



Entrevista a E. Raul Zaffaroni

Parte I: Juicio por Jurados

Cuando se piensa en el juicio por jurados, lo primero que llama la atención es que la Constitución contiene, no una ni dos, sino tres cláusulas que se refieren a esa institución y que aparecen, aunque sea simbólicamente, en la sección de garantías, en la sección dedicada a las atribuciones del Congreso y finalmente en la sección dedicada al Poder Judicial. A ello se le suma el hecho de que sucesivas Convenciones Constituyentes hayan decidido de alguna manera ratificar tácitamente cada una de esas cláusulas. Sin embargo, salvo una particular excepción, el juicio por jurados no ha sido implementado en la Argentina hasta el momento. ¿Cuál es su opinión al respecto?

Bueno, una Constitución se puede interpretar exegéticamente o se puede interpretar en un sentido progresivo. ¿Qué quisieron decir los Constituyentes del '53? Bueno, qué quisieron decir los Constituyentes en realidad no lo podemos saber; o sí, pero en cualquier caso es un dato histórico. ¿Qué quiere decir –entonces- el texto constitucional, en una interpretación dinámica, con “juicio por jurados”? ¿Se refiere al modelo de jurados populares que tenían en mente los Constituyentes del '53 o quiere decir “participación popular en el juzgamiento” en todas las formas que desde 1853 hasta ahora se han abierto en el derecho comparado? Ese es el cuestionamiento fundamental que hay que resolver. Segundo, que incuestionablemente por una o por otra vía la Constitución, sí, está imponiendo una forma de participación popular en el juzgamiento que no se ha implementado, eso está claro.

Y eso es una anomalía...

Sí, es una anomalía. Pero ¿es el “jurado puro”, el “jurado anglosajón”, o es alguna de las otras formas de participación personal instrumentadas? Independientemente de la opinión propia que se pueda tener sobre la interpretación estática, histórica o progresiva de la Constitución, yo veo que el jurado histórico, el jurado tipo anglosajón, se hace muy difícil de implementar en la tradición jurídica europea continental por varias razones. No por razones de conocimiento: en principio, sí, es cierto que mi abuelita y yo podemos evaluar de la misma manera si un hecho está probado o no. Aunque haya paredes enteras repletas con libros sobre la lógica de la prueba, la evaluación de la prueba, etc., en definitiva cualquiera que tenga suficiente número de neuronas y una instrucción más o menos estándar puede hacer una aplicación del método histórico, de la sana crítica. El inconveniente que hay es otro, más técnico: ¿cómo se separa el conocimiento de los hechos del conocimiento del

derecho? Y ahí creo que es donde está el más grande de los escollos. Cuando hay que decidir si hubo o no legítima defensa, el que decide tiene que saber qué es la legítima defensa, y no creo que en nuestro sistema continental europeo –y tengo mis dudas en el sistema inglés también- se pueda instruir a un jurado lego en pocos minutos sobre qué es la legítima defensa, qué son el error vencible, el error invencible, el error de tipo, el error de prohibición, o qué es la inimputabilidad.

¿Y qué hay de los países donde esto se hace así, en los países del *common law*? ¿Cree Ud. que no es verdaderamente exitoso allí o estamos nosotros en una situación distinta?

Si vemos el caso de Estados Unidos, el jurado funciona en un porcentaje muy pequeño de los casos. La mayoría de los procesos penales son *no-procesos*, y es un vicio que se está corriendo a nosotros, desde mi punto de vista, con serias lesiones para las garantías. El *plea bargain* en la práctica puede convertirse en una tremenda forma de extorsión, sobre todo para los de menores recursos, con los tiempos judiciales tan dilatados y por la “ley del mínimo esfuerzo” que siguen todas las burocracias. Si yo le digo a un tribunal oral “podés tener 100 o 200 juicios orales en el año... o podés tener 10”, va a preferir tener 10. ¿Y cómo lo consigue? “Ah, ¿no quisiste la *plea bargain*? Ahora te vamos a meter 10 años más...” Y ningún defensor va a estar dispuesto a ir a un juicio oral. En la Argentina no lo veo todavía con el procedimiento abreviado, pero es uno de los peligros que esto tiene. Es decir, hay una tendencia en el mundo a condenar y, en todo caso, a revisar después, y de hecho eso lo practicamos nosotros, no con el *plea bargain*, sino con otra cosa: con la prisión preventiva. No estamos aplicando penas del Código Penal; estamos aplicando penas del Código Procesal.

