

Sobre el Juicio por Jurados en el Año 2008

Gabriel Ignacio Anitua¹

*“El juicio por jurados no sólo es el medio más
enérgico de hacer reinar al pueblo, sino también
el medio más eficaz de enseñarle a reinar”*

Alexis de Tocqueville

I. El juicio por jurados como obligación constitucional y como forma democrática de ejercicio del poder punitivo.

El texto de la Constitución argentina desde 1853 exige, de acuerdo con la forma de organización institucional republicana y democrática, que el juzgamiento sobre determinados conflictos se realice por el sistema de jurados legos, siguiendo el tradicional esquema anglosajón. Estos conflictos serán los que por su especial gravedad puedan conllevar la imposición de una pena grave, considerando la “gravedad” en ambos casos (del conflicto y de la pena) de acuerdo a los cánones culturales históricamente definidos y que hoy nos señalan como tal a la pena que implica el encierro por el tiempo que fuese (es ello lo que hay que interpretar de la mención constitucional a los “crímenes”, me parece, sin necesidad de una expresa sanción legal como exige Bruzzone², y a pesar de ella si indicase lo contrario).

La Constitución exige esto en los artículos 24, 75 inc. 12 y 118. Es el último de estos artículos el que expresa con claridad que el juicio por jurados es el procedimiento legal y constitucional para imponer una pena en la Argentina. Se relaciona, así, al jurado con la forma de organización de la cosa pública en una república democrática, y demuestra que el juicio penal es una institución política que afecta a todos los ciudadanos y no sólo al acusado (ni tan siquiera con el consentimiento de la víctima, que pierde la “pertenencia” o titularidad en exclusiva del conflicto originario al menos en

1 Doctor en Derecho, Universidad de Barcelona. Profesor regular del Departamento de Derecho Penal y Criminología, Universidad de Buenos Aires.

2 Bruzzone, Gustavo; “Mito y realidad de la participación ciudadana en la administración de justicia penal en Sudamérica: ¿se instaurará finalmente el juicio por jurados en Argentina como lo establece su Constitución Nacional desde 1853?” en AA.VV; *Juicio por Jurados en el Proceso Penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2000.

estos –necesariamente pocos- casos importantes o “crímenes”). Como señalaba Baumann³, no es posible que quien realiza una de estas acciones que conllevan una pena, por decisión de los representantes del pueblo, se entregue a cumplirla sin la decisión en un juicio en ese sentido. Esta decisión es de trascendental importancia para el acusado, pero también para toda la comunidad, y por ello es ineludible esta forma de tomarla. El juicio penal por jurados es, en el sentido de este artículo constitucional, una obligación del Estado y de los ciudadanos para todos los casos “criminales”.

El artículo 24, en cambio, señala el derecho de todo ciudadano a ser juzgado por un juicio por jurados (el artículo 75 sólo señala las obligaciones –por cierto que incumplidas lo que autoriza a que su tarea se realice por otro órgano- del legislador nacional, en el caso la de constituir tribunales con jurados). Sobre la base a lo que surge dogmáticamente de este artículo 24, distinguidos autores especialistas en el tema afirman –como Hendler en un exquisito y por breve dos veces buen ensayo⁴- que el mandato constitucional de realizar los juicios penales por jurados no es un imperativo para todos los casos sino un derecho de cada ciudadano que bien podría ser declinado. No creo que esto sea así. La consideración a los derechos como si fuesen privilegios proviene del origen de las resistencias medievales al poder estatal, a ello se le suma, luego, una enunciación de los derechos en clave mercantil. Ambas nociones contradicen el principio ilustrado de auténticos derechos, que deben ser irrenunciables, indisponibles e innegociables, ya que se conciben como límites al poder y como ideal de emancipación humana (esta es la clave, también, para rechazar el “juicio abreviado”).

