la otra (...). La gente dice que las penas son benignas y que hay que dar condenas más fuertes (...). Que es lenta... (Alfredo Meckievi, senador de la provincia de Buenos Aires).¹⁷

Tal como ha sido conceptualizada la crisis por los legisladores provinciales, son dimensiones constitutivas del problema la ineficacia, la politización, la distancia y los privilegios de que goza la "clase judicial". El resultado de la crisis es el deterioro de la confianza ciudadana en las instituciones del Poder Judicial en dos niveles: la ciudadanía dejó de creer en la capacidad del sistema para lograr sus objetivos (resolver conflictos), pero además desconfía de que esa resolución, cuando ocurre, sea en aras del bien común. En el fondo, parte del reclamo al sistema de justicia es

14. *Ibíd.*, pp. 9376-9377.

15. *Ibíd.*, p. 9380.

16. *Ibíd.*, p. 9364.

17. Senado de Buenos Aires, *Diario de Sesiones del Senado de Buenos Aires*, Novena sesión ordinaria, 13 de septiembre de 2013, La Plata, p. 813.

que está siendo infiel a su misión fundamental. Las decisiones judiciales no expresan un sentido de justicia válido para la sociedad.

Dimensiones de la nueva legitimación

Si entendemos que la capacidad de definir un problema es *poder*, porque en ese acto se estructuran algunas posibilidades de respuestas (políticas públicas) y se excluyen otras, entonces podemos explicar por qué el jurado fue una respuesta del sistema político bonaerense a una crisis de la justicia penal, y por qué el modelo de jurado clásico fue la única opción considerada.

El jurado ofrecía a la clase dirigente un “remedio” con posibilidades de revertir –en buena medida– todos los problemas enunciados: imparcialidad para contrarrestar la politización, control para minimizar la ineficacia, proximidad para recomponer la distancia, y democratización para desmontar los privilegios.

Imparcialidad

La justicia profesional en Argentina ha demostrado no sólo su dependencia del poder político, sino también su permeabilidad a los poderes fácticos, y ello constituye una debilidad estructural del sistema. No se subsana mejorando los mecanismos de ingreso ni remoción de la judicatura. Es la perdurabilidad en el tiempo y la lógica que subyace a la carrera judicial la que hace que las decisiones no gocen de la imparcialidad esperada en una república.

Esta iniciativa puede colaborar en lo que podríamos denominar la descorporativización y despolitización de la justicia criminal. Descorporativización, porque coloca un actor social que no forma parte de esa institucionalidad... Despolitización, porque de alguna manera rompe el histórico contubernio institucional entre magistrados y el poder político, que forma parte de lo que es la lógica de la justicia profesional (Marcelo Saín, diputado de la provincia de Buenos Aires).¹⁸

Sólo un jurado clásico, compuesto por doce ciudadanos que ejercen accidentalmente el poder de juzgar, ofrece el nivel de imparcialidad necesario. Aunque no se excluyen absolutamente los riesgos de influencia, las posibilidades reales de que ello ocurra se reducen sus-

18. Cámara de Diputados de la provincia de Buenos Aires, *op. cit.*, p. 9370.

tancialmente porque los que deciden son doce, y porque cambian para cada caso que llega a juicio.

Un jurado popular, democrático, que no va a tener ni las aspiraciones de ascenso, ni las aspiraciones políticas, ni el temor a las presiones políticas, que quizá fundada o infundadamente tienen hoy nuestros jueces letrados (Iván Budassi, diputado de la provincia de Buenos Aires).¹⁹

Este concepto de imparcialidad como desinterés no puede ser logrado a través de un jurado de tipo escabinado. He aquí uno de los principales motivos por los cuales este modelo de jurado no fue contemplado por los legisladores provinciales.

La imparcialidad es también resultante de un proceso de selección que empieza por un sorteo, pero se perfecciona a partir de una audiencia por medio de la cual las partes, cada una desde su interés particular, procuran excluir a quienes puedan representar un interés parcial en pos de un jurado que debe representar a todos los sectores de la sociedad.

Al desinterés subyace el presupuesto de la búsqueda del bien común. En la medida en que no haya intereses personales que incidan sobre la decisión, lo que la guía es el esfuerzo por hacer material, mediante la aplicación de una ley en particular, los consensos sobre los valores últimos de la comunidad y las reglas de convivencia. Desde el punto de vista de la construcción política, no hay posibilidad alguna de que una persona, en cuanto voluntad particular/individual, pueda expresar por sí misma el bien común.

Control

El jurado introduce un mecanismo de control social sobre el funcionamiento del sistema de justicia que debería impactar en varias instancias: la calidad de la investigación, la calidad del juicio y la calidad de la decisión judicial.

Es notorio que, pese a las amplias implicancias de la presencia y participación del pueblo en el juicio, los legisladores centralmente recogieron la potencialidad del control social para poner en evidencia las deficiencias de las investigaciones penales y, fundamentalmente, las del trabajo policial.

19. *Ibidem*, p. 9368.

El control social que implica tener gente del pueblo común que mire cómo actúa la policía, cómo se desarrolló el mismo proceso que llevó la investigación, la eficiencia o ineficiencia de quienes recolectaron pruebas, es un control sustancial que hasta el momento no tenemos (Iván Budassi, diputado de la provincia de Buenos Aires).²⁰

Respecto de la calidad del juicio, está la expectativa de que el jurado inste a que cada uno de los intervinientes cumpla mejor con su función. Cualquier institución funciona mejor cuando hay control. Pero además de ello, la mera participación ciudadana hace efectiva la publicidad del juicio, hecho que no está garantizado en un sistema que, mediante artilugios, permite eludir la oralidad.

Viene a terminar con una concepción ideológica autoritaria, que mantiene la ficción de que a la víctima se le respetan los derechos (...). Viene a terminar con una sentencia que ya no convalida un sistema de investigación policíaco, que vulnera los derechos constitucionales (Franco Caviglia, diputado de la provincia de Buenos Aires).²¹

El control del jurado constituye un mecanismo que previene las arbitrariedades de todos los actores intervinientes en el proceso judicial y, por añadidura, eleva el estándar de la decisión judicial, en tanto resultado de un proceso más riguroso y ajustado a derecho. En este concepto, el *jurado vigila*, al tiempo que contribuye, a que el sistema realice su misión institucional. Por eso, un efecto esperable del jurado es que reduzca la ineficacia del sistema de justicia penal.

... cada vez se está más cerca de hacer realidad una demanda ciudadana por una justicia más ágil y eficaz para que la ciudadanía encuentre en ella los resguardos de sus derechos (Daniel Scioli, Gobernador de la provincia de Buenos Aires).²²

En definitiva, la función del control que ejerce el jurado es una fuente de legitimidad del sistema de justicia penal en su conjunto: “Lo que una democracia estable requiere es una *garantía de confianza*, esto es una

20. *Ibidem*, p. 9369.

21. *Ibidem*, p. 9376.

22. “Daniel Scioli promulgó la ley que habilita los juicios por jurados”, *La Nación*, 26 de septiembre de 2013, disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/1623510-daniel-scioli-promulgo-la-ley-que-habilita-los-juicios-por-jurados>

confianza en las instituciones y en los actores del Estado que provenga del conocimiento directo de su funcionamiento efectivo y justo”.²³

Proximidad

... [el juicio por jurados] para mí tiene la visión de la justicia de proximidad ciudadana, de que nos podamos involucrar (Juárez, diputado de la provincia de Buenos Aires).²⁴

Como señalamos anteriormente, el jurado es un mecanismo de participación que rompe la distancia entre representante y representado. El jurado acerca al pueblo a los administradores de justicia, a partir de la delegación de la potestad de juzgar. Hay pocas instituciones de la democracia en las cuales esta recomposición del vínculo a partir de la cercanía resulta tan evidente.

La instrumentación del juicio por jurados en la provincia de Buenos Aires constituye la herramienta constitucional democrática más importante de acercamiento entre la justicia y la gente (Ricardo Casal, Ministro de Justicia de la provincia de Buenos Aires).²⁵

El jurado obliga a los operadores del sistema de justicia a modificar su lenguaje en un sentido asequible y aprehensible por la comunidad. El jurado revierte la distancia física así como la “distancia comunicativa” entre los operadores y los jurados, entre el sistema de justicia y la comunidad. La superación del lenguaje técnico judicial es la clave para recuperar la función social de la ley y, más aún, la construcción de un sentido de justicia aplicado al caso. La inteligibilidad de la decisión judicial es condición necesaria para la difusión de un mensaje desde la comunidad hacia la comunidad.

... cuando terminó el simulacro, se nos acercó una señora que nos dijo: mire, la verdad es que yo fui víctima de un delito grave. Mi marido falleció a causa de un robo que se realizó en nuestra vivienda y yo asistí al juicio y, ¿sabe qué? No entendí lo que pasó en ese juicio. En cambio, en este simu-

23. Hans, V. y Gastil, J., *El Juicio por jurados. Investigaciones sobre la deliberación, el veredicto y la democracia*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2014, Segunda Parte, p. 154.

24. Cámara de Diputados de la provincia de Buenos Aires, *op. cit.*, p. 9375.

25. “San Martín tendrá en Marzo el primer juicio por jurados”, *La Nación*, 23 de febrero de 2015, disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/1770655-san-martin-tendra-en-marzo-el-primer-juicio-por-jurados>

lacro sí, porque ustedes hablaron en castellano (Iván Budassi, diputado de la provincia de Buenos Aires).²⁶

Democratización

... lo que queremos dar es una clara señal, en el sentido del empoderamiento, de la devolución de parte del poder cedido por el pueblo a determinadas instituciones, vuelto a quien originalmente lo cedió (Carlos Alberto Fernández, senador de la provincia de Buenos Aires).²⁷

El jurado democratiza, esa es la imagen más evidente del aporte del jurado y esa es la idea que recogieron los legisladores para defender su implementación. “El poder es del pueblo” define a la democracia. El pueblo es fuente de poder y fuente de legitimación. El poder es legítimo sólo en la medida en que viene de abajo, “sólo si emana de la voluntad popular, lo cual significa, en concreto, si es libremente consentido”.²⁸ Desde ese lugar, la participación del jurado en la administración de justicia es una devolución del poder originariamente delegado y, por tanto, una redistribución del poder político.

Además, viene a terminar con una justicia aislada de su fuente de poder, porque la fuente de poder de todo nuestro sistema republicano, es la soberanía popular, y la realidad social respecto de la cual deberán operar y actuar en el juicio de que se trate (Franco Caviglia, diputado de la provincia de Buenos Aires).²⁹

La introducción del juicio por jurados es la aceptación del saber ciudadano como un saber legítimo, diferenciado del saber experto, en tanto que expresa una interpretación colectiva de la realidad social aplicable al caso.

Es que de eso se trata el juicio por jurados: de la recuperación del rol esencial de la sociedad en la administración de justicia. Una participación que *contribuye a "democratizar" –en su correcto sentido– el poder delegado para impartir justicia*, que no es menos que decidir sobre el honor, la libertad y el patrimonio de los ciudadanos, y que permite conjugar el rigor y generalidad de la “letra fría” de la ley con el caso particular, lo que los clásicos llamaban

26. Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires, *op. cit.*, p. 9367.

27. Senado de Buenos Aires, *op. cit.*, p. 820.

28. Sartori, G., *¿Qué es la democracia?*, México, Editorial Taurus, 2003.

29. Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires *op. cit.*, p. 9376.

“equidad” y, con el vivo sentir del pueblo, esto que Durkheim denominaba “conciencia colectiva” (Gustavo Ferrari, diputado nacional, explicando el apoyo de su partido a la aprobación de la ley de juicio por jurados en la provincia de Buenos Aires).³⁰

El jurado reedita la igualdad fundante de la democracia; son 12 personas con igual peso para la toma de una decisión legalmente vinculante, a través de un proceso deliberativo. Guarda un lugar simbólico de reproducción institucional del pacto social, como momento instituyente del poder. Esa figuración es la contracara de una justicia aristocrática. Conlleva su denuncia y también la intención de su superación.

Y el jxj puede ser un gran paso positivo, porque cambia procedimientos y plazos, abre y ventila expedientes, y así democratiza y hace docencia. Y porque atenúa la soberbia, el engolamiento y la presunta infalibilidad de señorías que se las creen (Mempo Giardinelli).³¹

La fuerza democratizadora del jurado, como ya se señaló, reside tanto en su conformación como en su funcionamiento. La deliberación es la forma de interacción entre iguales, tendiente a la toma de una decisión de consenso. La deliberación ideal pretende alcanzar un consenso racionalmente motivado –encontrar razones que sean persuasivas para todos aquellos comprometidos a actuar según los resultados de una valoración libre y razonada de alternativas entre iguales–.³²

30. Ferrari, Gustavo, “Se recupera el rol de la sociedad en la justicia”, diario *La Nación*, 23 de septiembre de 2013, disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/1622301-se-recupera-el-rol-de-la-sociedad-en-la-justicia>

31. Giardinelli, Mempo, “Apuntes sobre el juicio por jurados”, *Página/12*, 19 de mayo de 2014, disponible en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-246541-2014-05-19.html>

32. Cohen, Joshua, “Deliberación y legitimidad democrática”, *op. cit.*, p. 133.

EL PODER DEL JURADO

Entiendo por jurado cierto número de ciudadanos tomados al azar y revestidos momentáneamente del derecho de juzgar.

Tocqueville, *La democracia en América*³³

A lo largo de estas páginas nos hemos propuesto dar cuenta de un proceso social y político que, al tiempo que denunciaba una crisis del sistema de justicia, y muy especialmente de la justicia penal, vislumbraba en los jurados una respuesta posible para recomponer la confianza ciudadana. No se trata de que, de repente, la clase política sintió un apego especial por los mandatos constitucionales, ni de que la ciudadanía conoció que su derecho a decidir sobre la culpabilidad o no de sus pares le fue sistemáticamente negado. Detrás del resurgimiento del debate por la implementación de los jurados está latente la vivencia de una crisis que, por un lado, evidenció las debilidades del lazo representativo, y por otro, demostró la capacidad de la ciudadanía de organizar su descontento para manifestar sus demandas (insatisfechas), sea por los canales institucionales o por fuera de ellos –de ser necesario, en la calle misma–.

Los jurados constituyen una forma de participación de la ciudadanía en la administración de justicia, con capacidad para contribuir a la legitimidad del sistema de justicia. Ese nivel de legitimación quizá podía ser alcanzado con un jurado de tipo escabinado, pero confluyeron otras necesidades del sistema político y del sistema judicial para que se propiciara un modelo de jurado clásico. En ese *contexto de descubrimiento* del jurado clásico intervino la necesidad de democratizar el sistema de justicia y de favorecer su imparcialidad. Ninguno de estos atributos podía ser alcanzado con la propuesta de un jurado escabinado. Dice Tocqueville: “todos los soberanos que han querido extraer de sí mismos las fuentes de su poder, y dirigir la sociedad en lugar de dejarse dirigir por ella, han destruido la institución del jurado o la han falseado”.³⁴ En otras palabras, un jurado escabinado no satisface la expectativa democrática. “El jurado es ante todo una institución política; se la debe considerar como una forma de la soberanía del pueblo y sólo

33. Tocqueville, *La democracia en América*, México, fondo de Cultura Económica, 1957, p. 274.

34. Ídem.

debe ser rechazado enteramente cuando se rechaza la soberanía del pueblo”.³⁵ El jurado clásico implica una verdadera devolución del poder al pueblo soberano, hecho que no ocurre por gracia de la dirigencia de la clase política ni generosidad de los jueces, sino por la imperiosa necesidad de protegerse de las inclemencias de un pueblo distante.

Dan cuenta de la preocupación por la legitimidad del sistema de justicia penal los primeros estudios estadísticos realizados por el Ministerio de Justicia en la provincia de Buenos Aires³⁶ sobre los primeros juicios por jurados realizados, que se focalizaron en el impacto que la experiencia de la participación como jurado tuvo en la valoración sobre el sistema de justicia. Aunque embrionarios, estos estudios muestran una fuerte aceptación del sistema entre los ciudadanos convocados como jurados y un alto grado de satisfacción cívica con su servicio. Un 95,5% de los encuestados respondió que la experiencia de participar como jurado fue positiva. Y un 90,5% indicó que la imagen del sistema de justicia penal mejoró luego de su experiencia.

Años atrás, la Universidad de Belgrano hizo un estudio de opinión en la Ciudad de Buenos Aires, en el cual se indagó en torno al juicio por jurados y la impunidad, el funcionamiento y la corrupción en el sistema de justicia penal, entre otras cuestiones. Las conclusiones del informe revelan que “se cree que con los jurados de ciudadanos se controlaría la impunidad de la justicia (...); que sería más eficiente la administración de la justicia (...); que habría menos corrupción, que el ciudadano común es menos sobornable (...); que existiría menor presión política y que los procesos judiciales ganarían en transparencia.”³⁷

Más allá de las motivaciones –demagógicas, oportunistas o sustantivas– que concurrieron para hacer del jurado una institución *viva* en la Argentina, el juicio por jurados desencadena procesos individuales, sociales e institucionales cuyos efectos no son controlables. El jurado es una práctica cívica con un potencial democratizador que trasciende

35. *Ibidem*, p. 275.

36. Ministerio de Justicia de la provincia de Buenos Aires, “Informes y encuestas juicio por jurados”, 2015, disponible en: http://inecip.org/images/INFORME_DE_ENCUESTAS_A_JURADOS_28SEPT2015.pdf

37. Centro de opinión pública de la Universidad de Belgrano, *Percepción pública de la implementación del juicio por jurados de ciudadanos en Argentina*, Buenos Aires, Universidad de Belgrano, 2004, p. 12.

su ámbito de aplicación, de allí su valor como fuente de legitimidad en países donde aparece como institución de nuevo tipo. Queda pendiente la tarea de explorar empíricamente sus efectos para valorar en qué medida cumple con su fundamento.

DEL *COMMON LAW* AL *CIVIL LAW*: EL GRAN POTENCIAL DEL JURADO PARA PONER FIN A LA CULTURA INQUISITIVA

Por Andrés Harfuch*, Vanina Almeida**, Mariana Bilinski*** y Denise Bakrokar****

INTRODUCCIÓN

Mientras que en Inglaterra, con la Carta Magna de 1215, se imponía la publicidad, oralidad de los debates, juzgamientos por jurados y la libertad de la defensa que dieron origen al *common law*, en el resto de Europa se imponía la Gran Inquisición,¹ ligada a la escritura, el secreto de los procedimientos, los jueces delegados del poder imperial, la negación de la defensa y el método de confesión como única prueba.²

* Defensor General del Departamento Judicial de San Martín. Vicepresidente de la Asociación Argentina de Juicio por Jurados (AAJJ).

** Abogada. Especialista en Derecho Penal. Diplomada en Reforma Procesal Penal, Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA). Funcionaria Letrada de la Cámara Federal de Casación Penal. Docente del Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Buenos Aires (UBA) y otras universidades. Investigadora del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP). Secretaria de la AAJJ.

*** Abogada de la UBA con Diploma de Honor. Especialista en Derecho Penal de la Universidad Torcuato Di Tella. Docente del Departamento de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología de la Facultad de Derecho de la UBA. Trabaja en la Defensoría General de la Nación. Miembro de la junta directiva de la AAJJ. Miembro del Centro de Juicio por Jurados y Participación Ciudadana del INECIP. Autora de publicaciones e investigaciones referidas al juicio por jurados.