Pero volviendo al jurado... Otro problema que veo es que la prueba se puede evaluar de una manera completamente arbitraria. Obviamente esto cuenta tanto para alguien con formación técnica como sin ella, pero el inconveniente es que el jurado [anglosajón] no funda sus decisiones y eso es un problema no menor para garantizar la doble instancia.

Bueno, en los países del *common law* está la idea de que tiene que existir al menos un argumento hipotético razonable...

Pero es que no hay argumento, no está razonada. Comprendo que a veces nuestras sentencias tampoco están razonadas: son sentencias nulas, y hay muchas. Cuando el Código dice “de 8 a 25 [años], le doy 12 porque se me da la gana”. Los jueces mencionan los artículos, sí, pero muchas veces es imposible saber en qué se basó para elegir el número. Eso hipotéticamente es una sentencia nula. En fin, desde mi punto de vista creo que es preferible un sistema mixto, de escabinos. El sistema de escabinos permite el control público y popular y da lugar a la doble instancia.

Pero, ¿por qué cree Ud. que el sistema continental europeo tiene más fricciones con el sistema de jurados populares que el sistema anglosajón?

Bueno, por lo menos en América Latina predomina un desarrollo del derecho penal edificado sobre una tradición de construcción dogmática –ojo, no digo que esto no exista en el derecho anglosajón también; yo puedo saber en qué libro de derecho inglés tengo que buscar para encontrar algo, pero no tienen el mismo grado de elaboración que tenemos nosotros- y ese grado de elaboración no se puede transmitir tan fácilmente. No creo que sea fácil tampoco en la tradición del *common law*, aunque no hayan escrito tomos razonando sobre la tentativa o la participación, etc. ellos tienen todos esos institutos también. Pero cuando uno hace una dogmática, una construcción doctrinaria, lo que está haciendo en definitiva es un programa de jurisprudencia y no veo cómo traducir ese programa con un jurado.

Pensando en una crítica que se le podría hacer al jurado de escabinos, ¿no se podría decir que los jueces letrados están en una posición de superioridad técnica que en definitiva puede hacer que terminen manejando el proceso de decisión y se pierda el sentido de la representación popular?

No lo creo. Primero, el jurado representa al pueblo más o menos... Cuidado que el origen del jurado era la Carta Magna y el juicio de los pares era el juicio de los que integraban una elite. Y acá, un jurado que salga por sorteo, no sé si estaría representando exactamente al pueblo. Lo que sí creo es que la participación popular en el seno del tribunal sentenciador lo que representa es una importantísima función de control en el ejercicio de la jurisdicción.

Pero ¿cómo se puede ejercitar ese control teniendo en cuenta esta diferencia de conocimiento técnico?

Bueno, el lego puede no saber perfectamente qué es la legítima defensa, pero seguramente puede distinguir si hubo agresión previa o no, y si no la hubo se le va plantar al juez y se lo va a decir.

Pero hay que poder plantarse ante una persona que ostenta un conocimiento especial y tiene una opinión formada... Pasa algo similar con los médicos: ellos describen los síntomas, el pronóstico y el tratamiento, y no es tan frecuente que el paciente lo objete; después de todo, lo común es pensar “el que sabe es el médico”.

No, no. El juez puede ilustrar sobre el límite de la exigente, pero si le dio el garrotazo o no, es una evaluación que el lego puede hacer por sí solo. El médico me puede explicar por qué me duele, pero si me duele o no me duele sólo lo puedo saber yo.

Pensando que existe efectivamente un derecho al juicio por jurados, muchas veces los defensores hacen un argumento para exigir un juzgamiento de esas características y son rechazados. ¿Cómo se debería proceder para acceder a este derecho?

Podría llegar hasta la Corte Suprema para que establezca si hay una omisión: plantearlo como la negación de un derecho y llegar hasta la última instancia.

Y ahí tendrían la pelota ustedes...