La noción de derechos como privilegios/mercancías tiene como antecedentes, también, a la hermenéutica de la Constitución de los Estados Unidos y a la jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense. De esta última surge el argumento que quizá tiene mayor efecto “político” (o de organización institucional) para mantener que el juicio por jurados sea de factible realización sólo en algunos casos: el que indica que en caso contrario serían de imposible realización todos los juicios y se paralizaría el sistema penal. Sin embargo este temor no constituye un obstáculo ineludible para comprender al juicio por jurados como una obligación institucional en los Estados republicanos y democráticos a la vez que un derecho de los ciudadanos, sino que debería conducirnos a otra reflexión sobre la cantidad de conductas incriminadas (o, mejor, conminadas con pena de prisión).

Creo que no tiene relevancia tampoco la naturaleza del modelo adversarial o de disputa que ha tenido un desarrollo histórico determinado en Estados Unidos. Más allá de la significativa diferencia entre los sistemas llamados de disputa (acusatorios o adversariales) respecto de los que pueden ser llamados aún hoy de inquisitivos, de acuerdo a sus conformaciones históricas y como modelos ideales, creo que es posible señalar un hecho que es común a todos los sistemas sociales, al menos del Occidente, y que implica la necesidad de pensar de otra forma la política y en particular la política criminal. En todo Occidente, desde el siglo XIII y con diferentes elaboraciones, se han hecho de interés público algunos conflictos y ha sido el Estado moderno el que surge e interviene definiendo a estos e indicando la respuesta frente a los mismos. Esta nueva relación de poder (poder punitivo) es común en los dos sistemas, y se ejerce en principio en forma ventajosa por algunos

3 Baumann, Jürgen; *Derecho Procesal Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1986.

4 Hendler, Edmundo S., “El Juicio por Jurados, ¿derecho u obligación?” en AA.VV.; *Juicio por Jurados en el Proceso Penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2000.

individuos pero con posterioridad se pretende democratizarla para que tal potencia sea de mayor provecho para todos los que conforman la comunidad.

El reconocimiento de este poder como susceptible de ejercicio democrático, y no sólo el de la necesaria capacidad para imponerle límites de acuerdo a los intereses del individuo, es importante para que, conjuntamente con los derechos y garantías –ellos son los límites mencionados- se interprete armónicamente el diseño constitucional. La Constitución también realiza el diseño del poder público de castigar de acuerdo al paradigma liberal y democrático, además de señalar las formas de que aquel no avance indebidamente sobre los individuos -que es lo que hace el derecho-, y de esta forma indica una nueva modalidad superadora del método estatal e inquisitivo que reemplazó a su vez a la originaria disputa.

Para que el poder público -en concreto el punitivo- pueda realizarse efectivamente, para que tenga vigencia como forma de organización social, debe estar limitado drásticamente en su número de casos. De esta forma se evita la señalada parálisis del sistema que además debe ser otro. La Constitución, al diseñar la forma de realización de todos los juicios penales, indirectamente prescribe que estos casos no deben ser demasiados y así dicta una política criminal responsable y, hay que decirlo, siempre desoída. Los castigos de gravedad, como la prisión, sólo deben imponerse en casos realmente graves y que por ello merezcan el interés de todos. Así, las penas graves y el carácter público de las acciones deberían consagrarse en una proporción de casos mucho menor que en la actualidad y sólo podrían imponerse luego de un juicio por jurados.

El artículo 118 de la Constitución diseña la forma de ejercicio de un poder, y no creo que ello sea incompatible con el derecho del ciudadano a tener un juicio por jurados que impone el artículo 24. En este sentido, me parece que podemos afirmar que todo ciudadano tiene derecho a un juicio penal por jurados como límite al poder punitivo, pero no que tenga derecho a un juicio penal sin jurados, ya que aquel derecho no es declinable y además la imposición de una medida tan grave como la de encerrar a una persona afecta a todos los que integran la comunidad y por eso se realiza en forma pública y con participación ciudadana. Hacerlo de otra forma desvirtuaría a dicho poder punitivo y lo convertiría en otro, como se ha visto en la historia, más lesivo. Las organizaciones históricamente configuradas del poder punitivo burlaron este diseño y se inclinaron por otra forma que atribuye este poder a unos expertos. Ello también es una consecuencia de la profunda reforma que eliminó el sistema de disputa y que impide que se desarrolle un sistema superador del inquisitivo.