**** Abogada especialista en Derecho Penal. Funcionaria en la Justicia Criminal y Correccional Federal. Integrante del Departamento Jurídico de la Delegación de Asociaciones Israelitas Argentinas (DAIA). Docente del Departamento de Derecho Penal de la UBA. Integrante del Equipo de Juicio por Jurados del INECIP. Integrante de la AAJJ. Autora de diversos artículos sobre el juicio por jurados.

1. La Inquisición española, que se implementó en 1478 con la unión de los reinos de Castilla y Aragón, y que sobrevivió hasta 1834.

2. Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2ª edición, 2004, T. I, Fundamentos, p. 336 y ss.

Este tipo de proceso es el que ha regido en nuestro país durante muchos años como parte del legado de la colonia española.

Tanto es así que cuando la República Argentina logra independizarse del Reino de España en 1810, no lo hace respecto de las instituciones procesales arraigadas a la Inquisición Española.³ Entonces, si bien sienta las bases y principios de un Estado de derecho en la Constitución Nacional de 1853⁴ –inspirándose para ello en la Constitución Bolivariana de Venezuela, que se refería, a su vez, al federalismo norteamericano del siglo XIX–, las legislaciones procesales estaban reguladas bajo la lógica inquisitorial.

De manera que, al igual que el resto de los países de América Latina, Argentina se caracteriza por una doble contradicción cultural: posee una Constitución muy respetada, que ordena juicios públicos, orales, rápidos y por jurados, pero en la práctica procesal efectiva –desde hace más de quinientos años– opera bajo una tradición inquisitiva.

Comprender esto implica entender un sinnúmero de contradicciones y retrocesos que acontecieron en nuestro país a lo largo de los años y que nunca permitieron avanzar en la práctica hacia un Derecho Procesal Penal moderno. En el ámbito federal, cuando se intentó reformar el procedimiento en materia penal, se impuso el código denominado “Obarrio” (sancionado en 1888), que ya nacía viejo y caduco puesto que se basaba en legislaciones que ya no estaban vigentes de España.⁵ Sin embargo, se mantuvo por más de cien años.

Luego, recién en 1992, en un intento de suavizar los rasgos más fuertes de la Inquisición, Argentina instauró con el Código Levene juicios orales en materia penal. Lo hizo inspirada en el Código Procesal

3. Pese a que sus fundadores han intentado con varios proyectos la implementación de un proceso penal alejado de la Inquisición, como el proyecto de Ley Fundamental elaborado en 1812 para la Asamblea del año 1813, que ya establecía que “el proceso criminal se hará por jurado y será público” y que “los jueces en lo criminal aplicarán la ley después de que los ciudadanos hayan sido declarados culpables por sus iguales”, el Proyecto de Constitución de la Sociedad Patriótica (1813) contemplaba el juicio por jurados que fue incorporado por la Constitución de las Provincias Unidas de Sud América de 1819 y por la Constitución Argentina de 1826.

4. Se mantuvieron intactas las normas que impone el juicio por jurado en la reforma de 1860 conformado por los arts. 24, 67 inc. 11 y 102 originales, y ratificado en 1994 con los arts. 24, 75 inc. 12 y 118.

5. Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal*, op. cit., T. 1, pp. 406-407.

Penal francés de 1808, adoptando así un sistema llamado “inquisitivo reformado” o “mixto”. Es así que se mantienen las reglas básicas de la Inquisición: la persecución penal pública y la afirmación de que el fin inmediato del proceso es la averiguación de la objetiva de la verdad histórica, pero al mismo tiempo impone una segunda etapa de oralidad como escenario de legitimación de la primera.⁶

Hubo dos reformas infructuosas a nivel federal⁷ que intentaron imponer un sistema meramente acusatorio. Sin embargo, resulta sumamente difícil cambiar el legado inquisitorial. En este trabajo nos dedicaremos a explicar cómo impacta en una cultura judicial de estas características la incorporación de un instituto propio de sistema adversarial: el juicio por jurados.

EL PROCESO PENAL ARGENTINO. LA CULTURA DEL *CIVIL LAW*

El proceso penal federal, al igual que el europeo-continental, es hoy un proceso mixto, que se constituye por dos períodos principales enlazados por uno intermedio. El primero es una investigación de estilo inquisitiva, pero con ciertos límites impuestos por nuestra Constitución Nacional. Se caracteriza por ser secreta y sus resultados, que constan por escrito en actas, constituyen la base sobre la que luego se dictará el fallo. El secreto responde a la necesidad de una investigación sin debate y de la protocolización escrita de los resultados, a la conservación del secreto y a la necesidad de que un superior pueda revisar la decisión.⁸

La investigación se encuentra principalmente a cargo del juez de instrucción,⁹ quien puede delegarla en el fiscal y reasumirla discrecionalmente. La información recopilada constituye prueba que se registra en un expediente, y existe una fuerte delegación de funciones jurisdiccionales en los funcionarios y empleados judiciales.

La etapa intermedia, que también es escrita, tiene por objeto controlar la seriedad y contundencia de la acusación (requerimiento de elevación a juicio) para evitar que se realicen juicios inútiles.

6. *Ibidem*, p. 361.

7. El proyecto de Julio Maier (1986) y la nueva Ley N° 27063 (2015), no vigente aún.

8. Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal*, *op. cit.*, T. 1, pp. 449-454.

9. Arts. 26 y 196 del CPPN.

El último período es una imitación formal del juicio acusatorio, que consiste en un debate público y oral ante el tribunal de justicia con la presencia ininterrumpida del acusador y del acusado, cuyo resultado es una sentencia de absolución o condena que siempre es provisoria, porque en ambos casos puede ser apelada por cualquiera de las partes.

Este proceso se caracteriza por tener una organización judicial vertical, con una carrera burocrático-judicial de jueces y fiscales que desconocen el verdadero litigio, una fuerte preferencia por reglas rígidas, por los testimonios y pruebas escritas, por el uso del lenguaje técnico judicial y por un apoyo constante en la documentación oficial.¹⁰ Esta forma de trabajo del trámite del expediente judicial complejiza los casos más sencillos transformándolos en verdaderos problemas burocráticos. Pero ello no sólo es un problema de prácticas arraigadas, sino además una determinación del sentido de las normas por los operados judiciales –independientemente del código que se adopte–, que impide avanzar hacia un mejor sistema de justicia.¹¹

El juez tiene un rol preponderante en la búsqueda de la verdad, y deja muchas veces a las partes en un papel secundario. Los fiscales tampoco asumen un rol protagónico en la investigación. Su trabajo no es estratégico, sino que se encuentra delimitado por las facultades que el juez le confiere. Los defensores solamente se limitan a negar la acusación sin procurar caudales de investigación alternativos y estratégicos, de manera que sólo acompañan el trámite del proceso.

En cuanto a la función jurisdiccional, existe una importante “delegación de funciones”. En nuestro país no son los jueces quienes dictan las sentencias, sino que apenas firman un proyecto que un funcionario o empleado subalterno le ha preparado.¹² Ello impacta también en la falta de deliberación al momento de tomar decisiones, que se ve suplantada por la circulación del expediente entre los relatores de los jueces.

La etapa recursiva es vertical o de doble instancia. Hay una organización jerárquica de poder, donde los jueces superiores ejercen un control sobre las decisiones de los inferiores. De allí que se hable de

10. El proceso civil, comercial y laboral es completamente escrito, episódico y desconoce el juicio público.

11. Binder, Alberto, *Defensa penal efectiva en América Latina*, Bogotá, Ed. Cape, Zaza Namoradze y otros, 2015, p. 44.

12. Ídem, *Introducción al derecho procesal penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, pp. 117-118.

efecto devolutivo de los recursos.¹³ La presencia del expediente escrito, la exigencia de motivación de las decisiones y la valoración legal de la prueba contribuyen a esta visión del recurso, en cuanto posibilitan la revisión de las actas.

En un escenario como este, los incentivos para las partes no están puestos tanto en su participación en el debate como en la posibilidad de influir sobre las Cámaras que van a leer las actas, por lo que lo relevante no es lo que el juez escucha o percibe, sino aquello que las actas registran. Esto disminuye fuertemente la centralidad del juicio como mecanismo de control y, por lo tanto, impide la realización del debido proceso.¹⁴

Cuando se implementó la oralidad en la etapa de juicio, en 1992, se esperaba un cambio trascendental en el rol de las partes y del juez y en la efectiva aplicación de las garantías y principios procesales (oralidad, inmediación, contradicción, continuidad, imparcialidad y publicidad). Sin embargo, la práctica demostró que ese pretendido cambio de mentalidad no se produjo. La fuerte resistencia de los operadores judiciales, cuyo trabajo se basó durante siglos en la cultura inquisitiva, tornaron ilusoria la aplicación de esos principios, y la escritura continuó prevaleciendo como metodología de trabajo para la toma de decisiones.

Los actores del proceso penal, en la mayoría de los casos pertenecientes a la “familia judicial”, se replegaron tras sus escritorios y oficinas.¹⁵ Su principal actividad siguió siendo la producción de documentación escrita, formalista y burocrática, basada en la delegación de funciones. Todo ello repercutió fuertemente en los tribunales orales, que llevaron a cabo juicios de baja calidad.

Un trabajo de investigación realizado por el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP) durante el último trimestre de 2008 y 2009¹⁶ demostró que el sistema adolece de problemas vinculados con la centralidad de la instrucción, la incorporación por

13. Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal*, op. cit., T. 1, p. 706.

14. “Los Regímenes Recursivos en los Sistemas Procesales Penales Acusatorios en las Américas: Aspectos Centrales”, Informe del CEJA, 31 de agosto de 2009, disponible en: <http://desai.cejamericas.org/handle/2015/5121>

15. Dwyer, William L., *In the hands of the people. The trial jury's origins. Triumphs, troubles and future in American Democracy*, Nueva York, Editorial Thomas Dunne Books, 2002, p. 157.

16. “Relevamiento sobre el funcionamiento de los Tribunales Orales en lo Criminal de la Ciudad de Buenos Aires”, INECIP, 2011, disponible en: www.inecip.org

lectura de actas producidas durante esa etapa, la falta de contradicción entre las partes, la presencia del expediente durante el juicio, la intervención de los jueces y el escaso protagonismo de los litigantes, quienes no utilizaban técnicas de litigación en su desempeño durante el debate.

Se observó que, en las fases preparatorias del juicio, se comienza a perfilar una ideología muy clara con fuertes improntas inquisitivas. La instrucción tiene valor probatorio y eso genera que durante el juicio se lea, incorpore o repita la prueba ya producida. Esta manera formal de cumplir con la oralidad lesiona los principios de contradicción e inmediación, pues no permite que las partes discutan sobre la prueba que se produce frente al tribunal. Pero además, esta incorporación por lectura impide a las partes saber de qué manera los jueces van a valorar e interpretar esa información escrita, máxime cuando en las sentencias no suele explicarse el grado de convicción que se asigna a esos dichos. Se trata de un proceso que permanece oculto para los litigantes y que, como tal, no puede ser controlado.¹⁷

Otro problema que contribuyó al fracaso de la oralidad en el juicio fue la falta de acompañamiento al proceso de reforma por parte de las universidades, que no se preocuparon por cambiar el estilo de enseñanza tradicional ni por incorporar en sus programas materias sobre las nuevas técnicas y destrezas de litigación.¹⁸

Actualmente, el sistema procesal penal federal sigue siendo mixto. Si bien en 2015 el Congreso sancionó la ley que regula un sistema acusatorio, lo cierto es que en el medio se produjo un cambio de gobierno y el nuevo presidente decidió suspender la implantación de ese sistema a través de un decreto de necesidad y urgencia.

En el ámbito provincial,¹⁹ en cambio, entre 1992 y 2015 hubo enormes avances con el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP) y la Asociación Argentina de Juicio por Jurados (AAJJ) liderando el movimiento reformista. Las provincias patagónicas, la de Buenos Aires y la de Santa Fe adoptaron con fuerza el sistema oral y comenzaron a capacitar a generaciones de abogados en litigación adversarial. De esta forma, los sistemas procesales del in-

17. Ídem.

18. Ídem.

19. La Argentina está dividida en 23 provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

terior del país se empezaron a acercar a los estándares que prevé la Constitución Nacional.

Los avances fueron dispares en las distintas provincias, pues si bien en algunos lugares se generaron cambios moderados, ya que sólo se escindió la función acusadora de la jurisdiccional –la primera en cabeza del fiscal y la segunda en el juez–, en otros se avanzó un poco más, al implementar la oralidad como escenario de toma de decisiones en todas las etapas del proceso (investigación, juicio y recurso) y al incluir salidas alternativas al conflicto, entre otras conquistas.

En todos los casos se pudo observar que el proceso de implementación de la reforma sufrió marchas y contramarchas debido a la fuerte resistencia de los operadores judiciales. En algunas provincias, las nuevas prácticas fueron ahogadas por las viejas de cuño inquisitorial. Ello se observa en la reedición de formalidades y la tendencia de retorno a lo escritural, pues en varios casos el legajo fiscal se transformó en un verdadero expediente foliado y fechado, como si fuese un objeto de culto que otorga seguridad a los juzgadores, lo que motiva la delegación de funciones.²⁰ Por otro lado, si bien las partes comenzaron a ejercer un rol más activo, lo cierto es que los jueces se resistieron a ser pasivos y continuaron siendo protagonistas en la búsqueda de la verdad.

Es en este contexto cultural, que podemos denominar “de duelo de prácticas”,²¹ donde las nuevas metodologías del sistema adversarial están en combate con las viejas del sistema inquisitorial, en el que irrumpe con gran fuerza el juicio por jurados en Argentina.

Primero en la provincia de Córdoba, donde en 2005 se adoptó un sistema de jurados escabinado,²² que se constituye por ocho jueces leigos y dos jueces técnicos. Luego, en 2013 llegó la primera ley de jurado clásico a la provincia de Neuquén, incorporada en el Código Procesal

20. Almeida, Vanina y Bakrokar, Denise, “Una alternativa posible para contrarrestar las prácticas inquisitivas: el juicio por jurados”, en *Derecho Penal*, año 1, N° 3 Participación ciudadana en la justicia, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Buenos Aires, Argentina, 2012, pp. 15-17. Disponible en: http://www.infojus.gov.ar/revistas/revista_derecho_penal/rvdpe003-derecho_penal_nro_3.htm;jsessionid=safv66vsh3da1moja3rksvqdq6?o

21. Binder, Alberto, *Contra la inquisición. Notas y Ensayos Breves sobre la Justicia Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2015, p. 37.

22. Ley N° 9182, sancionada el 22 de septiembre de 2004 y puesta en vigencia el 1° de enero de 2005.

Penal adversarial, que comenzó a regir en 2014. A ella le siguió la provincia de Buenos Aires, que también implementó un sistema clásico.²³ Finalmente, la ola continuó expandiéndose en las provincias de Río Negro y Chaco, las cuales también aprobaron en sus legislaciones un sistema clásico de participación ciudadana.

El juicio por jurados en nuestro país fue resistido durante décadas, bajo cualquier argumentación y por todos los medios. Paralelamente, crecía la desconfianza popular en la justicia profesional, en sus incomprensibles sentencias y en la eterna demora de sus procedimientos.

EL JUICIO POR JURADOS COMO CABALLO DE TROYA

El *establishment* judicial siempre visualizó con toda claridad al juicio por jurados de la Constitución como el caballo de Troya que iba a terminar con la cultura inquisitiva. ¿Por qué? Porque la experiencia ha demostrado que en todos los lugares donde el jurado clásico (no el mixto) fue implementado, la cultura se modificó por completo.²⁴

Es que el jurado no implica únicamente la presencia de doce personas, pares del acusado, que son convocadas a decidir con imparcialidad un caso, sino que constituye algo más. El jurado es en esencia un modelo de enjuiciamiento que tiene como eje central al juicio oral, público y contradictorio. De modo tal que no podemos concebir este sistema de manera independiente del modelo adversarial.

El juicio por jurados representa un sistema horizontal de toma de decisión, en el que los controles se dan en el interior del juicio como producto de la intervención simultánea de todos los actores. En contraposición a lo que sucede en los sistemas inquisitivos, donde el juez profesional concentra todo el poder de juzgar, con el jurado se produce un claro desdoblamiento entre las funciones del jurado que decide

23. Ley N° 2784 de la Legislatura de Neuquén que aprueba la reforma del CPN el 24 de noviembre de 2011, y Ley N° 14543 de la Legislatura bonaerense, sancionada el 26 de septiembre de 2013.

24. Hans, Valerie, “¿Cuál es la diferencia que hace un jurado?”, en Hans, Valerie y Gastil, John, *El juicio por jurados: Investigaciones sobre la deliberación, el veredicto y la democracia*, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, 2014, pp. 21-45. Kovalev, Nikolai, *Criminal Justice Reform in Russia, Ukraine and the Former Republics of the Soviet Union: Trial by Jury and Mixed Courts*, Nueva York, Edwin Mellen Press, 2010.

y el juez profesional que controla el debate, lo que permite que este último preste atención a la forma del juicio y no a su contenido.

A su vez, todos los sujetos son sometidos a un intenso control por medio de su exposición pública en una audiencia oral, en la que cualquier ciudadano puede participar como público. Todo este sistema de supervisión tiene un efecto fundamental respecto de la prueba, la cual se rinde en la audiencia bajo el mismo método de control.²⁵

Pero también existen otras razones que generan un mejor desenvolvimiento de los juicios en términos de eficacia y respeto de garantías. La participación ciudadana preserva la imparcialidad y revaloriza el principio de contradicción. Argentina pertenece al *civil law*, que siempre desconoció el poder de las partes sobre el litigio y se lo concedió al juez. El juicio por jurados le devuelve inmediatamente ese poder a las partes, cuyos intereses son contrapuestos, y se lo quita a quienes tienen el rol de decidir con imparcialidad (sean jueces o jurados). Esto, y no otra cosa, es el *fair trial* de la Constitución, cuyo resultado queda contenido en el veredicto del jurado.²⁶

Convierte a los juicios en verdaderamente públicos y continuos. Obliga a los litigantes a expresarse en un lenguaje claro, lo que sin dudas favorece la participación del público en las audiencias y la desmitificación del Derecho.

La presencia del jurado en los tribunales requiere que toda la prueba se produzca en audiencias públicas. Ello pone fin a uno de los principales problemas de la inquisición: las actas escritas. Además, da paso a un nuevo concepto de litigación oral, con técnicas para presentar los hechos, para realizar alegatos de apertura y de cierre, y para conducir exámenes directos y contraexámenes, entre otras destrezas. En síntesis, implica que se presente la prueba únicamente en la sala de audiencias, en frente del jurado y en forma organizada y estratégica. Así, este sistema permite que los juicios se realicen en un plazo razonable, valorando el tiempo de los ciudadanos y evitando dilaciones indebidas producto del trámite.

Estas características propias del jurado clásico revalorizan el juicio al ubicarlo en el lugar central del proceso, y a la vez permiten generar un

25. "Los Regímenes Recursivos en los Sistemas Procesales Penales Acusatorios en las Américas: Aspectos Centrales", *op. cit.*

26. Chiesa Aponte, Ernesto, *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, Colombia, Forum, 1995, Vol. II, pp. 244-247.

producto final de mayor calidad. De este modo, el sistema inquisitivo no tiene cabida en una organización con participación ciudadana porque los jurados son opuestos a esa práctica. Con ellos no es fácil establecer las “falsas oralidades” que han existido a lo largo del siglo XX.²⁷

El *civil law*, en cambio, produce juicios de baja calidad, y los jueces en ocasiones suplen las deficiencias de los fiscales vinculadas con la escasa información y baja preparación de sus casos. De esta manera, en clara violación al principio constitucional “más allá de toda duda razonable” y de imparcialidad, los fiscales que no preparan sus casos suficientemente son continuamente auxiliados por jueces que no quieren pagar el costo político de las absoluciones.²⁸

Por eso tanta resistencia política al juicio por jurados: porque hay que cambiar modelos de actuación enquistados desde hace siglos. El jurado trae nuevos desafíos pues obliga a los litigantes a perfeccionar sus técnicas. De hecho, este sistema arremetió con fuerza en la cultura del *civil law* y puso de manifiesto todos esos problemas, provocando una serie de choques con la práctica habitual de los operadores judiciales, quienes, como primera reacción, pretendieron resistirlas.