Es una pelota relativa. Se le podría señalar la omisión al Poder Legislativo, pero tampoco lo podríamos resolver en ese caso. Es cierto que otras veces lo hemos hecho, pero en esos casos teníamos el instrumento para decir “bueno, si no lo hacen ustedes, lo vamos a hacer nosotros”. Es decir, partamos de la base de que todos los derechos son exigibles y ningún derecho puede frustrarse por el hecho de no estar regulado. ¿Qué podemos hacer? Bueno, a veces podemos decirle al Legislativo “tienen que hacer esto porque si no nosotros vamos a hacer esto otro”, digamos como el caso “Badaro”: “si no actualiza Ud. el índice lo voy a poner yo, pero antes le doy la oportunidad de hacerlo Ud. porque lo tiene que hacer por ley”. Ahora, yo no puedo crear un código de procedimientos. La limitación que tenemos es que no podemos emplazar al legislativo en este caso porque no tenemos en la mano el instrumento para hacer algo nosotros mismos.

Pero no parece tan descabellado pensar que incluso un juez inferior pueda por ejemplo tomar el padrón electoral y conformar un jurado ad hoc para cumplir con la Constitución.

¿Pero cómo elige? ¿A quién elige? ¿A cuántos? No, no. Son tantos los detalles: la forma de las deliberaciones, el tiempo. Se necesita un código, una ley. Nosotros no podemos hacer eso.

Bien, y en este sentido ¿a quién le corresponde la regulación de este instituto? ¿Es una competencia procesal no delegada de las provincias o Ud. cree que está en manos del Congreso Nacional?

Está en manos de las provincias, es netamente procesal.

¿No podría tratarse de una institución que, como la prescripción, forma parte del proceso pero está regulada en los códigos de fondo?

Sí, hay cuestiones eminentemente procesales que están en los Códigos de fondo. Yo creo que en algunos casos son “medidas marco”, es decir, que las provincias pueden ir más allá. Nuestro Código Penal, por ejemplo, tiene una disposición según la cual el juez no puede dictar sentencia sin haber tenido conocimiento directo, *de visu*, de la persona. Sin embargo, una provincia puede ir más allá y establecer un proceso íntegramente oral como el que hoy domina. Y si queda el procedimiento escrito para alguna causa menor, bueno, igual tiene que cumplir con los requisitos del art. 41. Es un requisito “mínimo” o “marco”. Hay otras disposiciones, como la prescripción, que no pierden la naturaleza procesal pero que necesariamente tienen que estar reguladas uniformemente en todo el país por una cuestión de elemental igualdad. No puede morir la acción penal contra un violador de un

lado del río porque la víctima no hizo la denuncia y subsistir del otro lado del río donde el delito es de acción pública.

Y en cuanto al juicio por jurados, ¿Ud. cree que el mandato está restringido a los juicios penales o que los procesos de otros fueros se pueden o deben seguir por el mismo sistema?

No, son para los juicios penales únicamente. Creo que el jurado que tenían en vista en el '53 y posteriormente siempre estuvo destinado a los procesos penales. ¿Juicio por jurados en materia civil? Un poco raro...

Bueno, pero volviendo a los países *common law*, funciona así en muchos casos...

Sí, en los países del *common law*, puede ser, pero entre los nuestros yo no creo que el Constituyente de 1853 haya tenido en vista el sistema anglosajón completo. Los antecedentes que tenemos nosotros incluso después de la independencia se inclinan más por el sistema francés, aunque no hay mucha documentación sobre eso. De modo que lo que circulaba por acá no era necesariamente la idea del jurado anglosajón puro.

Parte II: Actualidad de la CSJN, la academia jurídica argentina y otros temas que no podían quedar en el tintero...

Tuvimos la oportunidad de ser recibidos por el Dr. Lorenzetti el año pasado y en aquel momento la charla que mantuvimos giró en torno al caso “Mendoza”, el tema del Riachuelo, y particularmente lo que entendemos como una nueva forma que ha adoptado la Corte para tomar decisiones: una postura “diálogica”, si se quiere, convocando audiencias, acerando a las partes, y en general haciendo un seguimiento constante de las causas que presentan una especial complejidad como para ser resueltas mediante una sentencia que le dé la razón a una parte o a la otra. ¿Qué piensa Ud. de esta forma de abordar las causas que llegan a la Corte?