II. Estado moderno y capitalismo global en relación al poder punitivo.

A partir del siglo XIII, en Occidente, la disputa entre partes, como forma jurídica y también como forma del conocimiento o averiguación de la verdad para otros saberes, fue reemplazada por el método de la investigación realizada por quien se coloca en un nivel externo y superior. La confiscación del conflicto por parte del soberano, que se colocaba en este nivel, significó un momento trascendente y que también afecta a los sistemas de raíz anglosajona. Algunas resistencias al poder ejercido por el soberano, como la *Carta Magna* inglesa, constituyen el primer paso para poner límites al poder punitivo. Y también los primeros para redefinirlo en clave democrática. Lo

primero es ampliamente desarrollado en la Ilustración, y recientemente por los juristas (por los verdaderos juristas: garantistas y agnósticos de la pena). Lo último también es abordado en el pensamiento ilustrado pero es en menor medida abordado actualmente ya que es más tarea de políticos que de juristas. El juicio por jurados es un buen ejemplo de lo que esto significa.

El enjuiciamiento ante los pares es una forma de desalojar al soberano de aquel lugar conveniente, el de ser el “decisor” de la verdad. No creo que sea, sin embargo y a pesar de cierta mitología que al respecto se ha hecho en el ámbito anglosajón, un signo de la pervivencia del sistema de disputa. Es verdad que el derecho, sobremanera después de las revoluciones burguesas, significa un límite al poder punitivo y al sistema de la investigación, pero también es cierto que no significa que se reemplace a dicho sistema ni mucho menos que se regrese al sistema de disputa. Esta reforma en el poder y en el saber no es jurídica sino política, y difícilmente se realice regresando a formas del pasado. Sin embargo el camino hacia un sistema superior del sistema de la averiguación y quizá también del poder punitivo (que Zaffaroni y colaboradores llaman *dialogus*⁵) toma muchos elementos de la resistencia, que recuerdan y tratan de recrear a la disputa. Así se utiliza al principio acusatorio procesal, que define un poder a la vez que sirve de límite al propio poder que intenta conformar. Tan es así que probablemente es este principio, junto al de legalidad penal, uno de los mayores límites al poder punitivo que va gestando el derecho, sobre todo desde el siglo XVIII.

Paralelamente con estos límites se desarrolla democráticamente el ejercicio de este poder, el punitivo, en clave de soberanía pero reconociendo que la misma no es propiedad de un particular sino que está conformada por todos los que han pasado de ser súbditos a ciudadanos. Junto con ese desarrollo, se verifica otro que apunta a una dirección totalmente opuesta, esto es, antidemocrática y más represiva, y por lo tanto ligada a la soberanía representada por uno o por pocos que la utilizan en su provecho.

La importancia del siglo XIII está dada porque es recién desde entonces cuando se imponen en Occidente el sistema de la averiguación, el poder punitivo –la idea de infracción y la de castigo-, el Estado, la idea de la soberanía y también el derecho, que luego servirá para limitar y de esta forma también para organizar al Estado y la soberanía en una clave diferente a la de la racionalidad burocrática que tiene como mayor exponente a la Inquisición.