LA EXPERIENCIA EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES. LOS NUEVOS DESAFÍOS

La provincia de Buenos Aires se encuentra situada en la parte central del país. Tiene una extensión de 307.571 km² (aproximadamente la superficie de Italia) y se encuentra dividida en 135 municipios, denominados constitucionalmente partidos. Su población superaba los 15,6 millones de habitantes al 27 de octubre de 2010, según los resultados definitivos del censo de 2010, con lo cual es la provincia más grande y más poblada de la República Argentina.²⁹

Luego de más de una década de debates en torno a la reforma, el 26 de septiembre de 2013 la Legislatura provincial sancionó la Ley N° 14543,

27. Binder, Alberto, *La implementación de la nueva justicia penal adversarial*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2012, pp. 40-41.

28. Ídem, prólogo al libro *Teoría del Caso* de Leonardo Moreno Holman, Buenos Aires, Editorial Didot, 2012, p. 14.

29. Censo del año 2010 disponible en: <http://www.indec.mecon.ar>

que regula el jurado clásico para toda provincia. El primer juicio se realizó el 10 de marzo de 2015. Hasta hoy se han realizado 60 juicios por jurados, con un 66% de condenas y 34% de absoluciones.³⁰

Con anterioridad a la implementación de la ley, se escuchaban voces opositoras a la institución, principalmente provenientes del Poder Judicial, que sostenían que los jurados populares iban a condenar duramente sin importar la prueba exhibida en el juicio. Quienes se enrolaban en esa posición consideraban que la sociedad argentina no estaba preparada para participar de las decisiones jurisdiccionales.

Para sorpresa de muchos, los primeros cuatro juicios por jurados realizados en esa provincia terminaron con veredictos de no culpabilidad. Luego comenzaron a llegar las condenas, pero aun así el porcentaje de absoluciones era elevado. El impacto de esas decisiones llevó a que algunos fiscales comenzaran a cuestionar a través de medios periodísticos la efectividad de la institución del jurado y la capacidad de sus miembros para tomar decisiones.³¹ Bahía Blanca fue un caso paradigmático, porque allí el 50% de los casos que fueron llevados a juicio por jurados terminaron con veredictos de no culpabilidad, es decir que los fiscales perdieron la mitad de los juicios.

Ahora bien, lo que el jurado puso de manifiesto fue que ellos no salen al auxilio de los fiscales que no tienen suficiente prueba para condenar, como sucede en el caso de los jueces profesionales. En el *civil law* se ha dado desde siempre una tácita alianza política entre jueces y fiscales para condenar. Es obvio porque la función de los jueces radica en buscar la verdad histórica y, si los fiscales no logran acreditar el caso suficientemente, los jueces suplen esas deficiencias con la información que surge del expediente y condenan de todas formas.

En cambio, en el sistema adversarial la verdad se le exige a los acusadores, de manera tal que son ellos quienes deben informarle a los ciudadanos los hechos por los cuales acusan al imputado y presentar

30. Informe realizado por el Ministerio de Justicia de la provincia de Buenos Aires en diciembre de 2015, disponible en: <http://www.juicioporjurados.org/2015/12/juicios-por-jurados-en-buenos-aires.html>

31. Cfr. <http://www.lanueva.com/seguridad-impres/856760/juicio-por-jurados--llego-el-momento-de-revisar-la-ley.html>; <http://www.lanueva.com/la-ciudad/856672/el-fiscal-cuestiono-el-fallo-del-juicio-por-jurados--se-decidió-en-30-minutos-un-caso-grave.html>. También: <http://www.lanueva.com/seguridad-impres/856640/declararon-no-culpable-a-un-acusado-de-abuso.html>

toda la prueba que demuestra con certeza la participación del acusado en el hecho atribuido. Si los acusadores no cumplen con esa exigencia, entonces no queda otro camino que la absolución.

Una de las instrucciones más importantes que el juez imparte al jurado es precisamente que sólo pueden arribar a un veredicto de culpabilidad si los acusadores logran probar el hecho más allá de toda duda razonable. Ese estándar de prueba es fundamental y los jurados en la provincia de Buenos Aires lo han comprendido con precisión. El mensaje que el pueblo dio en esos casos fue claro: “esta prueba no nos alcanza para condenar. Traiga una mejor y más fuerte”.

Algunos fiscales no resistieron el desafío que representaba el jurado en términos de incrementar el nivel de preparación de los casos y comenzaron a entablar una serie de planteos en contra de la ley. Se hicieron planteos de inconstitucionalidad debido a la falta de regulación del recurso fiscal contra el veredicto de no culpabilidad, se criticó la mayoría exigida para condenar (diez de doce jurados), se exigió una reducción y también se insinuó la posibilidad de modificar el jurado clásico por uno de tipo escabinado. Afortunadamente, la Cámara de Casación de la provincia de Buenos Aires rechazó los planteos, lo que constituyó una clara demostración de la vigencia del nuevo sistema.³²

No resulta sorprendente que los acusadores, frente a una decisión adversa, pretendan activar estos mecanismos. Este tipo de reacciones por parte de los fiscales muestra la concepción que aún persiste en nuestra cultura judicial. Frente a un nuevo sistema que obliga a una modificación de las prácticas habituales, la solución que surge es reformarlo para que el sistema se adapte a las prácticas del *civil law*, en lugar de que las antiguas prácticas desaparezcan en pos del nuevo sistema.

Esta es una clara muestra del “duelo de prácticas” completamente reactivas de las culturas judiciales. Pero a diferencia de lo que sucedió

32. “La Casación de Buenos Aires confirmó que es constitucional la norma que le impide al acusador recurrir el veredicto de no culpabilidad del jurado”; fallo completo disponible en: <http://www.juicioporjurados.org/2016/02/la-casacion-de-buenos-aires-confirmando.html>; “Para la Casación bonaerense, el juicio por jurados no tiene vuelta atrás”; fallo completo disponible en: <http://www.juicioporjurados.org/2015/10/para-la-casacion-bonaerense-el-juicio.html>; “CASACIÓN: el modelo constitucional de jurados es con 12 personas, veredicto unánime y con recurso exclusivo para el acusado”; fallo completo disponible en: CASACIÓN: El modelo constitucional de jurados es con 12 personas, veredicto unánime y con recurso exclusivo para el acusado.

con los cambios normativos en las provincias, que fueron ahogados por las prácticas de cuño inquisitorial, con la implementación del juicio por jurados los vicios desaparecen radicalmente porque, o bien los litigantes cambian su metodología de trabajo capacitándose, o bien pierden los casos.

Entonces, el sistema impone nuevos desafíos de capacitación y orientación para los litigantes, que resultan imprescindibles si se quiere mejorar el desarrollo de los juicios orales con participación ciudadana. Algunos de los temas a perfeccionar son: el desempeño de las partes con anterioridad al juicio, el uso de la teoría del caso, la incorporación de nuevas herramientas de comunicación y la incorporación de reglas de ética profesional y de evidencia.

CONCLUSIÓN

Tardamos 153 años en hacer los primeros juicios por jurados al estilo clásico en un entorno del *civil law*. Las resistencias fueron enormes, y todavía continúan, pero la realidad demuestra que el pueblo simpatiza mucho con formar parte del jurado y con recibir, como sociedad, sus veredictos. Los ciudadanos han demostrado un fuerte compromiso y responsabilidad con su función, lo que incluso ha sido destacado por los jueces por compartir sus decisiones.

De esta forma, con la producción de los juicios con jurados muchas de las resistencias de los operadores se han disuelto, pero también se han creado nuevos desafíos. En la actualidad, el jurado se está instalando fuertemente en nuestro país, restableciendo así los lazos rotos entre la sociedad y la justicia.

JUICIO POR JURADOS: VEREDICTO DE CULPABILIDAD Y DETERMINACIÓN DE LA PENA

Por Tamara Peñalver*

Durante un año de la luna, he sido declarado invisible: gritaba y no me respondían, robaba el pan y no me decapitaban. He conocido lo que ignoran los griegos: la incertidumbre.

Jorge Luis Borges, *La lotería en Babilonia*.

INTRODUCCIÓN

Este trabajo pretende brindar algunas ideas respecto del desarrollo y contenido de la audiencia de determinación de la pena en el marco del veredicto de culpabilidad en los juicios por jurados populares. Sobre este punto, se ofrecen al lector algunos ejes centrales del alcance de la audiencia y de las características de los debates orales de los sistemas procesales argentinos más modernos.

No se analiza ninguna legislación en especial, por lo que algunas de las discusiones que ameritan los temas relacionados con la audiencia de determinación de la pena no son abordadas en detalle. Se prioriza realizar un tratamiento general de esta nueva etapa del juicio.

LA REFORMA PROCESAL PENAL EN ARGENTINA Y EL JUICIO POR JURADOS

En las últimas décadas, Argentina ha avanzado en la reforma de sus sistemas procesales penales a nivel provincial y federal. La discusión acerca de la necesidad de implementar sistemas acusatorios en todo el

* Abogada. Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Coordinadora del Área de Capacitación del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales - INECIP.

país con audiencias orales y públicas obedece a la demanda social de una justicia transparente y eficaz, que hasta el momento se ha mantenido al margen de brindar respuestas de calidad frente a los conflictos sociales.

Al referirme a respuestas de calidad, hago hincapié en brindar a los ciudadanos la posibilidad de conocer por qué, para qué y cómo es que se toman las decisiones en el marco de un proceso penal. El abandono de la oscuridad y el ritualismo judicial –pilares fundamentales de la violencia estatal– serán finalmente una victoria de la democracia cuando todo el país cuente con procesos penales públicos con amplia participación de la víctima, del imputado y, por supuesto, de la ciudadanía a través del instituto del jurado popular.

Hacia este camino nos dirigimos. Varias provincias argentinas han establecido sistemas procesales penales acusatorios. Los más modernos han avanzado hacia el establecimiento de audiencias desde el comienzo de la investigación, con innovaciones de gestión (creación de oficinas judiciales y colegio de jueces) y el establecimiento de los juicios por jurados en los debates orales.

Nuestro país cuenta con 25 códigos procesales penales diferentes, todos ellos con características particulares, que obedecen al momento político en el cual fueron sancionados y/o reformados. Existen legislaciones que poseen institutos de corte acusatorio e inquisitivo juntos, principalmente los primeros códigos reformados (denominados de primera generación), y también tenemos códigos plenamente acusatorios, que se corresponden con los sancionados en forma más reciente (denominados de tercera generación).

En este sentido, con el fin de aportar información sobre el estado actual de la reforma en Argentina, en el siguiente cuadro se puede observar el tipo de sistema que establece cada una de las legislaciones y, a su vez, el estado de regulación del juicio por jurados.

Legislaciones argentinas sobre sistemas procesales y juicio por jurados¹

Justicia provincial, CABA y federal	Sistema procesal penal	Juicio por jurados
Buenos Aires	Acusatorio	Sistema clásico
Catamarca	Acusatorio	Sistema clásico
Chaco	Acusatorio	Ley sancionada Sistema clásico
Chubut	Acusatorio	Proyecto de ley presentado Sistema clásico
Ciudad Autónoma de Buenos Aires	Acusatorio	Proyecto de ley presentado Sistema clásico
Córdoba	Acusatorio	Sistema escabinado
Corrientes	Inquisitivo reformado	No
Entre Ríos	Acusatorio	Proyecto de ley presentado Sistema clásico
Formosa	Inquisitivo reformado	No
Jujuy	Acusatorio	No
La Pampa	Acusatorio	No
La Rioja	Proyecto de CPP Acusatorio presentado	Proyecto de ley presentado Sistema clásico
Mendoza	Acusatorio	No
Misiones	Inquisitivo reformado	No
Neuquén	Acusatorio	Sistema clásico
Río Negro	CPP acusatorio aprobado	Ley sancionado Sistema clásico
Salta	Acusatorio	No
San Juan	Inquisitivo reformado	No
San Luis	Inquisitivo reformado	No
Santa Cruz	Inquisitivo reformado	No
Santa Fe	Acusatorio	Proyecto de ley presentado Sistema clásico

1. El cuadro fue elaborado a partir del relevamiento de los códigos procesales penales y leyes de juicio por jurados publicadas en sitios web oficiales. Debe aclararse que se han identificado todos los sistemas acusatorios, sean de primera, segunda o tercera generación. Se ha valorado específicamente la regulación de la investigación fiscal. Es importante mencionar que los códigos más modernos, como los de Chubut, Neuquén, Río Negro, Justicia Federal, Santa Fe y Entre Ríos, regulan no sólo la investigación fiscal, sino audiencias orales desde el inicio de la investigación, la reestructuración de la organización de los ministerios públicos y judicatura, entre otras características de los sistemas procesales adversariales más avanzados.

Santiago del Estero	Acusatorio	No
Sistema federal	CPP acusatorio aprobado	Proyecto de ley presentado Sistema clásico
Tierra del Fuego	Inquisitivo reformado	No
Tucumán	Acusatorio	Proyecto de ley presentado Sistema clásico

Fuente propia actualizada al 08/10/2017

Como se puede ver, y a pesar de que nuestra Constitución dispone en tres artículos que deberá establecerse el juicio por jurados para los hechos criminales, sólo contamos con tres provincias que poseen juicio por jurados en funcionamiento. Algunas provincias han presentado proyectos de jurados legos, otras aún se encuentran a la espera de la entrada en vigencia de los sistemas acusatorios con investigación fiscal. Si bien la realidad es diversa, la discusión acerca de avanzar hacia sistemas adversariales –con reformas estructurales de organización de los ministerios públicos y judicatura– y de la necesidad de instalar los juicios por jurados en todo el país está vigente y está comenzando a generar resultados.

Los juicios por jurados: otra forma de trabajo

La realización de los juicios con ciudadanos legos genera importantes cambios en dos niveles. A nivel macrosocial contribuye a la participación ciudadana en los actos de gobierno, a la legitimación de las decisiones judiciales y a la formación cívica de los ciudadanos en su vinculación con el Estado. A su vez, en el plano microsocia genera otra forma de trabajo por parte de los operadores jurídicos, antes y después de la realización de la audiencia de debate oral.

En este sentido, el juicio por jurados rompe radicalmente con la lógica de los debates desarrollados en los sistemas conocidos como mixtos (o inquisitivos morigerados), pero además modifica en forma sustancial los juicios orales realizados por jueces profesionales en el marco de sistemas adversariales ya implementados. El desarrollo del juicio por jurados requiere de nuevas exigencias y, por sobre todo, del perfeccionamiento de nuevas destrezas en conducción de audiencias de juicio oral por parte de los jueces y de técnicas de litigio por parte de las partes (acusación y defensa). Esto no sólo incluye la propia audiencia de debate, sino también la preparación previa del juicio por jurados, como es la selección

del jurado exclusivo para el juicio, la elaboración de las instrucciones y la preparación de la presentación de la prueba, entre otras cuestiones vinculadas al trabajo de los operadores.

Los jurados estarán allí por única vez, a diferencia de los operadores jurídicos, quienes se conocen, conocen las prácticas judiciales y muchas veces son quienes generan las propias trabas del sistema que contribuyen a la realización de juicios en los cuales la oralidad y la contradicción son ficciones que se esconden detrás del expediente y de las formalidades.

La participación del jurado popular requiere de otro modo de actuar durante el juicio. Los jueces y litigantes deben trabajar en técnicas de comunicación, en el lenguaje, en generar herramientas visuales de calidad y en la atención de todos aquellos que deban estar presentes en la sala de audiencias: testigos, público, medios de comunicación, etcétera.

El modo en que las partes deben presentar su teoría del caso y cómo deben entrecruzar sus elementos probatorios, fácticos y jurídicos para finalmente petitionar ante el jurado será distinto a cómo lo realizan frente a jueces profesionales. Ahora los litigantes tendrán la necesidad de comunicarse en un lenguaje simple para que los jurados puedan comprender los hechos por los que se llegó a juicio y el posible derecho aplicable al caso, ya que no habrá un expediente que permita que aquello que no fue incorporado por las partes sea incorporado por los jueces a partir de la lectura de las actuaciones de la investigación. El jurado obliga a comprender que el trabajo que tienen los litigantes de ahora en más es prepararse para ganar en las audiencias de juicio, su lugar de trabajo por excelencia.

Los jurados son jueces de los hechos y, como tales, no conocen los hechos hasta que las partes se los presentan en el debate. Se debe tener presente que la manera en que los hechos sean presentados en el juicio tendrá influencia directa en la decisión que los jurados tomen en su veredicto. Ello no por la posibilidad de que los jurados tomen decisiones completamente diferentes o ajenas a las que toman los jueces profesionales hoy, sino por las posibilidades del jurado de comprender y analizar el caso sobre la base de los estándares sociales a partir de la deliberación de doce personalidades, experiencias y vidas diferentes.²

2. Se ha demostrado a partir de una investigación que los jueces profesionales en la mayoría de los casos hubieran sentenciado igual que el veredicto del jurado popular. En los casos en los que hay discrepancia, los jurados toman decisiones más clementes

Para poder realizar una presentación de los hechos clara y persuasiva, los litigantes deben saber manejar su teoría del caso en la preparación y desarrollo del debate. Esto es, en la audiencia de selección del jurado popular, para convocar a personas que puedan coincidir con la visión que propondrán en los alegatos de apertura, en las preguntas de los exámenes y contraexámenes de testigos y peritos, y en los alegatos de clausura. Sólo de esta manera podrán obtener (o intentar obtener) resultados positivos en las audiencias de juicio.

NUEVA ORGANIZACIÓN DEL DEBATE ORAL

Se mencionaron algunas características generales de los principales cambios que se generan al interior de la sala de audiencias con la incorporación de los jurados, principalmente en el modo de trabajo de los litigantes. Ahora es momento de hablar de los cambios que se establecieron en la estructura de los debates orales en el marco de las reformas procesales penales de Argentina.

Los códigos procesales más modernos instituyeron un nuevo orden y organización de los debates orales, y conjuntamente con las leyes orgánicas de los ministerios públicos abrieron camino a otros cambios necesarios para que los juicios puedan llevarse a cabo conforme a un sistema adversarial: eliminación del expediente, regulación del principio de oportunidad, oralidad en todas las etapas del proceso, publicidad, contradicción, igualdad entre las partes, separación de funciones de investigación y jurisdiccionales, y la intervención del mismo fiscal y defensor desde el inicio del caso hasta el juicio, entre otros.