Bueno, en realidad no es que hayamos inventado el embudo o el agua tibia; es algo que tomamos del derecho constitucional comparado, de los tribunales constitucionales del mundo. Suena como una novedad acá, pero en realidad no lo es tanto.

Bien, pero en este sentido, ¿no cree que existe un riesgo importante de que se excedan las atribuciones que tiene cada uno de los poderes?

No, creo que hemos tenido bastante cuidado siempre. Vuelvo a lo que decía antes: yo le puedo decir algo Congreso que tiene que regular tal y cosa, y le doy la oportunidad de hacerlo conforme a los argumentos y razones que puedan surgir en el ámbito político. No tengo por qué elegir yo la forma de regularlo, a menos que no se haga nada al respecto.

Es decir que hay una suerte de diálogo entre los poderes...

Claro, yo lo que puedo decir es “lo que único que no puede hacer es no hacer nada”. Pero después, si la solución debatida políticamente es razonable yo no tengo por qué decir nada más.

También nos transmitió el Dr. Lorenzetti en aquella oportunidad que existe una preocupación por reducir las causas en trámite ante la Corte, un poco también para poder ocuparse más de las audiencias que demandan estos casos más complejos. Sin embargo, en la dirección opuesta vemos que se va reelaborando el concepto de arbitrariedad y que se va abriendo la competencia de la Corte por esta vía. ¿No es un poco contradictorio?

Yo creo que el problema de la arbitrariedad nos ha planteado un problema institucional. Desde hace un siglo, cuando se abrió la vía de la arbitrariedad, lo que hemos estado haciendo no es otra cosa que casación... con otro nombre. Yo sé que la casación es extraña al sistema norteamericano por su

sistema federal, pero nuestro federalismo no es igual al norteamericano: los códigos de fondo son nacionales. Y la arbitrariedad surge de esa contradicción, de que siendo nosotros un tribunal constitucional, no podemos ejercer ningún control sobre 25 posibles interpretaciones de la misma ley, lo que a su vez no permite garantizar mucha seguridad jurídica. Creo que en definitiva es de esa contradicción de donde surge la cuestión de la arbitrariedad. Y eso marca un defecto constitucional: la falta de separación entre lo que tiene que ser un tribunal supremo de casación nacional y un tribunal de control de constitucionalidad. Y no olvidemos que el control de constitucionalidad que puede hacer la Corte en la práctica es muy débil: si alguien me dijera que tiene U\$S 100.000.000 para invertir y me preguntara si, como abogado, puede hacer X contrato, yo le tendría que decir “mire, con esta Corte sí, pero si se muere alguien yo no le garantizo nada...”. No tenemos la posibilidad de hacer caer una ley *erga omnes*, como demandaría un control de constitucionalidad que ofreciera más seguridad y que pudiera decir “esta ley es inconstitucional así que cayó. Sr. Legislador, si quiere puede hacer otra y si no quedará el hueco”. Nosotros no tenemos ese poder, y de eso surge esta mezcla de ser un tribunal de constitucionalidad débil y tribunal de casación defectuoso.

¿Y qué puede hacer la Corte entonces?

Yo creo que tendríamos que hacer las cosas lo menos mal posible dentro de esta estructura constitucional, no tenemos otra... Pensando en una reforma constitucional lo que habría que hacer sería generar un tribunal nacional de casación y un tribunal constitucional, con funciones separadas. Que el tribunal constitucional se ocupe de su función y que el tribunal de casación sea un tribunal numeroso, con salas: un tribunal que genere doctrina en cada una de las ramas del derecho. Obviamente que podrían surgir sentencias arbitrarias de allí también, pero en algún momento hay que cortar antes de llegar al tribunal celestial... y si ese tribunal dicta sentencias arbitrarias, bueno no sé, ¡habrá que hacerle un juicio político!

Sin embargo, también notamos que gran parte de la sobrecarga de la Corte proviene...

... ¡Del propio Estado!

Claro, pero también por numerosas contiendas de competencia entre tribunales inferiores que no tienen un superior tribunal común excepto la Corte Suprema.