Esto será objeto de azarosas peripecias en ese entonces y también en los 800 años que siguieron. Es entonces, creo, que surge una forma de organizar ese poder y que podemos llamar el modelo de gobierno por “expertos”. La idea de racionalidad instrumental nos recuerda que el nacimiento de la sociedad represora es también el de esta racionalidad ligada a una burocracia funcional, que será la que ejercerá antidemocráticamente la conducción de la cosa pública. Los jueces, del rey o de la Iglesia (recordemos que en el siglo XIII se organiza la cruzada para reprimir a los herejes cátaros en la Occitania tras la que surge la Inquisición) son el ejemplo de ese poder punitivo administrado por expertos y asociado al sistema de averiguación.

Sin embargo me parece que este gobierno de expertos no era entonces (y tampoco lo es ahora) una necesidad histórica. El siglo XIII (año 1215) es también muy importante para la historia de la política criminal por ser entonces cuando se redacta la mencionada *Carta Magna* inglesa, en la que

5 Zaffaroni, Eugenio Raúl, y Alejandro Alagia y Alejandro Slokar; *Derecho Penal. Parte General*, EDIAR, Buenos Aires, 2000.

se rastrea la resistencia a este poder burocráticamente administrado, con la exigencia del juicio ante los pares. También este año de 1215 es el de la celebración del cuarto Concilio de Letrán que prohibía a los sacerdotes participar en ordalías –fin del modelo de disputa- pero que no reemplazaba, aún, la voz divina por un juez experto sino que imponía la práctica de someter la cuestión a un grupo de vecinos que dieran testimonio “jurado” del hecho.

Mera coincidencia de fechas. Lo que quiero señalar es que en su mismo origen coexisten dos formas distintas de someter la decisión sobre la verdad en el soberano. La expresada por el experto/funcionario y la que señala que someterse a la soberanía del país es someterse a la decisión de la comunidad representada por unos vecinos o sea, al tribunal del jurado.

Esta última opción tendrá aceptación en los intentos democratizadores y limitadores del poder punitivo ya que desde que aparece la estructura estatal con sus funcionarios se evidencia como radicalmente injusto que sean ellos los que representen a la parte acusadora y también decidan. Esto es una rémora del sistema de disputa, aunque no significa volver a él, ya que el papel del Estado en el lugar del ofendido particular y la existencia de un tercero que resuelva demuestran con claridad la diferencia.

El Estado nunca puede ser una parte situada en el mismo plano de igualdad que su contendiente. En el sistema procesal penal que ha quedado configurado en Occidente (tanto en los países de tradición continental europea como, con un desarrollo distinto y con mayores resistencias, en los anglosajones) es el Estado el que reemplaza a la víctima y se enfrenta con el acusado. El juicio por jurados, en el que resuelve un grupo de vecinos “de simple y ordinario buen sentido” como quería Beccaria, miembros de la comunidad pero que de ningún modo pueden ser parte de los expertos a sueldo del Estado, refleja una noción cultural de sentido común quizá universalizable y sin duda explotada como tal desde las críticas ilustradas al poder punitivo de su época, que indica que “el que acusa no puede resolver” para estar ante un juicio justo. Es por todo ello que, además de ser el juicio por jurados un límite al poder punitivo (y por tanto un derecho del acusado) es una forma de organizar este poder de forma distinta al gobierno de expertos.

Pero quiero volver al siglo XIII porque también entonces comienza una importante transformación que va unida a las anteriores y que forma parte del tema que me convoca. Es la de la forma de producción, que comienza a desarrollarse entonces en algunas ciudades de Europa y será la actualmente vigente. El capitalismo y la lógica de poder de los mercados surgirá por la propia incapacidad de respuesta del modo de producción feudal pero también articulando una nueva distribución del poder, en clave de soberanía, y de acuerdo a nuevas racionalidades de las que no se excluyen las punitivas. Surge en ese entonces también, de la mano de una mayor seguridad en los mares y caminos y de innovaciones tecnológicas que se profundizarán con la revolución mercantil, algo que nosotros, probablemente con algo de arrogancia, creemos que pertenece en exclusiva a nuestra época: la “globalización”.