En lo que respecta a la organización de la audiencia de debate, se ha optado por una reestructuración en su desarrollo, que contribuye a ordenar progresivamente las discusiones que deben llevarse a cabo. De esta manera, se han establecido las siguientes etapas procesales, que en conjunto forman el juicio oral y persiguen objetivos específicos:

- **Etapas 1. Debate sobre los hechos.** Esta es la primera etapa del debate. Aquí se determinan las cuestiones vinculadas exclusivamente al hecho por el cual el acusador llegó a juicio contra la persona

para los imputados. Ver Diamond, Shari S., "Jurado penal y civil", en *Las múltiples dimensiones del juicio por jurados. Estudios sobre el comportamiento del jurado*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2016, pp. 54-58.

imputada y la aplicación de la calificación legal correspondiente a los hechos. El jurado es el responsable de valorar la prueba del juicio, de determinar los hechos y de rendir un veredicto aplicando el derecho con fundamento en la prueba presentada.³

Es decir, serán los jurados quienes deberán debatir sobre la existencia del hecho, sus características, modo de realización, participación del imputado y su responsabilidad penal. Los jurados serán los jueces de los hechos y quienes a su vez apliquen el derecho a partir de la declaración de culpabilidad o inocencia. Para que los jurados puedan deliberar sobre estas cuestiones es fundamental que tomen conocimiento del derecho a partir de las instrucciones iniciales y finales que el juez director de la audiencia deberá ofrecerles.

Las instrucciones al jurado son el mecanismo procesal mediante el cual el jurado toma conocimiento del derecho aplicable al caso. El jurado es, esencialmente, el juzgador de los hechos. Una vez adjudicados los hechos, el jurado debe entonces rendir su veredicto aplicando las normas del derecho sustantivo a los hechos. Pero aun en la adjudicación de los hechos, el jurado debe recibir instrucciones sobre los principios correspondientes al derecho probatorio criminal, algunos de los cuales tienen rango constitucional, como la presunción de inocencia y el quantum de la prueba (más allá de toda duda razonable). Por medio de las instrucciones, el juez le transmite al jurado en qué consiste su función, especialmente que tiene la obligación de juzgar al acusado sólo a base de la prueba que se admita en el juicio.⁴

Estas instrucciones serán construidas por las partes litigantes y el juez, sin la presencia del jurado. Será el propio juez del juicio el que le dirá al jurado cómo se aplica la ley y cómo deben valorar la prueba para tomar una decisión sobre la culpabilidad o inocencia del imputado. El juez deberá realizar un trabajo minucioso al momento de la impartición de las instrucciones para evitar que los jurados reciban información errónea o poco precisa. Los litigantes deberán estar atentos a ellas –en su elaboración y posterior comunicado al jurado– ya que serán el

3. Harfuch, Andrés, *El Juicio por Jurados en la Provincia de Buenos Aires. Ley provincial 14543 anotada y comentada. El modelo de jurado clásico*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2013, p. 213.

4. Citando a Ernesto Chiesa Aponte, *ibídem*, pp. 50-51.

fundamento que les permitirá apelar cuando la decisión no sea favorable a su teoría del caso.

- **Etap 2. Audiencia de determinación de la pena (cesura de juicio).** Cuando el jurado lego pase a deliberar (una vez presentados los alegatos de clausura de las partes y brindadas las instrucciones finales), puede optar por un veredicto de culpabilidad o de inocencia. La segunda etapa del debate, denominada “audiencia de determinación de la pena”, sólo se llevará a cabo cuando exista un veredicto de culpabilidad. En caso de que se lo declare inocente, no será necesaria esta instancia, debido a que no hay pena que tenga que discutirse y determinarse. En esta audiencia se debaten cuestiones específicas de la sanción a imponer: tipo de pena, monto, modalidad de cumplimiento; y lugar de cumplimiento. Nuestros códigos procesales establecen que en esta etapa del proceso sólo estará el juez (o los jueces, según el caso), profesional que será el que determine las cuestiones vinculadas a la sanción. Es decir que el jurado lego en esta parte del juicio oral no tiene participación presencial. No se le dio al jurado popular la posibilidad de tener alguna incidencia en la determinación de la pena (sea tomando la decisión o bien haciendo alguna recomendación al juez), pero veremos la importancia del veredicto de culpabilidad por ellos emitido como función limitadora para las partes y para el juez en la determinación de la pena. La determinación de pena versará sobre los hechos y el derecho que el jurado popular haya atribuido a la persona declarada culpable más allá de toda duda razonable, por lo que el juez de cesura no podrá modificar circunstancias fácticas o jurídicas atribuidas por el jurado popular en su veredicto de culpabilidad.

La división del debate en estas dos etapas procesales promueve una discusión ordenada y resalta la necesidad de generar un espacio de contradicción concreto respecto de las cuestiones vinculadas a la sanción. En la actualidad, la determinación de la pena suele ser considerada una materia de segundo orden frente a la determinación de la culpabilidad en los debates orales, en la doctrina y en la jurisprudencia.

Con la separación del debate se logran efectivizar y extender las garantías del debido proceso, hasta el momento en que el juez deter-

mina la pena del condenado a partir del contradictorio y producción probatoria específica.

Legislación comparada

Según un análisis de unas legislaciones procesales, se puede identificar que la división del juicio en dos fases no se condice con el establecimiento de los jurados populares. Ergo, contamos con legislaciones que, sin tener juicio por jurados, han separado el debate en dos fases bajo la premisa de discutir la pena sólo cuando sea necesaria su aplicación.

Sin embargo, el origen del juicio bifásico se vincula con la existencia de los jurados populares del derecho anglosajón y su modalidad de debate oral,⁵ por lo que podría entenderse que esta división favorece a la implementación de los jurados en cada una de las provincias. Hasta que ello suceda, debemos celebrar la separación en cualquiera de los dos casos, con jurados y sin jurados, debido a que es beneficioso para la estrategia de las partes, el respeto de las garantías del imputado y los derechos de la víctima.

Legislación	Separación del debate regulado
Buenos Aires	Sí, en caso de juicios por jurados
Catamarca	No
Chaco	Sí, en caso de juicios por jurados
Chubut	Sí
Ciudad Autónoma de Buenos Aires	No
Córdoba	No
Corrientes	No
Entre Ríos	Sí
Formosa	No
Jujuy	No
La Pampa	Sí

5. Maier, Julio B. J., “La cesura del juicio penal”, publicado en *Doctrina Penal, Teoría y Práctica de las Ciencias Penales*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1984, p. 239.

6. La información surge de legislación publicada en sitios oficiales. El cuadro se ha elaborado con base en las legislaciones sancionadas aunque no estén vigentes o implementadas. El relevamiento se realizó a partir del relevamiento de códigos procesales penales del país y leyes de juicio por jurados. No se valoró la obligatoriedad de la audiencia o supuestos en los que es procedente, sólo se hizo hincapié en si está regulada en el código o si es realizable únicamente cuando el juicio sea por jurados populares. No se mencionan los proyectos presentados -sin sanción- que sí la regulan.

La Rioja	No
Mendoza	No
Misiones	No
Neuquén	Sí
Río Negro	Sí
Salta	No
San Juan	No
San Luis	No
Santa Cruz	No
Santa Fe	No
Santiago del Estero	Sí
Sistema federal	Sí
Tierra del Fuego	No
Tucumán	Sí

Fuente propia actualizada al 08/10/2017

AUDIENCIA DE DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA: PRINCIPALES EJES

La separación del debate oral en fases tuvo sanción, en el plano universal, con la recomendación del X Congreso Internacional de Derecho Penal de la Asociación Internacional de Derecho Penal, reunido en Roma en 1960. La decisión fue tomada en el marco de la necesidad de exigir que el fallo sobre la pena reuniera las mismas características de objetividad y seriedad que el de culpabilidad, esto es, que fuera racionalmente fundado.⁷

De esta exigencia se logra desprender que la importancia de la audiencia de determinación de la pena debe proyectarse en dos ejes:

1. generar un debate específico sobre las cuestiones vinculadas a la pena, y
2. comenzar a establecer un concepto amplio de determinación de la pena en la doctrina y jurisprudencia, que promueva la reforma legislativa sobre la ejecución penal.

A continuación, se desarrollan brevemente algunos de los ejes que hacen al cumplimiento de estos objetivos:

Debate específico sobre la pena: la audiencia de determinación de la pena es el momento procesal específico en el cual las partes podrán

7. Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal* (Introducción de Alberto Binder), Buenos Aires, Editores Del Puerto, 1996, T. I, Fundamentos, p. 382.

presentar su propia prueba, controlar la prueba de la contra parte y peticionar al juez o tribunal colegiado cuestiones vinculadas principalmente a los artículos 40 y 41 del Código Penal para obtener una resolución judicial que se encargue de: fijar el monto de la pena, establecer su lugar de cumplimiento y modalidad, y de definir los objetivos que el Estado pretende lograr con su aplicación.

El juez que conduzca el debate será el encargado de controlar que se respeten las garantías en el desarrollo de la audiencia y deberá valorar la prueba presentada para determinar la pena en forma integral, como veremos más adelante. El juez sólo podrá valorar la prueba y las peticiones que las partes hayan presentado en la audiencia para determinar la sanción. El juez no podrá incorporar agravantes o atenuantes de oficio y tampoco podrá imponer más pena que la solicitada por la acusación. Al igual que en la primera parte del debate, debe atenerse a lo que las partes incorporan, sin excepción.

La inclusión de esta audiencia en las legislaciones procesales favorece la reducción de la discrecionalidad judicial que comúnmente se puede observar al momento de establecer el monto y la modalidad de la pena. La propia dinámica de los debates orales del sistema inquisitivo reformado genera que la disquisición acerca de la pena quede en un segundo lugar, no sólo por el actuar de las partes en relación con los elementos de prueba que se aportan, sino también en las fundamentaciones judiciales para su determinación.

Este cambio de paradigma en la organización del debate viene a poner en crisis lo que señala Magariños:

La mayor parte de las decisiones judiciales en punto a la determinación de la pena pone de manifiesto con toda claridad que la graduación y elección de la pena en cada caso, se encuentra librada más que al arbitrio a la arbitrariedad del juzgador, sin que las decisiones se presenten sobre la base de una justificación racional, limitándose, por lo general, a la mera remisión de lo establecido en los arts. 40 y 41 del código de fondo.⁸

Ampliación del concepto de determinación judicial de la pena: si bien este segundo objetivo puede ser un tanto ambicioso a simple vista, se propone que la determinación de la pena abarque cuestiones

8. Magariños, Mario, "Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena", en *Determinación Judicial de la Pena*, Buenos Aires, Editores Del Puerto, 1993, p. 71.

vinculadas a su ejecución y que actualmente dependen del servicio penitenciario exclusivamente. No es novedad que, en términos generales, el juez toma su decisión respecto de la cuantía de la pena y la modalidad de cumplimiento, y que queda en manos de la administración penitenciaria el tratamiento del condenado en todas sus aristas.

En forma contraria, nuestra Constitución Nacional afirma en su artículo 18 que

Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para la seguridad y no para el castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice.

Los jueces deben ser los responsables de la determinación de la pena más allá de las funciones del servicio penitenciario como auxiliares de sus decisiones. Las medidas que se tomen en el marco del tratamiento penitenciario pueden afectar derechos esenciales del condenado agravando las condiciones de encierro; por ello la necesidad de que sea el juez quien controle el respeto de las garantías y el que determine las circunstancias del cumplimiento de la pena. Sobre este punto, se deben repensar las prácticas instaladas en las cárceles y en el control judicial, al momento de imponer la pena, para avalar los principios de un sistema judicial democrático.

En esta dirección han avanzado los códigos procesales modernos, los cuales además de establecer una audiencia específica sobre la pena suelen indicar que “se debatirá su modalidad de cumplimiento”. Esta modalidad de cumplimiento puede ser entendida como la posibilidad de que las partes discutan cuestiones vinculadas al tratamiento del condenado y a las actividades que debe llevar a cabo durante el cumplimiento de la sanción, sean ellas obligatorias o voluntarias y según las características del caso e intereses del condenado.

En función de ello, cuando se hace referencia a la determinación de la pena no se puede sostener que sólo alude a su cuantificación. Por el contrario, en la determinación de la pena se deben contemplar condiciones vinculadas a su cumplimiento, como pueden ser: el período en que el condenado ingresa al tratamiento, las actividades culturales y educativas que puede realizar, el establecimiento donde debe cumplir la condena, el sector o grupo donde debe ser alojado y la determina-

ción de los tiempos en que puede acceder a beneficios si se cumplen los objetivos del tratamiento, entre otras definiciones que hoy recaen en el servicio penitenciario.

El juez de ejecución penal o el juez del tribunal oral, según corresponda, desde hace ya un tiempo tiene responsabilidades sobre el control judicial de la condena. Es decir, luego de que varias de las condiciones de la pena sean definidas por el servicio penitenciario. ¿Por qué dar intervención a un juez a partir de la apelación del condenado ante la decisión administrativa y no permitir que el juez de debate oral tome decisiones sobre la modalidad de cumplimiento? ¿Por qué esperar a la impugnación para que se aseguren las garantías que deben ser reconocidas en todas las etapas del proceso penal? El primer paso fue establecer el control judicial de la ejecución, lo cual ha sido un gran avance, pero se debe comenzar a pensar la determinación de la pena y las condiciones de su ejecución desde el momento en que la persona ha sido declarada culpable y corresponda la aplicación de la sanción penal.⁹

Definición de determinación judicial de la pena

La determinación o individualización judicial de la pena ha sido entendida a lo largo del tiempo como una división o cooperación entre diversas agencias del Estado. En este sentido, a partir de la obra de Saleilles¹⁰ se ha considerado que la individualización de la pena se lleva a cabo en forma organizada en tres fases: la legislativa, la judicial y la administrativa, haciendo referencia a la sanción de la ley que establece una pena, a la decisión judicial sobre el caso concreto sobre la base de la ley y la función del servicio penitenciario en el marco de su ejecución. Zaffaroni critica esta visión de la determinación de la pena por considerar que es el Derecho Penal (agencia judicial) el que debe contener el poder punitivo estatal de otras agencias, incluso al momento posterior a la sentencia.

9. Sin dudas, la determinación judicial de la pena será diferente en los casos en que los condenados se encuentran en prisión preventiva, debido a que ya están institucionalizados dentro del Servicio Penitenciario.

10. Saleilles, Raymond, *La individualización de la pena*, Estudio Social del Delito, 1898.

De esta manera, también realiza una distinción en cuanto a la determinación de la pena y su cuantificación y apoya la idea de que la decisión judicial no puede quedar en el plano de lo cuantitativo. Sostiene que

La cuantificación y el resto de la determinación son actividades judiciales prácticamente inescindibles, dado que no se concibe juzgador que fije una cuantía de pena sin establecer la clase, o la forma de imposición o de cumplimiento, sin perjuicio de posponer algunas precisiones de determinación.¹¹

Por otro lado, Patricia Ziffer define la determinación de la pena del siguiente modo:

La determinación de la pena puede ser definida como el acto mediante el cual el juez fija las consecuencias de un delito. En contra de lo que parece indicar su designación no se trata únicamente de la elección de la clase y monto de la pena, sino que el concepto hace referencia también a cuestiones que se relacionan con el modo de ejecución de la pena establecida, tales como la suspensión de la ejecución, el cumplimiento en un establecimiento determinado o bajo ciertas condiciones, la imposición de deberes especiales, la indemnización del daño o la forma de pago de la multa, entre otras. Se trata de un acto complejo, en el cual según las disposiciones legales, se debe dar cumplimiento a las diferentes funciones de la reacción penal estatal frente a la comisión de un hecho punible.¹²

Estas definiciones dejan ver la relevancia de la decisión judicial respecto del desarrollo de la ejecución penal y permiten distinguir la necesidad de una determinación de la pena que no se limite a cuestiones básicas, como el monto y modalidad en sentido estricto. Partiendo de aquí, se propone un concepto más amplio, que permita que el juez a cargo de imponer la sanción pueda definir además cuestiones específicas sobre la ejecución penal, que al ser impuestas aisladamente de la determinación judicial (como es hoy en día) pueden afectar principios y garantías del derecho penal de fondo y forma, como por ejemplo la intrascendencia de la pena, la proporcionalidad mínima, el principio de lesividad, el principio de humanidad y, por supuesto, el de defensa.

11. Para profundizar, ver: Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2002, p. 994.

12. Ziffer, Patricia S., *Lineamientos de la determinación de la pena*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2015, p. 23.

En otras palabras, la determinación de la pena en el marco de un conflicto requiere de la delimitación de todos los aspectos que la constituyen para que el condenado pueda efectivizar sus derechos. Veremos el alcance de la audiencia y las posibles discusiones que pueden darse allí a partir de un concepto amplio de determinación de la pena.

Objetivos de la audiencia de determinación de la pena

Todas las audiencias que se realizan en el marco de un proceso penal tienen determinados objetivos que deben ser cumplidos. Si bien es cierto que las audiencias suelen ser dinámicas y no rígidas, esta es una audiencia contradictoria, que requiere de la toma de decisiones sobre puntos concretos de la determinación de la pena.

La pena deberá ser impuesta sobre la base del hecho que se le haya atribuido al condenado y la calificación jurídica que le fue adjudicada por el hecho en cuestión. Esto no podrá variar en la audiencia de determinación de la pena debido a que la fijación de los hechos y el derecho aplicable hacen a la existencia y función constitucional del jurado popular. Será entonces un límite para las partes y para el juez lo decidido por el jurado.

Veamos cada uno de los puntos que deben ser discutidos y decididos es el desarrollo de esta audiencia.

La sanción aplicable al imputado

En la audiencia se determinará la sanción aplicable al condenado, según las penas principales y accesorias que establece el Código Penal de la Nación. Es decir, las partes podrán discutir sobre la aplicación de una pena de prisión, multa y/o inhabilitación, la indemnización, la reparación, el decomiso, etcétera. Por otro lado, podrá discutirse la aplicación de determinadas medidas de seguridad, como pueden ser las educativas o curativas, relativas a la finalización de estudios o la obligación de cumplir con algún tratamiento contra el consumo de drogas o alcohol.

Se debe hacer una salvedad respecto de las medidas de seguridad en los casos de personas declaradas inimputables en juicio oral, y en función de ello absueltas. Si bien la discusión acerca de la constitucionalidad de las medidas de seguridad que recaen sobre personas declaradas inimputables ha sido siempre un debate intenso en la doctrina y la jurisprudencia, la justicia penal sigue haciendo uso de ellas. Para comenzar a modificar las prácticas del tratamiento de las personas con padecimien-

to mental se ha sancionado la Ley N° 26657 (Derecho a la Protección de la Salud Mental), la cual brinda un nuevo paradigma en la materia con el fin de proteger los derechos fundamentales de estas personas.

Sobre esta órbita, la justicia penal, al momento de declarar inimputable a una persona, debe establecer su absolución o sobreseimiento (según corresponda). Al instante en que un juez toma esta decisión cesa la jurisdicción penal, por lo que ya no está facultado para establecer una medida de seguridad y debe remitir la causa a la justicia civil para que actúe en función de la Ley de Salud Mental y determine el tipo de tratamiento que la persona declarada inimputable tiene que recibir conforme a lo establecido en la legislación correspondiente.