Sí, es cierto, pero eso se resuelve fácilmente, no es una gran dificultad. Tomar una decisión al respecto no implica bajarse media biblioteca, es casi un interlocutorio. El problema grave son la cantidad de causas que llegan y que se saben que no van a tener éxito. No sé ni por qué llegan. Las del Estado, y del ANSES en particular, ya hemos llegado a un entendimiento de que no van a llegar inútilmente a la Corte. Pero lo cierto es que perdemos una cantidad de tiempo haciendo casi de “control de calidad” del servicio jurídico de una agencia del Estado. La agencia, para no hacer control de calidad de su servicio jurídico dice “lo obligo a agotar todas las instancias judiciales” y no

estamos para eso. No es que sea un esfuerzo personal; eso se delega. Pero de todas maneras demanda dinero, recursos humanos, etc. y son varios miles de expedientes por año que no deberían llegar y que se convierten en un problema. Por otra parte, pienso que los colegios de abogados deberían tomar alguna medida para instruir a su gente. Llegan constantemente muchos recursos, muchas quejas muy mal planteadas. Yo personalmente me resisto a rechazar quejas que no cumplen con los requisitos formales, salvo casos extremos. Pero uno se pregunta por qué si están publicados los requisitos no se toman la molestia de leerlos, de cumplirlos; son cosas básicas como fijarse si el expediente pasó por el tribunal superior de la causa. Pero no, se vienen en primera instancia a la Corte. No sé, fíjense los términos que usan, aprendan redacción, planteen claro las cosas. Yo leo escritos y me pregunto “¿pero qué quiere este hombre? ¡No entiendo ni lo que pide!”. Y tengo que poner “falta de fundamentación autónoma: no entiendo qué me está diciendo, qué quiere”, y es un drama: estamos hablando un servicio en donde está comprometida la libertad, la propiedad o la vivienda de alguien... En fin, no es una crítica a los Colegios, sino una sugerencia para que fomenten cursos de formación elementales o de actualización para su gente.

A propósito de eso, nos gustaría saber cuál es su opinión como profesor de Derecho con respecto a la forma en la que se estudia e investiga el Derecho en la Argentina. ¿Cree Ud. que hay espacio para una academia jurídica que no esté atada a comentar decisiones, sino que se oriente a profundizar en las preguntas sustantivas sobre el Derecho?

Bueno, yo creo que lo estamos haciendo en la Argentina es milagroso. Es decir, tener producción jurídica en las negativas condiciones en las que se investiga en el país me parece verdaderamente maravilloso: teniendo en cuenta que no hay absolutamente ninguna facilidad uno pensaría que no deberíamos tener nada de esto. Así es que creo que somos algo fenómeno en el mundo: tenemos producción de jurídica de un nivel bastante respetable en condiciones sumamente adversas.

Pero lo que notamos es una gran carencia, no tanto a nivel de análisis del derecho de una jurisdicción en particular –como puede ser la Argentina-, sino en lo que respecta a la investigación filosófica aplicada al derecho en abstracto. ¿Cree Ud. que hay posibilidad de incentivar un trabajo en esa dirección?

Hoy día yo no creo que ninguno de nosotros, incluso si nos dedicamos a una rama en particular del Derecho, estemos atados a ninguna jurisdicción en especial. La comunicación doctrinaria es inevitable. Yo creo que si uno no puede leer en dos o tres lenguas, directamente mejor que no haga investigación jurídica porque no sé de dónde va a sacar algo para poner; ni siquiera si saca las cosas de internet. Es decir, el estudio de cualquier rama del Derecho exige un manejo comparativista y la doctrina tiende a eso. En cuanto al pensamiento iusfilosófico del país, me parece que es bastante aceptable: tenemos casi todas las escuelas, casi todas las corrientes, un campo de discusión interesante. Hay una circunstancia -que es quizás en donde habría que tomar el toro por las astas- pero tiene que ver con reconocer una realidad: es casi imposible que tengamos un catedrático con el sueldo de un camarista y al que se le pueda exigir dedicación exclusiva. No nos va a pasar; es

imposible. ¿Por qué, entonces, se mantiene históricamente el nivel jurídico? En gran medida, porque lo financia el poder judicial. Es decir, si se incompatibilizase la enseñanza con la magistratura, se vaciarían las facultades de Derecho. Eso hay que asumirlo como una realidad: ha sido una realidad y es nuestra realidad. Si algún día la podemos cambiar universitariamente, mucho mejor, pero como no hay a corto plazo posibilidad de que eso suceda, yo creo que desde el Poder Judicial hay que fomentar la investigación y para eso tenemos que proveer a la gente de los medios. En este sentido, uno de los proyectos más interesantes que tengo entre manos es convertir la biblioteca de la Corte en un centro de información jurídica regional para lo cual deberemos invertir todo lo que tengamos disponible y conseguir los mejores elementos, comprar un edificio –ya lo compramos-, en fin: hacernos cargo de eso para que se pueda investigar dentro del Poder Judicial y de esa manera incentivar la producción jurídica nacional porque, insisto, lo que hemos tenido hasta ahora ha sido milagroso.