Una tendencia intelectual hacia el universalismo y una pretensión de abarcar el mundo por parte del mercado no fueron obstáculo para el desarrollo de los Estados en clave de soberanía en la alta Edad Media; tampoco parece que la actual globalización vaya en contra de la revalorización de lo local aunque se ponga en crisis algo de la soberanía estatal. De hecho, hay quienes hablan de “glocalización” para explicar mejor esto que nos afecta y preocupa últimamente en ambos niveles. Pensar en la forma de organización de lo local y que afecta a los vecinos cercanos es tan importante

como pensar alguna forma de organizar el poder global, en la sociedad posible del siglo XXI. Los dos niveles cuentan, hoy en día, con un efectivo poder represivo. Pero para lo primero tenemos la ventaja de lo que se ha ensayado y estipulado en los últimos siglos como forma de organizarlo y de limitarlo. Una de estas formas de organización de lo local, en relación al poder punitivo, es, lo repito, el juicio por jurados.

III. Siglo XXI ¿Qué diseño para el poder punitivo?

Antes de continuar con este desarrollo, me parece trascendental insistir que esta exigencia u obligación constitucional de implementar el juicio por jurados para todos los casos debe ser cumplida sin entrar en mayores razones y sólo porque lo dice la Constitución Nacional. Incluso la forma más reducida de entender la forma republicana y democrática de gobierno tiene como punto de partida el respeto por la legalidad vigente, que comienza con la Constitución (y el principio de legalidad es reivindicado incluso por los partidarios del gobierno de los expertos). Ya hace casi veinte años Pastor⁶ señalaba que el imperativo constitucional era el de realizar juicios penales por jurados y que al que no le gustara debería argumentar en contra de la Constitución y promover su reforma.

No es necesario ni justo, entonces, explicar las razones por las que creemos conveniente aplicar la Constitución, sino simplemente las de hacer que se cumpla la Ley máxima. Sin embargo, como ha habido expresiones de juristas prestigiosos que manifestaban la no necesidad e inconveniencia del juicio por jurados en las sociedades actuales otorgando importancia para afirmar ello a la incidencia de la “globalización”⁷, realizaré el esfuerzo de indicar porqué, además de por el respeto a la legalidad vigente, en el siglo XXI el juicio por jurados continúa siendo un principio que permite y garantiza el desarrollo de la mejor forma de organización política, a más de constituir una garantía para el acusado (en el sentido de que favorece sus intereses como demostró Fletcher, primero en una excelente comparación de sistemas⁸ y luego resaltando la importancia de esta institución ya que “la confianza en el Jurado manifiesta la preocupación por proteger a los disidentes en juicios con extraordinarias connotaciones políticas”⁹).

6 Pastor, Daniel; “Acierto e hipocresía en una sentencia trascendente (¿Juicio por jurados ya?)” en revista No hay Derecho, nro. 5, Buenos Aires, 1991.

7 Elbert, Carlos E.; “¿Necesitamos, en 1998, el juicio por jurados?” en revista Jurisprudencia Argentina, t. 1998 IV, Buenos Aires. La mejor respuesta Hendler, Edmundo S.; “En 1999 (y en 1998) necesitamos el juicio por jurados” en diario La Ley, t. 1999 A, Buenos Aires.

8 Fletcher, George P.; “¿Es mejor ser enjuiciado por un delito en un sistema de derecho consuetudinario que en un sistema de derecho continental?” en AA.VV. *Sentido y Contenidos del Sistema Penal en la Globalización*, Fiscalía General de la Nación/Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Medellín, 2000. Nino, por el contrario, decía que éste no es un buen argumento pro juradista ya que no puede sostenerse a priori que la decisión del jurado será más justa que la de los jueces profesionales, Nino, Carlos, *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 451. Como dice Maier, tampoco lo contrario puede afirmarse, Maier, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, cit., p. 786.

9 Fletcher, George P., *Las víctimas ante el jurado*, Valencia, tirant lo blanch, 1997 (trad. de J. J. Medina Ariza y A. Muñoz Aurniún. Revisión prólogo y notas, F. Muñoz Conde), p. 282.