Existe jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal, que ha tomado decisiones en este sentido afirmando que

... los sujetos declarados incapaces por incapacidad psíquica deben quedar fuera del sistema penal pues lo contrario resulta violatorio del principio *nullum crimen sine culpa*, y es conveniente evitar la superposición de competencias judiciales, siendo la civil el ámbito de mayor especialización.¹³

También la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la CABA ha determinado que

... los preceptos establecidos en la ley 26.657, específicamente en sus arts. 1°, 6°, 8°, 14° y 31°, y el Programa Interministerial de Salud Mental Argentino –PRISMA– fijan para el Estado el deber de garantizar que las internaciones impuestas a personas con padecimientos mentales, como son las medidas de seguridad –que, además, tienen el objeto de recuperar y preservar la salud del paciente y no la finalidad propia de una sanción penal de prisión–, deberían recibir un tratamiento conforme a las condiciones de “internación involuntaria”. Así, bajo dicho régimen se garantiza el ejercicio de los derechos humanos de las personas en su relación con los servicios de salud mental, revistiendo especial protagonismo el “órgano de revisión” previsto en el artículo 38 de la ley. Por ello, el eventual tratamiento de internación a que deban ser sometidos los individuos que han sido evaluadas como “riesgosas” para sí o para terceros, será materia exclusiva de la justicia civil en términos del artículo 482 del código de fondo.¹⁴

13. Causa N° 12644, “Gómez”, de la Sala I, rta. el 13 de abril de 2010.

14. Sala I -42.217- F., R. E. Medida de seguridad 24/131 - Expediente N° 3903/12.

La duración o cuantificación de la sanción

La determinación de la pena hace referencia a la posibilidad de establecer el tiempo de duración o cuantificación de la sanción según incumba. Es decir, se debe debatir acerca del tiempo durante el cual una persona cumplirá pena de prisión, el tiempo de inhabilitación, la cuantificación de la multa o la cantidad de dinero o bienes que deben ser decomisados. Respecto de las medidas de seguridad –ya sostuve que no deberían aplicarse en los casos de inimputabilidad–, debe discutirse no sólo el término de la medida, sino también los períodos de revisión para identificar si puede ser revocada por haberse cumplido los objetivos para los cuales se impusieron.

La modalidad de cumplimiento de la pena

Sobre la modalidad de cumplimiento, se debe fijar si la persona condenada debe cumplir su pena en prisión o si, por el contrario, se le aplica una condena condicional. En referencia a la pena de multa, podrá definirse el modo de cumplimiento conforme lo establece el artículo 21 del Código Penal.

Sucede lo mismo con las medidas curativas y educativas, se debe definir cuáles serán sus alcances (horas que debe cumplir, actividades que debe realizar en el marco de las medidas, objetivos que debe alcanzar en determinado tiempo, etc.).

En los casos en que se determine una pena de prisión, se deben establecer cuestiones referidas a la modalidad de cumplimiento según las pautas establecidas en la Ley N° 24660 (Principios y Modalidades Básicas de la Ejecución) y el Decreto N° 396/99 (Reglamento de las Modalidades Básicas de la Ejecución). Es fundamental que las partes puedan tener incidencia en el tratamiento que el condenado debe tener dentro del establecimiento penitenciario y se esclarezcan los objetivos que debe cumplir la pena privativa de libertad en el caso puntual.

La acusación y la defensa deben tener la posibilidad de presentar prueba respecto del período en que el condenado debe ingresar al tratamiento progresivo y de solicitar la realización de determinadas actividades educativas, profesionales, laborales y sociales, como también el ingreso a programas especiales.

El lugar de cumplimiento de la sanción

Al igual que la definición del tratamiento individual para la persona condenada, en esta audiencia debe discutirse y definirse el lugar de cumplimiento de la pena. Se debe evaluar la posibilidad de cumplir la condena con prisión domiciliaria cuando se reúnan los requisitos necesarios, o definir el establecimiento en el cual debe instalarse el condenado. En este último caso, también es preciso especificar el sector o grupo en el cual la persona debe alojarse.

Básicamente, la audiencia de determinación de la pena se circunscribe a estos cuatro ejes. Es cierto que los últimos dos puntos son los más difíciles de implementar y efectivizarse, conforme a la realidad actual de nuestros servicios penitenciarios y a las prácticas que tienen respecto de la administración de la pena. Empero, es importante que comencemos al menos a discutir sobre estas cuestiones para ampliar el concepto de determinación de la pena y no dejar libradas a la administración del servicio penitenciario medidas que deben ser decididas por el juez de cada caso y luego controladas por el juez de ejecución. El tipo de tratamiento que recibirá una persona, el lugar donde debe alojarse y las actividades que debe realizar se relacionan con la modalidad de cumplimiento y con los objetivos que persigue el Estado en la imposición de una pena, cuyo único autorizado para determinarla es el juez.

Los jueces de ejecución tienen mayor posibilidad de intervenir durante la etapa de ejecución en las cuestiones vinculadas a la libertad del condenado. En cambio, no hay intervención judicial en lo que respecta a la determinación y planificación de la ejecución y condiciones del cumplimiento, circunstancia por demás conflictiva si consideramos la relevancia que tiene para la vida de un ser humano el encierro, la obligación de cumplir con una medida de seguridad y las condiciones que rodean a estas circunstancias en la concreción de otros derechos.

Alcances de la audiencia de determinación de la pena

El establecimiento del juicio bifásico, como también suele denominarse a la separación del debate, obliga a las partes y al juez a diferenciar el contenido y los objetivos de cada una de las etapas. Esto no es un detalle menor, si consideramos que existen circunstancias de hecho que pueden influir gravemente en la cuantificación de la pena y que

deben necesariamente ser definidas por el jurado popular más allá de toda duda razonable.

Como se ha mencionado, esta segunda etapa del debate se encuentra limitada por la declaración de culpabilidad de los jurados respecto de los hechos y el derecho aplicable. Es decir que los jueces, al momento de determinar la pena, no podrán valorar cuestiones de hecho que funcionen como agravantes o atenuantes que no hayan sido atribuidas por el jurado en su veredicto.

A pesar de que se ha sostenido que los jueces cuentan con cierto margen de discrecionalidad al momento de imponer una sanción, la separación del debate favorece a limitarla. En primer término, por la posibilidad de presentar pruebas para la mensuración de la pena y, en segundo lugar, porque los agravantes relacionados con la base fáctica deberán ser parte de la acusación del juicio y probados por el jurado para poder ser valorados en la etapa de cesura.

Aquellas agravantes y atenuantes que se vinculen con cuestiones del hecho (como puede ser el uso de armas de fuego, la participación del condenado en el hecho, la intervención de menores, el fin de aterrorizar a la población, el vínculo familiar, o la calidad de funcionario público del acusado) serán decididas en el marco de la primera etapa del debate y, si esto no hubiera sido considerado por el jurado, no podrán incorporarse en la audiencia de cesura.

Ergo, cuando estas circunstancias hayan formado parte del veredicto del jurado pasarán a ser valoradas en la determinación de la pena al igual que las cuestiones socioeconómicas y personales del condenado. Estas, en su conjunto, deben ser consideradas para ponderar la pena pero, en función de su relevancia, para aumentar o disminuir su cuantificación y regular su modalidad de cumplimiento.

Aunque esto parece sencillo, ha generado serias discusiones al momento de regular el alcance de la audiencia de determinación de la pena en nuestro país. En algunas legislaciones, como en la ley de juicio por jurados de la provincia de Buenos Aires, se dispuso que en la audiencia de determinación de la pena se fije la calificación jurídica. Esto debe ser analizado como un error en la redacción y entendido como la posibilidad que tienen las partes de poder discutir agravantes

y atenuantes dentro del marco de la calificación jurídica establecida por el jurado popular para que el juez decida.¹⁵

A pesar de ser una obviedad, cabe decir que los juicios orales se desarrollan para probar hechos y no tipos penales o calificaciones jurídicas, más allá de que en el marco de un conflicto penal sean inescindibles. La función que cumplen las instrucciones al jurado es, en definitiva, lo que permite enlazar el hecho con el derecho que lo subsume. Por lo tanto, el juez de cesura de juicio sólo podrá evaluar los agravantes y atenuantes vinculados al hecho que se hubiera probado, sin posibilidad de incorporar de oficio otros y sin permitir que las partes puedan incorporar situaciones fácticas no discutidas en la primera etapa de debate sobre las cuales el condenado no pudo defenderse.

La Corte Suprema de Estados Unidos ofrece jurisprudencia que avala esta postura frente a los agravantes o atenuantes que se vinculan con el hecho y que forman parte del derecho aplicable. De esta manera, los fallos colaboran en regular el orden y contenido de cada fase del debate en función de las garantías procesales del imputado. Entre algunos de los ejemplos del *common law*, pueden mencionarse:

- “Apprendi vs. New Jersey”: Apprendi efectuó varios disparos hacia el interior de la vivienda de una familia afroamericana. Fue imputado por posesión en segundo grado de un arma de fuego con fines ilícitos, que tiene una pena de entre 5 y 10 años de prisión. Dentro de la imputación no se mencionó la ley estatal que reprime los crímenes de odio, y que puede incrementar la pena si se encuentra probado que los disparos se cometieron con el fin de intimidar a una persona o grupo de personas en razón de su raza. Luego de que Apprendi se declarara culpable por los disparos –no por el odio racial– el fiscal planteó un pedido de incremento de la pena y el juez consideró probado que el tiroteo estuvo motivado por la raza de las víctimas. En consecuencia, condenó a Apprendi a una pena de 12 años de prisión. El condenado interpuso recurso manifestando que la cláusula constitucional del debido proceso exigía que el prejuicio racial

15. Sobre este punto, ver Harfuch, Andrés, *El Juicio por jurados en la provincia de Buenos Aires. Ley provincial 14543 anotada y comentada. El modelo de jurado clásico*, op. cit., p. 128.

debía ser probado, *más allá de toda duda razonable*, ante un jurado. Finalmente la Corte Suprema de Justicia falló a su favor. En este caso la Corte estableció que, con excepción del hecho de una condena anterior, cualquier hecho que incremente la pena por un delito más allá del máximo legal prescrito debe ser sometida a un jurado y probado por sobre toda duda razonable. Citó además jurisprudencia anterior que apoyaba esta visión, y entre algunos de los fundamentos que mencionó, cabe destacar los siguientes:

La cláusula del debido proceso legal de la 5ª Enmienda y las garantías de notificación de los cargos y del juicio por jurados de la 6ª Enmienda requieren que todo hecho –que no sea un hecho establecido por una condena anterior– que tenga como consecuencia incrementar el máximo de pena por un delito, debe ser:

1. incluido en un requerimiento acusatorio;
2. sometido a un jurado; y
3. probado más allá de toda duda razonable.¹⁶

Es inconstitucional que una legislatura remueva del jurado la determinación de los hechos que incrementan la escala legal de la pena a la que se expone al imputado de un delito. Está igualmente claro que tales hechos deben ser establecidos por pruebas que superen toda duda razonable.¹⁷

El derecho al debido proceso legal de la 14ª Enmienda, visto en conjunto con el derecho al juicio por jurados de la 6ª Enmienda, otorgan al imputado un derecho a obtener la determinación por un jurado de su culpabilidad, más allá de una duda razonable, respecto de cada uno de los elementos del delito que se le atribuye.¹⁸

Un esquema estadual que mantenga fuera del alcance del jurado hechos que expongan al imputado a una pena mayor o adicional podría dar lugar a serias objeciones constitucionales.¹⁹

16. Citando el fallo “Jones v. United States”, 526 US 227.

17. Ídem.

18. “Winship”, 397 US 358, 364.

19. “McMillan v. Pennsylvania”, 477 US 79.

- “Blakely vs. Washington”: Blakely llegó a un acuerdo de culpabilidad con el fiscal para evitar llegar a un juicio oral. Se declaró culpable del secuestro de su exesposa. Los hechos conforme a su declaración eran suficientes para aplicarle una pena máxima de 53 meses de prisión, pero el juez impuso una sentencia de 90 meses al determinar que Blakely había actuado con *deliberada crueldad* (es una de las razones contempladas en la ley para apartarse de la escala punitiva original). El condenado interpuso recurso afirmando que el procedimiento de medición de la pena lo privó de su derecho constitucional federal a que fuera un jurado el que determinara, por sobre una duda razonable, todos los hechos legalmente esenciales en que se funda la pena.

En este caso, la Corte Suprema de Estados Unidos estableció que desde que los hechos que sustentan la condena excepcional que recayó en contra de Blakely no fueron ni admitidos por él, ni determinados por un jurado popular, la pena impuesta violaba su derecho a un juicio por jurados de la 6ª Enmienda. Aquí volvieron a aplicar la regla establecida en “Apprendi”, por la cual todo hecho que incremente la pena debe ser probado por un jurado popular.

En ese mismo sentido, ofreció algunos argumentos en favor de lo sentenciado en “Apprendi”:

La verdad de cada acusación contra el imputado debe luego ser confirmada por el sufragio unánime de doce de sus iguales y vecinos.

Cuando un juez inflige una pena que no surge del veredicto del jurado, quiere decir que el jurado no ha determinado todos los hechos que la ley señala como esenciales para fundar la pena, y el juez se excede en su autoridad legítima.

“Apprendi” hace cumplir este modelo, asegurando que la autoridad del juez para aplicar una pena derive totalmente del veredicto del jurado. Sin esta restricción, el jurado no podría ejercer el control que los Constituyentes quisieron.

En conclusión, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos ha definido que en la audiencia de determinación de la pena, no podrán establecerse circunstancias fácticas que la acusación no hubiera presentado como agravantes del delito y que los jurados hayan

tenido como ciertos. No podrá alterarse el veredicto del jurado en su base fáctica y jurídica.

La importancia de la decisión del jurado radica en la deliberación y veredicto del conjunto de doce personas extraídas de múltiples grupos de la sociedad, con intereses y pensamientos distintos, pero que probablemente estén mucho más próximos a la realidad cotidiana de los imputados que los propios jueces profesionales. Estas condiciones de los jurados contribuyen directamente a la determinación de los hechos porque las experiencias de vida, los puntos de vista y las actitudes configuran cómo la gente evalúa las disputas legales.²⁰

VENTAJAS DE LA DIVISIÓN DEL DEBATE

A lo largo del texto se han mencionado algunas de las ventajas de la separación del debate en dos fases, principalmente las tendientes a reducir los márgenes de discrecionalidad de los jueces al momento de ponderar la pena. Existen otras ventajas que deben ser señaladas por su importancia en el marco del desarrollo del juicio oral, entre ellas:

- Se crea un espacio concreto para presentar prueba sobre los agravantes y atenuantes que permiten determinar la pena. Las partes pueden presentar todas las pruebas que consideren pertinentes conforme a lo regulado en el artículo 41 del Código Penal, ofreciendo al juez la visión que debe tener sobre cada una de ellas.
- La discusión sobre la pena se lleva a cabo en el marco de una audiencia frente al juez, con contradicción, publicidad e inmediación, extendiéndose los principios del proceso penal acusatorio a la etapa de la determinación de la pena.
- La pena será ponderada en relación con la determinación fáctica y jurídica establecida por el jurado en la primera etapa del debate, que funcionara como un límite para la discrecionalidad judicial y a la posibilidad de que las partes incorporen agravantes o atenuantes no valoradas en el veredicto.

20. Ver Hans, Valerie P. y Gastil, John, *El Juicio por Jurados. Investigaciones sobre la deliberación, el veredicto y la democracia*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2016, citando a Norman Finkel, p. 25.

- En el caso de que la defensa tenga como teoría del caso *la no culpabilidad* del imputado, no será necesario que presente prueba para la determinación de la pena, como sucede actualmente. Podrá trabajar efectivamente sobre esta teoría sin generar contradicciones en las pruebas que presenta para determinar la pena y su teoría de no culpabilidad.
- Se garantiza el respeto del principio de mínima lesividad del proceso, ya que el Estado sólo se inmiscuirá en la vida privada de la persona cuando sea necesario para poder determinar la pena, luego de una declaración de culpabilidad que habilite la discusión sobre cuestiones personales y socioeconómicas.
- Se promueve la ampliación del concepto de determinación judicial de la pena, a partir de la posibilidad que tienen las partes de incorporar discusiones referidas al cumplimiento de la ejecución y tratamiento del condenado.

Todas estas cuestiones y ventajas que se desprenden de la regulación del juicio bifásico inciden en que la pena sea definida bajo parámetros objetivos y sobre centralidad en el marco de cualquier caso penal.

CONCLUSIONES

Este breve abordaje del tema deja muchos interrogantes abiertos que deben ser desarrollados con mayor profundidad. No sólo en lo relativo a la audiencia de determinación de la pena, sino al desarrollo del juicio por jurados, que modifica la lógica del Poder Judicial y su vinculación con la sociedad.

Como se habrá de notar en todo el texto, adhiero a que la audiencia de determinación de la pena propone una nueva forma de pensar la problemática actual de la individualización de la sanción y del diseño del tratamiento del condenado. Es necesario comenzar a discutir algunas cuestiones de las prácticas y de la legislación vigente, que desapodera al juez del debate de estipular cuestiones esenciales del cumplimiento de la condena y las deja en manos del servicio penitenciario.

La administración debe ser un auxiliar que trabaje en función de cumplir con la pena encomendada judicialmente. Esta definición judicial deberá hacerse cargo de obtener información de calidad respecto

de las características del condenado, sea a través de la información que otorguen las partes o de la creación de algún organismo interdisciplinario que pueda recabar información sobre la persona condenada.

Quizás parezca ingenua (pero lejos está de querer serlo) la propuesta de ampliación del concepto de determinación judicial de la pena. Sólo pretendo generar algunas ideas sobre las posibles discusiones que podrían darse en el marco de esta audiencia, producto del veredicto de culpabilidad de un jurado ciudadano.

La pena que estructura todos los cimientos del Derecho Penal y Procesal Penal parece perder valor al momento en que una persona es declarada culpable, olvidando la necesidad de intentar al menos establecer una sanción justa y adecuada al caso concreto. Si es que podemos hablar de penas justas, esa es mi mayor incertidumbre.

EL JUICIO POR JURADOS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN Y DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Por Alejandra Alliaud* y Miguel Kessler**

INTRODUCCIÓN

La necesidad de ser juzgado por los pares¹ aparece contemplada en muchas de las democracias modernas, y en el mismo sentido se manifestó el constituyente originario en nuestro país, a través de tres cláusulas constitucionales que prevén el jurado como un derecho, como una obligación de los legisladores y como el modo de finalizar los juicios criminales (arts. 24, 75 inc. 22, y 108 de la Constitución Nacional, respectivamente).²

Sin embargo, la coyuntura sociopolítica de alguna manera hizo que el sistema a nivel federal no se pusiera nunca en marcha, atendiendo a diversas objeciones: que el ciudadano común no puede desarrollar esa tarea, que no tiene cultura cívica, que la cuestión penal no es para legos, que el jurado juzga con el corazón y no con la razón, que es fácilmente influenciado por los medios de comunicación y por el poder económico, que en nuestro país no tiene el mismo significado que en los EE. UU., que es un sistema costoso, que los jurados no pueden decidir sobre materias complejas, que los veredictos no fundamentados atentan contra el prin-

* Fiscal del Departamento Judicial San Martín, provincia de Buenos Aires, docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

** Fiscal de primera instancia del fuero Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

1. Ver Hendler, Edmundo, *El juicio por jurados. Significado, genealogía e incógnitas*, Buenos Aires, Del Puerto, 2006.

2. Cfr. Hendler, Edmundo S. y Cavallero, Ricardo, *Justicia y participación. Juicio por jurados en materia penal*, Buenos Aires, Universidad, 1988.

cipio republicano de gobierno, entre muchas otras, que en la Argentina el juicio por jurados no tiene el valor simbólico que tiene en EE. UU., y que es un mecanismo muy costoso que no se puede afrontar.³

Debe recordarse aquí que la reforma constitucional de 1994 habría permitido (salvo en lo tocante al art. 24 de la Constitución Nacional) modificar o suprimir el mandato a los legisladores y a los jueces; sin embargo no se hizo.

Por ese motivo es que resulta interesante rescatar lo que la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN en adelante) ha interpretado a lo largo de nuestra vida democrática en torno a las normas constitucionales referidas al jurado, porque se ha referido a la obligación de los legisladores, en “Tieffemberg” y “Tribuna democrática” (1947), y también al jurado como un derecho, en el reconocido fallo “Casal” (2005).