Realmente nos parece una muy buena noticia. Nos gustaría hacerle otra pregunta, si está de acuerdo... Hay veces en que los tiempos de la Justicia son totalmente incompatibles con los tiempos de la vida real y eso genera un gran problema porque las causas devienen abstractas y quedan sin pronunciamiento. Los casos de pedidos de autorización para abortar son paradigmáticos. ¿Hay posibilidad de que se flexibilice en algún momento el criterio de necesidad de una causa-controversia para habilitar un fallo?

¿Fallar en abstracto? Bueno, de alguna manera a veces lo hacemos: aunque la causa haya devenido abstracta, entendemos que el tema es importante y de alguna manera nos pronunciamos en atención a la importancia que puede tener que la Corte fije una posición. Algunas veces lo hemos hecho, sobre todo en delitos que tienen plazos de prescripción muy corta.

Cambiando un poco de tema: la Argentina ha ratificado el Protocolo Adicional al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (“Protocolo de San Salvador”), en el cual, siguiendo las recomendaciones de la OMS, se adopta una definición amplia del término *salud*. ¿Considera Ud. que este es el concepto de salud que deben utilizar los tribunales penales, por tratarse de un instrumento de derecho internacional público, o existe discreción en ese sentido?

“Estado de equilibrio psicofísico”... Bueno, depende del tipo penal del que se trate: no me parece apropiado considerar que un trauma psicológico constituya una lesión en los términos del Código Penal, a pesar de que altera mi salud según la definición del Protocolo. Por otro lado, en los casos de aborto permisible, en particular, nuestra fórmula -la fórmula de Moreno del ‘21- es sabia, entendiendo salud por salud física y psíquica. Un aborto puede evitar el desarrollo de una psicosis.

Y en cuanto al segundo inciso del art. 86 del Código Penal, ¿cree Ud. que se trata de un permiso –como sostenía Núñez- o de dos permisos distintos, como sostenía Soler?

Creo que tiene poca importancia. Sí, hay una ambigüedad pero no es importante. Un embarazo resultante de una violación entra en la otra hipótesis. Como le dije: esa fórmula es sabia. Por otra parte, para un eximente no por qué pedirle permiso a un juez. Yo no voy a pedir permiso si me tengo que defender legítimamente.

Pero el problema es que los médicos por lo general desconocen la normativa y tienen miedo de proceder en estos casos sin una autorización.

Sí, lo que pasa es que el aborto es un delito impune, de modo que no se genera una jurisprudencia estable. El aborto es directamente un delito que no se judicializa: en mis casi 30 años de ejercicio de la magistratura deben haber pasado por mi mano, como máximo, una docena de abortos; y acá en la

Corte, ninguno. Eso está indicando que es un delito que no se judicializa. Si uno quiere reducir el número de abortos, está claro que el instrumento penal no ha servido para nada. Y la discusión “abortistas/anti-abortistas” son absurdas: son discusiones de papelitos. Pero discutamos la realidad, los fetos no son de papel. Hay un número de víctimas que es realmente masivo y un fenómeno masivo no se puede resolver con la ley penal. Y me dirán “¿y si el homicidio se vuelve masivo?”, y mi respuesta es que tampoco lo puede resolver el derecho. Cuando el homicidio se vuelve masivo lo llamamos *guerra* y no se resuelve con la ley penal.

Dr. Zaffaroni, le agradecemos mucho por dedicarnos este espacio. Antes de terminar, ¿qué le gustaría dejar en la Corte el día que se retire?

Bueno, el centro de documentación del que hablaba es algo que me gustaría hacer... Eso y tres o cuatro fallos más que marquen alguna cosa importante, también...