Por lo que se ha dicho, se puede afirmar que las razones expuestas por los pensadores iluministas del siglo XVIII y que se plasmaron finalmente en los textos constitucionales como el nuestro en el siglo XIX, siguen siendo plenamente vigentes en el momento actual. La necesidad de imponer límites a un poder punitivo que afianzaba violentamente el poder estatal, pero impedía otro momento globalizador enmarcado en la revolución industrial, da lugar al mayor desarrollo de la ciencia jurídica como garantizadora del individuo y configuradora de un poder limitado y democratizado. Uno de sus “caballitos de batalla” era el juicio por jurados.

La administración del poder por parte de los expertos, amparados con posterioridad nuevamente con la utilización del paradigma del progreso guiado por la ciencia y la tecnología que no pueden ser aprehendidas por los ciudadanos (según los positivistas de fin del siglo XIX que son los que se oponen en todo el mundo al jurado clamando para que se reemplace por expertos en la conducta humana, igual que los positivistas actuales) impide el desarrollo de este diseño del poder punitivo de los Estados. Se impide también con esto una efectiva democratización, al interior de los Estados y en las relaciones internacionales.

Paralelamente a ello, y a la sombra del patrón oro, se produce un nuevo e importantísimo proceso de globalización de la economía mundial (auge del comercio internacional más imperialismo). Esa globalización tuvo un final producido por el desgaste de esa forma de producción (como con seguridad lo tendrá la actual y quizás estemos viviendo su inicio). Tras la crisis de 1929 (y con la II Guerra Mundial de por medio, que demostró los extremos de violencia asesina que puede alcanzar la racionalidad burocrática de Estado ilimitada; y también con la existencia de proyectos alternativos que concluye con la caída del muro de Berlín) se desarrolla, en algunos Estados occidentales, un período del capitalismo signado por el “Estado de bienestar”. Éste frena la internacionalización del capitalismo a la par que impide la distribución democrática del poder al legitimar las actividades de los expertos burócratas que actuaban desde Estados ampliados en su esfera de actuación.

Esta forma de organización deja de tener interés con la caída del sistema que justificaba la lógica bipolar de distribución del mundo y así el capitalismo adquiere la forma de circulación y acumulación de riqueza que lo caracterizaba anteriormente y se amplía como lo habían pronosticado Marx y Engels.

Sin embargo, no podemos desconocer que se producen otras transformaciones desde los finales del siglo XX y que afectan, sin dudas, a la Argentina. Los cambios políticos se complementan con la revolución tecnológica (informática y de comunicaciones) que genera impactos en ámbitos no sólo económicos de nuestras sociedades. Asimismo, el cambio del modelo capitalista de producción fabril por otro de tipo especulativo, evidentemente afectó a la forma de comprensión de la ciudadanía y de su participación en la cosa pública.

Estos acontecimientos imponen pensar en razones que justifiquen la pervivencia del jurado en las sociedades de la globalización, aunque no se trate más que de cambios en los discursos dominantes como ideologías que guían la política (y por tanto también la política criminal). La globalización de la revolución tecnológica ha aparejado profundas modificaciones en el diseño del poder punitivo al interior de los Estados, de acuerdo a estos discursos dominantes. También ha significado una pérdida de la soberanía de los Estados en relación a otras esferas, ahora mundiales, del poder económico y también político.

El reemplazo de la técnica de control basada en la disciplina de la fábrica ocasiona no pocos problemas a los funcionarios actuales, los expertos que deben reemplazarla por otra para acallar el conflicto social.