También resulta curioso que, aunque no previsto constitucionalmente, hayan sido los legisladores de muchas de las provincias argentinas los que hayan recogido el guante del mandato constitucional y generaran para dentro de su soberanía leyes que permiten realizar aquello que el legislador nacional negó hasta la fecha.

En ese sentido, se ha sostenido que

La disposición de la Constitución Argentina ha atribuido al Congreso federal el establecimiento de juicio por jurados, en lo que constituiría una excepción a las atribuciones provinciales en materia de administración de justicia. Así, la ley del Congreso debería establecer la organización del juicio por jurados, sus características, alcance e instrumentación dejando, no obstante, la aplicación de esa ley, a los Estados locales.⁴

Pero también se ha afirmado que

No obstante, la inconsistencia puede salvarse, ante los términos expresos del artículo 24 de la Constitución Nacional, distinguiendo, tal como se dijo más arriba, la creación del juicio por jurados con sus características salientes –atribución nítidamente federal– de la aplicación de esa ley por parte de las provincias. Ello exige, sin dudas, un trabajo de armonización entre las jurisdicciones federales y locales para delimitar competencias.

En otros términos, implicando el establecimiento del juicio por jurados

3. Ver Alliaud, Alejandra Mercedes, “El juicio por jurados y las provincias. El caso de Buenos Aires”, en *Revista Derecho Penal*, año I, N° 3, Ediciones Infojus, p. 25.

4. Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 6^a edición ampliada y actualizada, 2006, p. 315.

una modificación sustantiva en la administración de justicia penal –con la participación del pueblo en ella– y, tal como lo dispone la Constitución Nacional, debe ser el Congreso de la Nación quien lo instituya.⁵

Para este trabajo se ha escogido la experiencia en la provincia de Buenos Aires, que a través de la interpretación que el Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires (de ahora en adelante TCBA) ha hecho de la Ley de Jurados, permite tener al alcance del lector la posición de la jurisprudencia sobre cuestiones tan actuales como la contaminación del veredicto del jurado, la imposibilidad de recurrir el fallo absolutorio del jurado, el concepto de más allá de toda duda razonable, etcétera.

Por eso, el objeto de este trabajo será acercar al lector la posición que la CSJN y el TCBA han sostenido respecto de diversas cuestiones atinentes al juicio con jurados, porque creemos que la instauración del juicio por jurados depende en gran medida de la actitud positiva de los operadores del sistema de justicia, y por eso es necesario conocer lo que ya se ha resuelto sobre el tema.

EL JURADO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CSJN

Antes de adentrarnos en la doctrina de la CSJN, conviene hacer un breve relato histórico de los antecedentes constitucionales sobre los que basa sus argumentos el más Alto Tribunal de la Nación a la hora de fijar su posición respecto a la implementación del juicio por jurados.

Los historiadores destacan que la institución del jurado popular en materia criminal tiene en el siglo XIX un atractivo ideológico innegable, pero durante la primera mitad, con ideas poco claras, con un conocimiento imperfecto del sistema, que confunde muchas veces en las provincias del interior los motivos doctrinarios con la necesidad de resolver el problema de hecho de la escasez o de la falta lisa y llana de letrados.⁶

5. *Ibíd.*, pp. 315-316. En este punto, sostiene Gelli que esa fue la opinión que prevaleció en la Reunión de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Senado de la Nación del 22 de diciembre de 2004.

6. Tau Anzoátegui, Víctor, *La administración de justicia en las provincias argentinas (1820-1853). Planteo preliminar para su estudio*, Capítulo IV: “Jueces legos y jueces letrados”, pp. 239-249, en *Revista de Historia del Derecho* 1, Buenos Aires, 1973.

En cuanto a los antecedentes preconstitucionales, los proyectos que se elaboran con motivo de la Asamblea General Constituyente de 1813 ya mencionan al jurado.⁷

De hecho, Levaggi desarrolla detalladamente en ese artículo todos y cada uno de los proyectos de juicio por jurados que se intentaron consagrar en los esbozos constitucionales que se desarrollaron por aquellos años.

En un rápido repaso, tenemos el del proyecto constitucional, redactado por una comisión especial designada por el Segundo Triunvirato (de 1813), capítulo XXI, artículo 22, y en el Proyecto de Constitución de la Sociedad Patriótica para las Provincias Unidas del Río de la Plata, de 1813, artículo 175, se establecía que “el juicio criminal se establecerá por jurados”.

La Constitución de 1819 en su artículo CXIV disponía que “el cuerpo legislativo cuidará de preparar y poner en planta el establecimiento de juicios por jurados, en cuanto lo permitan las circunstancias”, y una norma idéntica establecía el artículo 164 de la Constitución de 1826.

Hacia 1828, Manuel Dorrego encargó al jurista francés Bellemare la confección de un “plan general de organización judicial para Buenos Aires”, que preveía el juicio por jurados y, a decir de Levaggi, fue “la tentativa más ambiciosa que se hizo para introducir el jurado en la administración de justicia local”,⁸ pero no llegó a aprobarse.

Otro texto que se refiere al jurado es el proyecto de Constitución para la provincia de Buenos Aires de 1833, redactado por Mateo Vidal, Diego Alcorta y Justo García Valdez, que si bien no obtiene sanción, en su artículo 128 decía que la Legislatura establecerá en oportunidad el juicio por jurados.

También aquellas manifestaciones denominadas “el jurado de imprenta y el jurado de abigeato”, también mencionadas por Levaggi en su opúsculo, pero que en realidad eran magistraturas iletradas.

Ya en la época constitucional, con la sanción de nuestra Carta Magna, además de promover iniciativas de carácter legislativo en mate-

7. Levaggi, Abelardo; “El juicio por jurados en la Argentina durante el siglo XIX”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos de la Universidad Católica de Valparaíso*, T. VII, 1982, pp. 175 a 218.

8. Ídem.

ria de juicio por jurados se produce una gran difusión del tema, tanto para el estudio como para su reflexión y análisis.

En esa misma época tiene lugar también la clásica discusión que viene con toda reforma, esto es, que al análisis teórico del instituto y su posible aplicación se contraponen a la realidad, la experiencia y las prácticas forenses aplicadas hasta ese momento en la resolución de los casos judiciales.

Al respecto, Levaggi destaca que

... la mayoría no quiere improvisar, dejarse arrastrar por la tentación que significan las fórmulas mágicas –como la del jurado, de impredecibles consecuencias–. Es así que al impulso de la razón se le suele oponer el freno de la experiencia.⁹

Ahora bien, las tres cláusulas constitucionales que aluden al juicio por jurados, y que constituían un motivo de honda preocupación para los convencionales constituyentes, son, por un lado, la del artículo 24, que reza: “el Congreso promoverá el juicio por jurados”. Desde ya, cabe señalar que dicha fórmula normativa plantea un objetivo a futuro. Por otro lado, el actual artículo 75, inciso 12 (antes art. 67, inc. 11) establece que al Congreso corresponde dictar leyes generales para toda la Nación, “y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados”. Finalmente, el artículo 118 (antes art. 102) indica que los “juicios criminales ordinarios se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución”.

Dicho ello, queda claro que todas esas referencias al juicio por jurados son para el futuro, o simplemente condicionales, sin fijar plazo alguno. De hecho, en su comentario al artículo 24, María Angélica Gelli dice que dicho mandato “nunca fue cumplido en la República Argentina configurando una inconstitucionalidad por omisión legislativa”;¹⁰ sin embargo, esta fue ratificada por la Convención Constituyente de 1994, por lo cual la obligación de instituir la por parte del Congreso se mantiene en pie.

9. Ídem.

10. Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 6^{ta} edición ampliada y actualizada, 2006, pp. 314-315.

Ahora bien, como esta obligación todavía existe, esta promesa marcó el devenir jurisprudencial de nuestro Máximo Tribunal en los precedentes que procederemos a analizar.

1. El primer fallo que debemos analizar es “Ministerio Fiscal c/ Director del Diario La Fronda s/ Desacato”.¹¹

Hechos: El Sr. Agente Fiscal en lo Criminal de la Capital de la Nación promueve querrela por desacato en la persona del Sr. Juez de Comercio, Dr. Antonio Amuchástegui, contra el director del diario “La Fronda” o contra el que resulte autor de un artículo publicado en él, cuyos términos considera injuriosos para dicho magistrado.

Por su parte, el Dr. Francisco Uriburu, en su carácter de director de dicho diario, interpuso una excepción por falta de jurisdicción por parte del juzgado correccional interviniente sobre la base de que los delitos cometidos por medio de la prensa son de competencia exclusiva y excluyente del juicio por jurados, y de algún modo el juez estaría violando lo dispuesto por los artículos 24, 32 67 y 102 de la CN.

Ante ello, el juez *a quo* destaca que un caso similar y anterior ha sido resuelto por la Suprema Corte de Justicia rechazando dicha excepción y declarando, por ende, la competencia de la justicia local para el conocimiento de un delito cometido por medio de la prensa.

En efecto, en aquel otro expediente, en una acción promovida por “Vicente Loveira contra el Director de *La Argentina*, Eduardo Mulhalls/ injurias y calumnias”,¹² el Superior Tribunal dijo que, en lo que hace al fondo, los artículos 24, 67 y 102 de la Constitución Nacional no han impuesto al Congreso el deber de proceder inmediatamente al establecimiento del juicio por jurados, al igual que el primero no le impuso términos perentorios para la reforma de la legislación.

Y agregó que en otro orden de ideas, de los propios términos del artículo 102 de la Constitución se desprende que la creación del jurado no es obligatoria en la Capital, pues aquel se limita a establecer: “Todos los juicios criminales ordinarios que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados, se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esa institución”.

11. CSJN Fallos: 165:258, del 22 de marzo de 1932.

12. CSJN Fallos: 115:92 y 153:195.

2. En el fallo “Tieffemberg, David”,¹³ la doctrina sostenida por la Corte expresó:

... la justicia constitucional que no habiendo impuesto la CN al Congreso la obligación de proceder al inmediato establecimiento del juicio por jurados, aquel ha podido conferir a los tribunales de la C. Federal competencia para conocer en los delitos de desacato cometidos por medio de los diarios.

3. En el fallo “Tribuna Demócrata”,¹⁴ la doctrina de la CSJN resulta similar a la de sus precedentes en cuanto a que la CN no ha impuesto al Congreso la obligación de proceder de inmediato al establecimiento del juicio por jurados; aquel, como legislatura local, hubiera podido conferir jurisdicción a los tribunales del fuero común de la Capital, los cuales son competentes a ese efecto (CSJN “Ministerio Fiscal c/ La Fronda”, Fallos: 165:258; CSJN, “Tribuna Demócrata c/ Tieffemberg, David”, Fallos: 208:21 y 225).

La disposición contenida en el artículo 102 (hoy 118) de la Constitución Nacional referida al juicio por jurados tiene como requisito previo que dicha institución sea establecida. Trátase de cláusulas programáticas (Cámara Nacional en lo Penal Económico, Sala III, LL 1991-B-422 y DJ 1991-2-73). La Constitución Nacional no ha fijado el plazo para que el Poder Legislativo regule el juicio por jurados a que alude en sus artículos 24, 67, inciso 11 (hoy 75, inc. 12) y 102 (hoy 118), y por lo tanto deja a criterio de los legisladores la determinación de la época en que debe ser establecido ese instituto (Cámara Nacional en lo Penal Económico, Sala II, LL 1991-E-216).

4. Finalmente, el fallo “Casal”,¹⁵ que plantea la tensión que pudiera existir a partir de que el jurado no requiere, al dictar su veredicto, el fundamento de ello y, por ende, así también le estaría vedada la posibilidad de la doble instancia.

Hechos: El autor había sido condenado en un juicio oral por robo calificado. El recurso de apelación que interpuso fue impugnando la calificación legal por cuanto al alegar sobre la prueba rendida, esta no permitía acreditar el uso de arma. Dicho recurso fue denegado por la Cámara Na-

13. CSJN Fallos: 208:225, del 25 de agosto de 1947.

14. CSJN Fallos: 208:21, del 9 de junio de 1947.

15. CSJN, Fallos: 328:3399, del 20 de septiembre de 2005.

cional de Casación Penal en base al criterio de que las cuestiones de hecho y valoración de la prueba resultan ajenas al control casatorio.

Sin embargo, la CSJN revocó esa sentencia y estableció que ese criterio coartaba la garantía de la doble instancia que instituye la Convención Americana de Derechos Humanos. Explicó además que para respetar ese principio, “el tribunal de casación debe agotar el esfuerzo por revisar todo lo que pueda revisar, o sea, por agotar la revisión de lo revisable”, acogiendo así la teoría alemana del “agotamiento de la capacidad de revisión”. O, dicho de manera textual: “a tal efecto ha de interpretarse el recurso de casación penal con la mayor amplitud que el régimen procesal vigente permite, o sea admitiendo la revisión integral de la sentencia recurrida” (art. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Humanos).

Y, en línea con la doctrina de la Corte Interamericana en el caso “Herrera Ulloa c/ Costa Rica”, indicó que la interpretación de la ley procesal debe permitir:

... una revisión amplia de la sentencia, todo lo extensa que sea posible al máximo esfuerzo de revisión de los jueces de casación, conforme a las posibilidades y constancias de cada caso particular y sin magnificar las cuestiones reservadas a la inmediación, sólo inevitables por imperio de la oralidad conforme a la naturaleza de las cosas.

Sobre la necesidad de la debida fundamentación de las resoluciones judiciales, ha dicho la Excelentísima Corte Suprema de la Nación: “La condición necesaria para que las circunstancias de hecho sean objeto de comprobación ante los jueces, no excusa la indiferencia de estos respecto de su objetiva verdad” (CSJN, Fallos: 238:550). “Es condición de validez de los fallos judiciales que ellos sean fundados y constituyan en consecuencia, derivación razonada del derecho vigente con aplicación a la circunstancias comprobadas de la causa” (CSJN, Fallos: 297:362). “Por su naturaleza todas las resoluciones judiciales deben estar fundadas en debida forma” (CSJN, Fallos: 312:185). “La exigencia de que los fallos judiciales tengan fundamentos serios reconoce raíz constitucional y tiene, como contenido concreto, el imperativo de que la decisión se conforme a la ley y a los principios propios de la doctrina y jurisprudencia vinculados con la especie a decidir” (CSJN, Fallos: 236:27). “Las sentencias que omiten considerar las cuestiones

oportunamente propuestas por las partes y conducentes para la decisión del juicio, carecen de fundamento suficiente y deben ser dejadas sin efecto” (CSJN, Fallos: 249:275).

En este orden de ideas, el juicio por jurado no admite la garantía de la doble instancia y por ende vulneraría la Convención Americana sobre los Derechos Humanos que forma parte de la Constitución Nacional, la cual otorga al imputado el derecho a recurrir la sentencia condenatoria a partir de su inclusión en el artículo 75, inciso 22, de la Ley Fundamental, y a la violación de la garantía de defensa en juicio, en atención a lo dispuesto en los artículos 18 y 33 de la Constitución Nacional, en tanto la negación de la garantía de la doble instancia implica una decisión arbitraria sancionada con nulidad.

En un análisis pormenorizado de la cuestión aquí planteada, el constitucionalista Hernán Gullco dice en un trabajo esclarecedor:

Es claro que la jurisprudencia reseñada muestra una clara tensión con el modelo clásico del jurado. Ello es así porque, al no brindar el jurado fundamentos de su decisión, sería imposible para un tribunal revisor de un veredicto condenatorio impuesto por el jurado determinar, conforme a la doctrina de los casos “Casal”, “Duarte”, “Herrera Ulloa” y “Mohamed” (el tribunal revisor debe “analizar las cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada”), si el jurado realizó una correcta evaluación de la prueba reunida en el juicio oral.¹⁶

Es una realidad que en aquellas legislaciones provinciales en las que se implementó el juicio por jurados el derecho a recurrir esté muy limitado. Se sostiene a favor de no extender la idea de que el jurado debe motivar su veredicto; es que, como institución, el jurado tiene una legitimidad popular similar a la de un cuerpo legisferante y además debe, en caso de ser condenatorio, asegurar que el veredicto sea unánime.

En este punto traigo a colación el voto del juez Sommer en el caso “González, José”, del 10 de diciembre de 2014, del Tribunal de Impugnación Penal de la provincia de Neuquén, mediante el cual examinó si la revisión prevista en la legislación provincial respecto del veredicto condenatorio del jurado era o no compatible con el derecho a la doble

16. Gullco, Hernán Víctor, “El juicio por jurados y el derecho al recurso”, disponible en: <http://www.revistaladi.com.ar/numero3-gullco/>

instancia del tribunal. A través del voto del juez Sommer, dijo lo siguiente sobre esta cuestión:

Como ya he señalado en otro precedente, la sentencia integradora de segundo grado que debe dictar esta Sala del Tribunal de Impugnación Provincial se construye de la misma manera que en los recursos interpuestos en los juicios realizados con jueces profesionales...

Y continúa el juez en su voto:

... en nuestra labor revisora del veredicto bajo el referido andarivel mediante la compulsu de la videofilmación del debate me conduce a desestimar dicha queja por cuanto concluyo en que tal decisorio no resulta arbitrario a la luz del referido estándar de duda razonable. Como ya he señalado en otro precedente, la sentencia integradora de segundo grado que debe dictar esta Sala del Tribunal de Impugnación Provincial se construye de la misma manera que en los recursos interpuestos en los juicios realizados con jueces profesionales. En tal inteligencia, destaco la obra de Andrés Harfuch (*El juicio por Jurados en la provincia de Buenos Aires*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2013, pp. 89-91) en cuanto sostiene que el recurso en el juicio por jurados no difiere en nada con el recurso en el juicio común, y que la diferencia se encuentra en la metodología de litigación y en su interposición. Afirma, que “para el jurista anglosajón, el veredicto del jurado carece de la más mínima importancia cuando se interpone un recurso contra la condena. ¿Cómo podría impugnarse el contenido de un veredicto del jurado, que debe permanecer necesariamente inmotivado por razones cruciales para la preservación del sistema? Lo que se impugna nunca es el veredicto. Jamás. Y este es uno de los principales errores culturales que, por traslación mecánica de la práctica de recurrir sentencias escritas de jueces profesionales, debemos despejar. El veredicto de culpabilidad del jurado es simplemente un juicio subjetivo de convicción que es consecuencia de dos “antecedentes necesarios”, como diría Julio Maier: las instrucciones del juez y el estándar de duda razonable. Se trata de dos estándares previos, objetivos y perfectamente controlables por las partes durante todo el juicio, y especialmente, por la defensa en el recurso de casación. Ambos, en conjunto, permiten recurrir con la máxima amplitud los hechos y el derecho. Lo que se recurre en un juicio por jurados, nuevamente, no es el veredicto: lo que se cuestiona directamente son las instrucciones del juez y el estándar probatorio de culpabilidad más allá de la duda razonable (la cantidad y calidad de prueba producida en el debate)” (Harfuch, Andrés, *op. cit.*, pp. 308/9). En tal labor revisora a la luz de los precedentes “Herrera Ulloa” de la CIDH y “Casal” de la CSJN, así como con los

artículos 8.2.h CADH y 14.5 PIDCP, se ha desarrollado la más amplia revisión de los hechos y del derecho con base en las instrucciones y el resultado del veredicto, amén del derecho y la pena aplicados luego por el juez profesional. Como primera cuestión, debo destacar que ello no significa la realización de un nuevo juicio sino la revisión de determinadas circunstancias que permitan ratificar o descartar que el jurado ha realizado su trabajo bajo condiciones razonables, y ponderar si conforme lo requerido por el recurrente el veredicto dictado no puede ser sostenido por la evidencia rendida en juicio.¹⁷

Ahora bien, dicho ello, Gullco vuelve sobre el análisis que debe hacer el tribunal revisor y destaca que

... el tribunal no debe resolver si el veredicto condenatorio del jurado es o no correcto sino si un “jurado razonable” podría haber condenado con base en la prueba producida en el juicio. Lo que, en cambio, sí resulta sorprendente es que el tribunal de Neuquén afirme que esa revisión sumamente limitada de lo resuelto por el jurado pueda ser compatible con la doctrina de la arbitrariedad de la CSN y, menos aún, con lo resuelto en los citados casos “Herrera Ulloa” y “Casal”. Como vimos, este intento de compatibilizar el juicio por jurados clásico con dicha jurisprudencia no parece ser posible ya que, respecto del jurado, el tribunal revisor sólo podría “adivinar” cuáles fueron los fundamentos utilizados por el jurado ya este no brinda fundamentos de su veredicto condenatorio.