Ahora, al igual que a lo largo de estos 800 años de existencia del poder punitivo, las tendencias por democratizarlo y por reservarlo en manos de unos pocos para su provecho han oscilado, aunque siempre con claro predominio del ejercicio represivo y autoritario de este poder en manos de los expertos. Desde una tarea descriptiva es lamentable tener que decir que actualmente también se imponen, de manera salvaje, las racionalidades burocráticas al servicio de clase que diseñan un nuevo holocausto utilizando el poder punitivo de los Estados.

La caída de las relaciones que estaban enmarcadas por el “Estado de bienestar” da lugar a una sociedad del riesgo que afecta en particular a las relaciones interindividuales. Con ello se puede advertir un panorama de inseguridad permanente de los individuos que habitan esta sociedad, que es encausado por el poder de las burocracias políticas hacia la seguridad frente al otro. La clase política calma inquietudes y busca consenso social debatiendo y consensuando entre expertos, con la divulgación de los medios masivos de comunicación, políticas de seguridad de tipo punitivas. De esta manera es que el tema de la seguridad ciudadana ocupa el lugar de la discusión por sobre el diseño del poder punitivo –y sus límites- quedando inserto en la agenda de discusión pública con las consideraciones represivas que conocemos. Frente a la situación de crisis social profunda -real o percibida como tal- se pretende recuperar el instrumento punitivo autoritario para reconstruir una falsa sensación de solidaridad.

El diseño de este poder terrible dejará otra vez la administración –y provecho- del mismo en manos de expertos. Ello se advierte en la tan en boga concepción de tipo “managerial”, administradora o de gestión (del riesgo) del sistema punitivo -llamada “nueva penología” o “justicia actuarial” en sus versiones estadounidenses, rápidamente globalizadas- que sólo se preocupa por mantener el orden, simbólicamente, en la sociedad que está “dentro” del mercado, e intenta mantener a raya, incapacitando o neutralizando, a los que están “fuera”.

Este diseño del poder punitivo de la nueva globalización no se diferencia de los que sistemáticamente realizaban los modelos autoritarios (y también científicistas) que se sostuvieron en el positivismo desde fines del siglo XIX y, desde hace ocho siglos, en la Inquisición y su método de averiguar la verdad.

De aquellas tradiciones son herederos los actuales expertos, capaces de racionalizar con rebuscados y puntillosos análisis teóricos, opciones políticas capaces de llevar a las comunidades a la aniquilación del otro y a la pérdida de su libertad y tranquilidad. Por ello es que puede decirse que esta empresa, que ha caracterizado la organización del capitalismo dentro de los espacios estatales y también en el ámbito internacional, está guiada por racionalidades que no piensan.

El proceso de racionalización de Occidente que desarrolla el poder (también el punitivo) y el capitalismo, se encuentra actualmente representado por varias racionalidades que tienen como punto en común su utilidad para las burocracias en la búsqueda instrumental de fines desligados de la moral y autojustificantes de su existencia.

Hasta ahora, en la globalización de la revolución tecnológica lo importante para estas burocracias –y aparentemente para esta fase del capitalismo- es emitir discursos con efecto

tranquilizador hacia una clase y atemorizador hacia otros, utilizando el alto desarrollo de las técnicas comunicativas y sin importar sus efectos reales. Esto se realiza al interior de los espacios estatales, lo que demuestra que la vieja forma organizativa de la soberanía, aunque se encuentra afectada por la globalización y por poderes económicos que exceden sus marcos, sigue teniendo efectos concretos en la administración de la violencia del poder punitivo y, con él, sobre la organización de las sociedades en que vivimos. De hecho, también en el uso global del poder represivo se utilizan esquemas que no abandonan la noción de soberanía, como observamos tras los lamentables sucesos del 11 de septiembre y los posteriores y también lamentables productos de la acción vindicativa del ejército de los Estados Unidos y sus aliados.