El mismo autor señala por último que una orientación a los fines de zanjar la cuestión es lo resuelto por el Tribunal Constitucional Español en el caso “Otegui”, en el cual los ciudadanos que pueden participar en la administración de justicia mediante el instituto del jurado deberían asumir diferente nivel de exigencia de motivación de sentencias condenatorias y absolutorias, por lo que el legislador le ha impuesto al jurado un sistema por el cual tengan sus integrantes la exigencia, aun sucinta, de explicar las razones por las que han declarado o rechazado declarar determinados hechos como probados, conectado con la previsión constitucional de que

... las sentencias serán siempre motivadas (artículo 120.3 CE); de modo que “la falta de la sucinta explicación” a la que se refiere el artículo 61.1 d) LOTJ constituya una falta de la exigencia de motivación, proyectada al

17. Sentencia 128/2014 de la Sala del Tribunal de Impugnación en autos “González, José Sebastián” del 10/12/2014, disponible en: www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/fallos40446.pdf

Jurado, que impone el art. 120.3 CE y supone, en definitiva, la carencia de una de las garantías procesales.

La otra solución que propugna es la idea de tribunales o jurados mixtos o escabinados, donde haya jueces legos y técnicos como en Córdoba.¹⁸

En definitiva, como señala al final el voto del juez Sommer en el fallo antes mencionado:

... esta posibilidad recursiva constituye una derivación del principio constitucional de duda razonable al cual está obligatoriamente sujeto el juicio por jurados y enfatiza la total vinculación del juicio por jurados con la revisión amplia de los hechos en supuestos de sentencia condenatoria...¹⁹

EL JURADO EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES²⁰

La Ley N° 14543,²¹ recientemente sancionada en la provincia de Buenos Aires, incorpora al jurado como el encargado de juzgar todos los juicios criminales en los que pesen sobre los acusados delitos que prevean un máximo, en su escala penal, que supere los 15 años de prisión.²²

El jurado que se prevé es un jurado clásico, doce legos (más seis suplentes presentes desde el inicio del juicio), equilibrado en partes iguales entre hombres y mujeres,²³ y el modo de resolución es variable

18. Gullco, Hernán Víctor, “El juicio por jurados y el derecho al recurso”, disponible en: <http://www.revistaladi.com.ar/numero3-gullco/>

19. Sentencia 128/2014 de la Sala del Tribunal de Impugnación en autos “González, José Sebastián”, del 10/12/2014 www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/fallos40446.pdf

20. Ver por todos Schiavo, Nicolás, *El juicio por jurados. Análisis doctrinal y jurisprudencia*, Buenos Aires, Hammurabi, 2016.

21. Ver por todos, Harfuch, Andrés, *El juicio por jurados en la provincia de Buenos Aires. Ley provincial 14.543 anotada y comentada. El modelo de jurado clásico*, Buenos Aires, Hammurabi, 2016.

22. “Art. 22 bis.- El tribunal de jurados conocerá en los delitos cuya pena máxima en abstracto exceda de quince (15) años de prisión o reclusión o, tratándose de un concurso de delitos, alguno de ellos supere dicho monto”.

23. “Art. 338 *quater*, punto 6: Integración plural: El jurado deberá quedar integrado, incluyendo los suplentes, por hombres y mujeres en partes iguales”. Esta concepción, a nuestro criterio, presenta dos problemas. Por un lado pretende un intento de pluralidad que no se registra ni siquiera en los países donde se viene resolviendo con jurados desde hace años, en donde la idea es la integración plural, pero no a rajatabla. Piénsese, por ejemplo, en que se enferman tres jurados varones a lo largo del juicio,

según el tipo de delito del que se trate; va desde la unanimidad hasta mayorías diferenciadas.²⁴

A la fecha de publicación de este artículo, el área de estadísticas de la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires informaba que se desarrollaron 58 juicios con jurados en toda la provincia de Buenos Aires entre febrero y diciembre de 2016,²⁵ al tiempo que surge de los datos de la Procuración de la provincia de Buenos Aires que de los juicios con jurados desarrollados entre 2015 y 2016, el 56% terminaron en condenas, por lo que resulta ilustrativo el desagregado realizado por el Departamento Judicial (que puede verse en el cuadro que sigue), porque permite visualizar, además, el modo en el que los operadores judiciales llevan a cabo su tarea teniendo presente que todos los delitos cuya pena exceda los 15 años de prisión deben ir a jurados, salvo expresa renuncia del imputado, situación que permite comprender por qué en algunos departamentos judiciales ubicados en el conurbano a lo largo de un año sólo se haya efectuado un juicio con jurados, y que en otros departamentos judiciales (como Dolores) en dos años no haya habido ni siquiera uno.

y al ser reemplazados por los suplentes, aun de haber sido sorteados hombre, mujer, ciertamente al componerse los 12 jurados la proporción hombre mujer va a quedar desequilibrada. ¿Cuál sería la solución en ese caso? ¿Saltar el orden de suplencia de los jurados? La segunda cuestión que el legislador parece no tener en cuenta es aquello atinente a la cuestión”.

24. “Art. 371 *quater*. Veredicto:

1. El veredicto deberá versar, respecto de cada hecho y de cada acusado, sobre lo atiente a:

a) La existencia del hecho en que se sustenta la acusación.

b) La eventual participación del o de los imputados en el mismo.

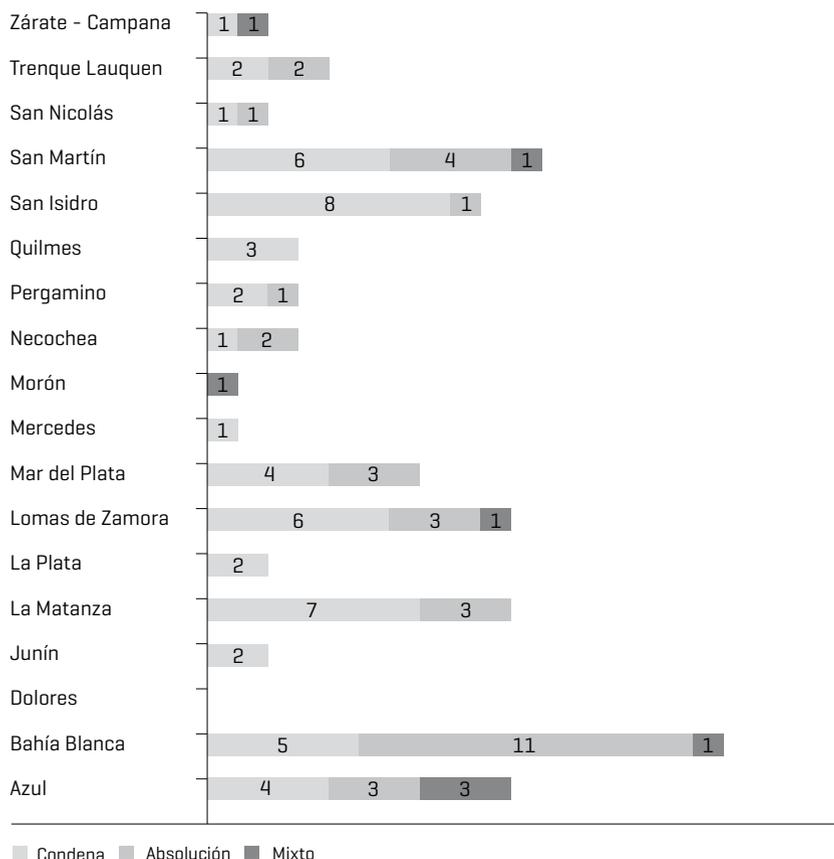
El veredicto de culpabilidad requerirá como mínimo de diez (10) votos afirmativos sobre las cuestiones planteadas. Si el delito por el que fuera calificado legalmente el hecho en que se sustenta la acusación tuviera prevista pena de prisión o reclusión perpetua, se requerirá unanimidad de votos afirmativos.

Si se resolviera negativamente la primera cuestión, no se tratará la segunda.

Salvo lo dispuesto en el apartado 2), la sesión terminará cuando se obtenga un veredicto de culpabilidad, de no culpabilidad o de no culpabilidad por razones de inimputabilidad, los que no podrán incluir ningún otro aditamento o aclaración, y el formulario final será confeccionado, firmado y datado por el presidente en presencia de todo el jurado”.

25. Conf. <http://www.scba.gov.ar/juiciosporjurados/archivos/JuiciosRealizados.pdf>

► Juicio por jurados 2015 - 2016



Fuente: <http://cec.mpba.gov.ar/noticias/jurados-en-la-provincia-de-buenos-aires>

Son varias las hipótesis que pueden llevar a los resultados que se muestran en el cuadro. Una de ellas es que, por alguna razón, los imputados ciertamente no deseen ser juzgados por sus pares, y otra, que los operadores judiciales no queramos someternos a la visibilidad de un juicio con jurados.

No tenemos elementos, ni es el objeto de este trabajo, que nos permitan dirimir cuál es la razón de ese fenómeno, pero lo cierto es que aparece como una muy baja proporción, teniendo en cuenta la canti-

dad de juicios (por delitos cuya pena excede los 15 años de prisión en abstracto) que se llevan a cabo a lo largo de un año en cada uno de los departamentos judiciales de la provincia.

A pesar de esto, lo que se observa en el Tribunal de Casación de la provincia de Buenos Aires dista mucho de ser desalentador, en tanto este no sólo ha confirmado la legitimidad del sistema a través de sus fallos, sino que ha profundizado en muchas de las problemáticas propias del jurado, conforme se analizará en el acápite que sigue.

EL TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES [TCBA] Y EL JUICIO CON JURADOS

El Tribunal de Casación de la provincia de Buenos Aires tiene expresa competencia para revisar las sentencias condenatorias²⁶ dictadas luego de un veredicto de culpabilidad emitido por jurados²⁷ a través de la revisión como de la casación.

26. “Art. 450. Resoluciones recurribles. Además de los casos especialmente previstos, podrá deducirse el recurso de casación contra las sentencias condenatorias dictadas en juicio por jurados y contra las sentencias definitivas de juicio oral, juicio abreviado y directísimo en lo Criminal, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 417 del C.P.P.

Asimismo, podrá deducirse respecto de los autos dictados por la cámara de Apelación y Garantías en lo Penal revocatorios de los de primera instancia siempre que pongan fin a la acción, a la pena, o a una medida de seguridad o corrección, o imposibiliten que continúen; o denieguen la extinción o suspensión de la pena o el pedido de sobreseimiento en el caso de que se haya sostenido la extinción de la acción penal. También podrá deducirse respecto de los autos dictados por la cámara de Apelación y Garantías en lo Penal cuando denieguen la libertad personal, incluso en la etapa de ejecución”.

27. “Art. 20. El tribunal de Casación de la Provincia. El tribunal de Casación Penal de la Provincia conocerá:

1. En el recurso de casación que se interponga contra las sentencias de juicio oral, juicio abreviado y directísimo en materia criminal.
 2. En la acción de revisión de sentencias de juicio oral, juicio abreviado y directísimo en materia criminal.
 3. En el recurso de casación y la acción de revisión contra sentencias condenatorias dictadas en el procedimiento de juicio por jurados.
 4. En las cuestiones de competencia que se mencionan en este código.
- Se integrará con un (1) solo juez para los casos previstos en el inciso 4)”.

Lo que en modo alguno puede revisarse son los veredictos de no culpabilidad emitidos por los jurados.²⁸

Justamente, esa fue de las cuestiones tratadas por el TCBA en uno de los primeros fallos dictados en torno al jurado.

El TCBA también tuvo oportunidad de expresarse respecto de otras cuestiones de igual modo importantes en la sinergia propia del jurado: la contaminación de los jurados con el caso, el peligro de perjuicio indebido, qué sucede con los testigos que son comunes a las partes y cómo deben ser interrogados, el concepto de “jurado estancado”, el concepto de “más allá de toda duda razonable”, y la audiencia del *voir dire*.

LA IMPOSIBILIDAD DE REVISAR UN VEREDICTO DE NO CULPABILIDAD

EL TCBA, con base en jurisprudencia inconvencional de la CSJN “Arce” de 1997, sostuvo que el Ministerio Público no tiene un derecho al recurso y, además, agregó que tratándose de un veredicto de no culpabilidad dictado por jurados, es imposible la revisión de tal resolutorio porque lo contrario llevaría a desconocer la fuerza de la decisión del pueblo.

Se trata del fallo dictado el 4 de febrero de 2016 por la Sala VI del TCBA en causa N° 71912 “López, Mauro Gabriel s/ recurso de queja (art. 433 del CPP) interpuesto por agente fiscal”.²⁹

Con el primer voto del Juez Maidana, en ese fallo se afirmó que

28. “Art. 452. Recurso del Ministerio Público Fiscal. El Ministerio Público Fiscal podrá recurrir: (...)

De la sentencia absolutoria, cuando haya pedido la condena del imputado.

De la sentencia condenatoria, cuando se haya impuesto una pena privativa de la libertad inferior a la mitad de la requerida.

Del sobreseimiento.

En los supuestos de los artículos 448 y 449.

En el procedimiento de juicio por jurados, el Ministerio Público Fiscal carece de legitimación para recurrir”.

29. Sala VI, 04/02/2016, causa N° 71912, “López, Mauro Gabriel s/recurso de queja (art. 433 del CPP) interpuesto por agente fiscal”, disponible en: <http://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=132639>

Con la instauración del juicio por jurados en la provincia de Buenos Aires, el legislador local ha decidido obturar la posibilidad de recurrir el veredicto absolutorio (arts. 20, inc. 3, 371 *quater*, inc. 7 *in fine*, 450 y 452 *in fine*, CPP).

Se trata de una decisión legislativa que se apoya en la naturaleza que ostenta el enjuiciamiento por jurados populares. El jurado, políticamente, no es otra cosa que la exigencia –a efectos de tornar posible la coerción estatal (la pena)– de lograr la aquiescencia de un número de ciudadanos mínimo, que simboliza, de la mejor manera posible en nuestra sociedad de masas, política y no estadísticamente, la opinión popular (cfr. Maier, DPP cit., T. I, 2004, p. 787); motivo por el cual, la absolución del jurado impide la utilización de la herramienta recursiva, cualquiera que sea la valoración del veredicto: justo o injusto frente a la ley (cfr. Maier, DPP cit., T. I, p. 634).

En otros términos: el jurado es expresión de la soberanía del pueblo, cuya voluntad no puede ser cercenada por alguno de los poderes del Estado; luego, sería lo mismo que exista algún mecanismo legislativo que busque torcer el resultado de una elección de autoridades, lo cual es inadmisibile.

Ello no violenta el debido proceso en tanto que esta garantía, como reiteradamente lo ha expuesto la Corte Federal, sólo exige que el litigante sea oído con las formalidades legales y no depende del número de instancias que las leyes procesales, reglamentándola, establezcan según la naturaleza de las causas (CSJN, Fallos: 126:114; 127:167; 155:96; 223:430; 231:432; 289:95; e/o.); regla que ha quedado limitada por la reforma constitucional de 1994 que consagra expresamente el derecho del inculpado de “recurrir del fallo ante juez o tribunal superior” (art. 8.2.h, CADH; ídem, 14.5, PIDCP), de suerte que “...es voluntad del constituyente rodear a este sujeto de mayores garantías sin que sea posible concluir que esta diferencia vulnere la Carta Magna, pues es una norma con jerarquía constitucional la que dispone tal tratamiento” (por todo, cfr. *in re* “Arce”, considerando 8° del voto mayoritario).

De igual manera se expidió la Sala I del TCBA muy poco tiempo después en “Antonacci, Kevin Gustavo s/ Recurso de Queja interpuesto por Agente Fiscal (art. 433 C.P.P.)”.³⁰

Esta afirmación reiterada del TCBA no sólo convalida la constitucionalidad de la norma procesal que determina la imposibilidad de revisar tal veredicto, sino que además abraza el principio que rige desde

30. Disponible en: <http://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=134467>

los primeros tiempos³¹ a la noción de soberanía popular y participación de la ciudadanía en la administración de justicia.³²

SOBRE ALGUNAS REGLAS PARA OBTENER INFORMACIÓN EN EL JUICIO

Justamente, en el último fallo que comentamos (“Antonacci”),³³ el TCBA tuvo oportunidad también de referirse al modo en el que las partes pueden obtener información a lo largo del juicio.

Conocido es que en el sistema anglosajón existen reglas de evidencia que permiten a las partes obtener información de calidad, evitando así perjuicio indebido que pueda contaminar la decisión de los jurados.

Sería imposible comentar aquí todas esas reglas, partiendo de la base de que existen tantas reglas de evidencia como estados en los Estados Unidos, aunque podemos tomar como base las *Federal Rules of Evidence*,³⁴ que rigen, con algunas modificaciones posteriores, desde 1975 para todos los procesos federales.

Entre esas reglas hallamos algunas de suma importancia, como las atinentes a las pruebas de referencia, a la necesidad de evitar el perjuicio indebido, a la posibilidad de conocimiento judicial en determinadas situaciones, a la impugnación de testigos, a sobre qué puede prestar declaración un testigo, entre tantas otras.

En el fallo que comentamos, el TCBA tuvo oportunidad de referirse al modo en que deben ser interrogados los testigos de acuerdo a las reglas de litigación,³⁵ en tanto si se trata de testigos comunes a ambas

31. Ver Hendler, Edmundo; “Jury Trials in Argentina (2005), Implementing jury trials in Argentina: Is it possible?”. *Paper* presentado en la 2005 Annual Meeting of Law and Society Association (3 de junio de 2005, Las Vegas, Nevada, U.S.A.), disponible en: http://www.catedrahendler.org/doctrina_in.php?id=31

32. Ver por todos: Toledo, Alejandro C. y Conti Gomez, María Eva, “La democratización de la administración de justicia”, disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/42334-juicio-jurados-democratizacion-administracion-justicia>

33. Sala I, 11/05/2016, Causa N° 75.466, “Antonacci, Kevin Gustavo s/ Recurso de Queja interpuesto por Agente Fiscal (Art. 433 C.P.P.)”, disponible en: <http://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=134467>

34. Pueden consultarse en: <https://www.law.cornell.edu/rules/fre>

35. En tal sentido, puede consultarse Rua, Gonzalo, *Contraexamen de testigos*, Buenos Aires, Didot, 2014; y, del mismo autor, *Examen directo de testigos*, Buenos Aires, Didot, 2015.

partes, cada una debe interrogarlo en base a su teoría del caso en examen directo y contraexaminará respecto de aquellas cuestiones que no sean favorables a su teoría del caso.

Debe entenderse aquí que la lógica del sistema adversarial es diferente a aquella con la que nos veníamos manejando en nuestros sistemas de enjuiciamiento, en la cual todos los actores llevaban a los mismos testigos a juicio.

En una lógica adversarial, sólo se lleva a una persona como testigo a juicio si se sabe, si se tiene por cierto, qué información puede brindar que resulte interesante a la teoría del caso. Y, como parte, sólo se pregunta sobre eso.

No se trata aquí de quién es el “dueño” del testigo, o de si el testigo es propio o ajeno, sino de qué información de relevancia puede tener ese testigo. Ya no se habla del testimonio del testigo A, sino de eso que dijo el testigo A sobre lo que vio o escuchó.

Es que si pensamos detenidamente, un mismo testigo puede tener porciones de información muy diversas: puede contarnos un suceso que vio en forma directa (eso es información válida), pero al mismo tiempo puede contarnos algo que alguien le dijo (eso no es información válida), y que encontró una carta que creyó que había sido escrita por fulano de tal y que decía tal cosa (supuesto que debería ser litigado para ver si esa información es o no válida, por ser o no información de calidad), puesto que en la medida en que el fulano que la escribió no la reconozca no le puede ser atribuida, porque así contado es prueba de referencia porque aun de tener la carta en el Tribunal, sus dichos no pueden ser tenidos por válidos porque un tercero la haya leído, y porque habría que ver si le fue dirigida o no a él y demás cuestiones en torno a la carta que harían su contenido más o menos creíble, o más o menos confuso.

En el fallo que comentamos, el TCBA avanzó sobre en qué casos debe usarse el contraexamen de testigos y en qué casos el examen directo, situación que aparece como novedosa y que permite darle la bienvenida a las técnicas de litigación, cada día más importantes cuando de juicio con jurados se trata.

ALGUNAS REGLAS ACERCA DEL PERJUICIO INDEBIDO

Una de las cuestiones de mayor relevancia, vinculada a las reglas de evidencia y a las técnicas de litigación, encontró respuesta en el fallo “Mazzon”,³⁶ que en rigor de verdad fue el primero de los fallos de la Casación provincial sobre el tema.

Allí, con el primer voto del juez Daniel Carral, no sólo se validó la legalidad del sistema de jurados, sino que además tuvo la oportunidad de expedirse sobre la idea de perjuicio indebido (Fed. R. Evid. 404 2).

Esta noción implica que no debería tratarse en un juicio prueba sobre conductas anteriores del imputado si sólo se las trae a la hora de probar actitud o conducta anterior, porque esto podría generar un perjuicio indebido al jurado, en tanto por haber sido condenado anteriormente por un crimen, se intentaría acreditar en un nuevo juicio su culpabilidad perdiendo de la presunción no dicha de que si una vez fue condenado, entonces ese hecho hace prueba en este otro que se está juzgando.

Ese fue el planteo con el que la Defensa llevó el caso a la Casación, y allí, con el voto de Carral, se entendió que para determinar si había existido perjuicio indebido o no, había que realizar el examen de ofensividad.

Se dijo:

Siguiendo con el examen de los agravios, corresponde abordar aquel que postula la nulidad del veredicto por conducta impropia del acusador (fs. 46 vta.), que la parte identifica sobre la base de las preguntas dirigidas por el Fiscal al imputado respecto a detenciones anteriores, en clara relación a los antecedentes que registraba y que habían sido inicialmente negados por el acusado en una contestación previa durante el curso de la declaración prestada en el juicio. Voy a coincidir con la defensa en que la conducta asumida por la acusación en este punto se presenta, al menos, como desleal, toda vez que la mención de la fiscalía no estaba orientada a la producción de prueba vinculada a los hechos que configuraban la hipótesis acusatoria y sobre la que deben centrar su valoración los miembros del jurado. No obstante, es necesario determinar si esta situación ha resultado determinante como para contaminar la opinión del jurado, vale decir, si de ello se ha derivado un perjuicio que torne nulo el veredicto de culpabilidad a partir de una efectiva corroboración de una influencia perjudicial para la adopción de la decisión

36. Sala I del TCBA, resuelto el 27/10/2015, Causa N° 72016 caratulada “MAZZON MARCOS EZEQUIEL S/ RECURSO DE CASACIÓN”. Disponible en: <http://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=130693>

acogida finalmente por los miembros del jurado. Esta problemática ha sido abordada por la jurisprudencia de los Estados Unidos de Norteamérica, ciertamente en procesos sometidos a jurados populares, a través de lo que se conoce como “test de ofensividad”. Concretamente, en el caso *Remmer v. United States* (350 U.S. 377, 1956) la Corte señaló que era necesario determinar si la influencia externa representaba un “daño inocuo”. Vale decir, tal como lo he adelantado párrafos arriba, es necesario determinar el alcance de la intervención válidamente criticada por la defensa y si de ello se deriva una influencia dirimente para la decisión del jurado, de modo tal que el debido proceso se hubiera visto vulnerado.

En el caso en particular se concluyó que

... en que las mismas razones que fundan mi juicio invalidante de la conducta seguida por la Fiscalía, esto es, haber apelado a preguntas que dejaban entrever un antecedente penal, no tienen el alcance que pretende asignarle la defensa, desde que se trata, en todo caso, de un registro que no guarda relación siquiera con una modalidad delictiva específica, el proceso y condena anterior que registraba el acusado era por un atentado a la propiedad (robo simple en grado de tentativa), claramente diferenciado del atentado contra la vida por el que fuera sometido a juzgamiento y a lo que aduno que, especialmente, el riesgo de contaminación se ha visto aventado a partir de las claras instrucciones impartidas –no cuestionadas por la defensa– sin que la actividad recursiva demostrara que no fueran seguidas por el jurado, permitiendo todo ello despejar cualquier duda sobre una influencia perjudicial y dirimente en la toma de decisión.

De tal modo, el planteo efectuado por la defensa y lo resuelto por el TCBA debe hacernos tomar conciencia a los litigantes de que no toda información puede ser ingresada al juicio, y que la información que hacemos ingresar debe servir para acreditar un determinado hecho.

SOBRE QUÉ ES LO QUE SE RECURRE Y EL CONCEPTO DE DUDA RAZONABLE

Ha sido contundente el TCBA al explicar que “lo que se recurre en un juicio por jurado no es el veredicto, sino las instrucciones del juez y el estándar probatorio de culpabilidad más allá de toda duda razonable –cantidad y calidad de prueba producida en el debate–”.³⁷

37. Sala I, del 14/07/2016, Causa N° 71910, “Ganduglia, César Nahuel s/ recurso de casación”, disponible en: <http://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=140084>

En este sentido, el TCBA tuvo oportunidad de referirse al tan escudridizado concepto de duda razonable en el fallo “Castillo”,³⁸ y así, en su voto, el Juez Kohan sostuvo:

... considero que el estándar de validez de un veredicto de culpabilidad emitido por un jurado popular resulta el siguiente: “si el veredicto es aquel que un jurado, debidamente instruido y actuando conforme a derecho, podría razonablemente haber rendido”, lo cual lleva ínsito que la culpabilidad del acusado ha sido acreditada “más allá de una duda razonable”. Este ha sido construido por la jurisprudencia de los Estados Unidos de América en los precedentes de la Suprema Corte de ese país “Winship” (CS USA, “Winship”, 397 U.S. 358, 1970); “Thompson” (CS - USA, “Thompson v. Louisville”, 362 US 199, 1960, y “Jackson” (CS USA, “Jackson”, 444 US 890, 1979), aunque resulta originario de la Justicia de Canadá, donde se lo denomina test de “Yebe/Biniaris” (“R. v. Yebe”, [1987] 2 SCR 168). En “Winship” la Corte estadounidense realzó el control de la garantía brindada por la XIV enmienda, en la cual se exige prueba más allá de toda duda razonable para la condena. En el fallo “Thompson”, el Címero Tribunal de aquel país aseguró el derecho básico a no ser condenado de forma arbitraria, significando ello que la convicción sea dictada sin evidencia alguna. Finalmente, en el precedente “Jackson”, respondió a la pregunta de cuál es el estándar de evidencia para una condena criminal, y resolvió que no alcanza con verificar si el jurado fue bien instruido, sino establecer si del registro de evidencia se desprende que razonablemente se pudo afirmar la culpabilidad, más allá de toda duda razonable. Sin embargo, es expresamente aclarado que no resulta necesario que la Corte se interrogue si ella –según su propio criterio– estima que la evidencia obtenida en el juicio acreditó la culpa con dicho estándar, sino que lo relevante es si, después de ver la evidencia a la luz más favorable a la fiscalía, algún juzgador razonable pudo haber encontrado los elementos esenciales del tipo, más allá de toda duda razonable.

Con cita de afamada doctrina, refirió que

En forma concordante, reseña Gullco la más moderna interpretación que hace la Corte estadounidense del tema, ampliando las consideraciones sentadas en el precedente “Jackson” refiriendo que “... el examen de

38. Sala IV del TCBA, del 11/08/2016, Causa N° 75.197, “CASTILLO, Rodolfo Marcelo s/ Recurso de Casación”. Disponible en: <http://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=139729>

los estándares impuestos por la Corte Suprema de los Estados Unidos a los tribunales que revisan los veredictos condenatorios de los jurados demuestra que aquellos son muchos menos exigentes que los elaborados por nuestra Corte en ‘Casal’. Ello se advierte en el caso ‘Jackson v. Virginia’ (443 US 307, 1979), en donde la Corte estadounidense señaló que el tribunal revisor no se encontraba obligado “... a preguntarse si él mismo considera que la prueba del proceso estableció la culpabilidad más allá de una duda razonable... Por el contrario, la cuestión relevante es si, luego de examinar la prueba en la forma más favorable para la acusación, algún juzgador racional de los hechos podría haber concluido que los elementos esenciales del delito se encontraban probados más allá de una duda razonable”. Recientemente, la Corte estadounidense sostuvo que el citado precedente dejaba en claro que era “... responsabilidad del jurado, no del tribunal, decidir qué conclusiones debían ser extraídas de la prueba que había sido admitida en el juicio. *Un tribunal revisor puede anular el veredicto del jurado con base en que la prueba era insuficiente [para condenar] sólo si ningún juzgador racional de los hechos podría haber coincidido con el jurado*” (caso “Cavazos v. Smith”, sentencia del 31/10/2011. El destacado me pertenece).³⁹

La noción de duda razonable es una de las más complejas de aprehender,⁴⁰ y sin embargo resulta necesaria a la hora de justipreciar el veredicto de los jurados legos, razón esta por la que es necesario comenzar a perfilar directrices, como las que realiza el TCBA en el fallo que reseñamos al respecto.

EL JURADO ESTANCADO Y EL PRINCIPIO ACUSATORIO [NE PROCEDAT IUDEX EX OFFICIO]

El jurado estancado es lo que en el sistema anglosajón se conoce como *hung jury*, una situación que se da cuando la decisión de los jurados no logra ser unánime o bien no reúne el mínimo necesario para arribar al veredicto.

39. Gullco, Hernán Víctor, *op. cit.*

40. Diamond, Shari Seidman, *Las múltiples dimensiones del juicio por jurados. Estudios sobre el comportamiento del jurado. Jurado Penal y jurado civil*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2016, pp. 165 y ss.

Sobre esta cuestión también se ha expedido el TCBA en el fallo Guerendian,⁴¹ ante el recurso presentado por la defensa, argumentando que el juez profesional al intervenir en el juicio había excedido sus funciones cuando, ante la verificación de un jurado estancado, sin consulta previa con el Ministerio Público, envió nuevamente a deliberar a los jurados, los cuales, a la postre, arribaron a un veredicto de culpabilidad.

El TCBA valoró que

Lo novedoso que ha instituido la Ley N° 14543 en correlación con lo aquí desgranado es el procedimiento que debe observarse en el caso de existir un “jurado estancado”, que encontró consagración normativa en el artículo 371 *quater* inciso 2 del CPP. Esta institución, conocida en el derecho anglosajón como “*hung jury*”, se verifica cuando luego de realizarse los tres comicios ordenados por el Rito no se alcanzan los votos dentro del jurado para emitir un veredicto, pero hubiere cuanto menos ocho sufragios afirmativos pero menos de los exigidos para resolver la culpabilidad (diez o los doce según el caso). Aquí el legislador bonaerense pretendió reafirmar una vez más el carácter acusatorio que posee el procedimiento penal al exigirle al Juez del debate que convoque al jurado y a las partes, anunciando que se declaró jurado estancado, debiendo preguntar al Fiscal si va a continuar con el ejercicio de la acusación. Esta no es una mera facultad que posee el Juzgador sino es, como lo señalara en el párrafo que antecede, un verdadero deber, una exigencia ineludible que resulta derivación necesaria del sistema acusatorio al que se ha hecho alusión a lo largo de la presente. Si el Legislador ha incluido una nueva instancia en la que el Ministerio Fiscal (o el particular damnificado, según el caso) debe sostener o no su pretensión punitiva, tal renovación del acto viene a colación de la situación verificada donde los jueces de los hechos no alcanzan las mayorías exigidas por la ley y es por ello que consideran necesaria la manifestación expresa del representante de la vindicta pública de la reivindicación acusatoria, sin que pueda soslayarse o tenerse por tácitamente cumplida por su silencio ni que se considere sostenida por acusación anterior. Ello no es ni más ni menos que un relanzamiento necesario del único acto que habilita a los Jueces a imponer una condena cual es la existencia de una real acusación efectuada en tiempo y forma oportunos.

41. Sala IV, del 27/09/2016, Causa N° 76.889, “GUERENDIAIN, Néstor Marcelo s/ recurso de casación”. Disponible en: <http://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=139880>

Finalmente, el TCBA consideró que

... se requiere de una manifestación expresa del acusador de su intención de continuar con la acción penal sosteniendo la acusación para que el Juez pueda ordenarle al jurado una nueva deliberación, sin que tal impulso pueda ser realizado en forma oficiosa por el órgano que ejerce la jurisdicción. Al no mediar requerimiento acusatorio en la oportunidad establecida por la ley –tal y como lo desarrollara más arriba–, considero que nos encontramos con una situación parangonable con la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que informa los precedentes recaídos en las causas “Tarifeño” (325:2019), “García” (Fallos: 317:2043), “Cattonar” (del 13/06/1995; Fallos: 318:1234), “Bensadón” (10/08/1995, *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N° 14, ps. 621-622), “Saucedo” (12/09/1995, *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N° 14, pp. 623-624), “Ferreya” (20/10/1995, *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N° 14, ps. 627-628) y “Cáseres, Martín” (25/09/1997, Fallos: 320-1891), “Mostaccio” (Fallos: 327:120), lo que conlleva la nulidad del pronunciamiento al que arribara el jurado en el caso analizado.

De tal modo, la respuesta del TCBA también en este caso fue contundente, no sólo al validar la constitucionalidad de la ley de jurados bonaerense, sino además al reconocer el principio acusatorio como la directriz del sistema adversarial imperante.

SOBRE EL VOIR DIRE Y LA IMPARCIALIDAD DEL JUZGADOR

A esta cuestión se refirió el TCBA en el fallo Aref⁴² de fines de 2016.

En su planteo, la defensa criticó la integración del Tribunal de jurados toda vez que, con posterioridad a la realización del juicio, se comprobó que dos de los integrantes del panel mintieron en la audiencia de selección de jurados, en tanto afirmaron no haber sido víctimas de delitos, comprobándose con posterioridad, a criterio de la defensa, que sí lo habían sido.

En este punto, debe considerarse que para integrar el jurado los candidatos a jurados deben pasar por una audiencia de selección (*voir dire*) donde las partes, a través de examen y contraexamen, obtienen información que luego les permitirá efectuar las recusaciones sin causa y con

42. Sala I del 22/12/2016, Causa N° 75937 (“Aref, Vanesa Anahí y otros s/ recurso de casación”). Disponible en: https://drive.google.com/file/d/oBzyvs_8DQr4dQoNzNkV1SDlJXoo/view

causa en la (des)selección de candidatos, cuando advierten que alguno de ellos, en caso de integrar el panel de jurados, podría no ser imparcial.

Nuevamente, el excelente voto del Juez Carral es el que indica que

El punto que se plantea ha sido motivo de numerosas decisiones en el ámbito de la jurisprudencia de los Estados Unidos de Norteamérica, doctrina que bien puede servir de guía en la interpretación que pretendemos desde que nuestro texto constitucional indudablemente se ha inclinado por la opción de jurados del país del norte. En este sentido, se ha sostenido que “una respuesta equivocada, sin embargo honesta, a una pregunta de selección del jurado, raramente equivale a una violación constitucional; incluso una respuesta intencionadamente deshonesto no es fatal, siempre que la falsedad no denote una falta de imparcialidad” (Suprema Corte USA, McDonough Power Equip. v. Greenwood). Aun cuando puedan constatar posturas divergentes sobre el alcance de esa afirmación, lo que está claro es que parece razonable entender que no todo ocultamiento de información por parte de un potencial jurado conduce automáticamente a la conclusión de su falta de imparcialidad. Una primera consideración de importancia consiste en preguntarse si de haberse contado con la información ahora revelada, a la que podemos acceder de la prueba producida en esta etapa recursiva, era factible la convalidación de una recusación con causa como así se plantea desde la defensa. A mi modo de ver, bajo las condiciones concretas del caso, la postulación de una recusación con causa no hubiese sido exitosa. Es que el sólo hecho de haber sido víctima de un delito de acción pública, no tiñe de parcialidad a un potencial jurado, mucho más cuando –como en este caso– aquellos hechos delictivos no sólo son muy diferentes a los juzgados sino que además, por su escasa entidad, ni siquiera tienen un desvalor social equivalente.

De tal modo, se resolvió en favor de la estabilidad del juicio celebrado y de la noción de que el temor de parcialidad debe ser acreditado a la hora de valorar la selección de los jurados.

CONCLUSIONES

La Corte Suprema de Justicia, al plantearse esta cuestión, decidió reiteradamente que las normas constitucionales relativas a los jurados “no han impuesto al Congreso el deber de proceder inmediatamente al establecimiento del juicio por jurados, al igual que el primero no le

impuso términos perentorios para la reforma de la legislación” (Fallos: 115:92 del 7 de diciembre de 1911, en autos “Vicente Loveira c/ Eduardo T. Mulhall s/injurias y calumnias”), doctrina que fue reiterada en fallos posteriores: “Ministerio Fiscal c/ Director del Diario La Fronda” (Fallos: 165:258); “Tribuna democrática” (Fallos: 208:21) y “David Tieffemberg” (Fallos: 208:225). Esta interpretación fue receptada también por otros tribunales, como la Cámara Nacional en lo Penal Económico, Sala II, el 30 de abril de 1991, en autos “Gino A. Martellos”.⁴³

En lo que hace finalmente a la necesidad de sentencia motivada y posibilidad de recurrir, la jurisprudencia de los tribunales provinciales ya citados ha dejado en claro que lo que se recurre no es el veredicto sino los estándares determinados por las instrucciones al jurado y la duda razonable, con lo cual no hay afectación alguna a la motivación o no del veredicto que emite el jurado.

Entendemos entonces que podemos encontrar variadas excusas para la no implementación a nivel nacional del juicio por jurado; de lo que sí estamos convencidos es de que los diversos escollos que varían entre cuestiones programáticas y cuestiones jurídicas, a nuestro juicio, han podido ser debidamente sorteados a través de los criterios jurisprudenciales citados y comentados.

43. La Ley, T. 1991-E-216.