Quizá no podamos hacer nada para salir de esta “jaula de hierro” de la modernidad que nos lleva hacia la degradación de opciones morales y la ampliación de las expresiones punitivas salvajes, suprimiendo la participación democrática en beneficio de un descarnado decisionismo tecnocrático. Pero por más sólida que sea dicha jaula es importante recordar que, como el propio sistema, puede “desvanecerse en el aire”. Por lo tanto algo hay que oponer en contra de este ejercicio antidemocrático de la soberanía y del poder de castigar: algo que surge de la propia modernidad. El diseño del poder punitivo que se bosqueja en la Ilustración, y del que es parte fundamental el juicio por jurados, es la opción que tenemos más a mano para pensar en una modernidad diferente, efectivamente pensante y que piense en el bien de todos y en verdaderas formas de evitar el desastre al que nos conducen estas racionalidades que no piensan.

El hecho de que en la actualidad al sistema capitalista le resulten incómodas las antiguas reglas del orden democrático y del derecho liberal, y que lo más “eficaz” –racional en el sentido señalado– resulte abolirlas y reproducir en el derecho las desigualdades del sistema, nos demuestra de cuánta utilidad pueden seguir siendo.

IV. El Jurado. Funciones políticas y legitimación. Ciudadanos versus expertos.

Por fortuna, nuestra tarea no debe limitarse a describir un estado de cosas: también se puede proponer la forma de eludir una proyección moralmente inaceptable (o sea, racionalmente de acuerdo a fines que es lo que se quiere indicar con la oposición “pensante” a las racionalidades burocráticas).

En esta exposición me limito a resaltar las -ya señaladas mejor por otros¹⁰- bondades del juicio por jurados, pero no quiero dejar de señalar que éste es sólo una expresión de un diseño democrático del poder en el sentido más amplio. La participación democrática en todos los ámbitos del poder es ineludiblemente necesaria para romper el miedo y la inseguridad que, a la vez de producir, son generadas por las sociedades represoras que son las que excluyen a los individuos de los procesos de toma de decisiones.

Ya desde la Grecia clásica la condición de ciudadano se definía por la participación en la administración, del gobierno y de la justicia. Montesquieu, con aquel modelo, insiste en que el

10 Cavallero, Ricardo J. y Hendler, Edmundo S.; *Justicia y participación. El juicio por jurados en materia penal*, Universidad, Buenos Aires, 1988. Hendler, Edmundo S; *El juicio por jurados. Significados, genealogías, incógnitas* Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.

ámbito privilegiado de una soberanía ejercida en forma limitada y en cabeza de todos los ciudadanos es el del poder punitivo (o judicial respecto de lo penal). Para todos los ilustrados, e incluso liberales de talante algo conservador como Tocqueville, el sistema de jurados era tan imprescindible como el voto universal en un sistema donde la soberanía se ejerce por todo el pueblo. Sin embargo hasta hoy en la Argentina, este poder punitivo es decidido en su aplicación por un grupo de expertos -los jueces- que son entonces quienes realmente utilizan el poder soberano del Estado en desmedro de una concepción democrática del mismo y desde prejuicios de clase autoelaborados por la propia pertenencia judicial y la -mala- formación jurídica (por ello mismo, separados de la mayoría de los individuos y cercanos al aprovechamiento del poder por los aventajados). Optar por el diseño de este poder decisor sobre lo punitivo con la resolución en manos de los ciudadanos que integran el Jurado es la necesaria conexión con el modelo de la igual capacidad política (luego: económica, social, etc.) de todos los individuos de la sociedad.

El Jurado se ha definido acertadamente, por ello, como la institución de cierre de la democracia¹¹. Este tipo de enjuiciamiento es el que demuestra las posibilidades y necesidades para la democracia de la participación ciudadana en la justicia¹², de la que se desprenderán muchas ventajas¹³. Como señalaba Carlos Nino: “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”¹⁴.

Dentro del diseño de participación democrática de corte horizontal -y limitador del vertical- pensado por los ilustrados al imitar la tradición griega y romana republicana, la forma de enjuiciamiento por jurados es tan importante como la participación democrática en la elección del legislativo y el ejecutivo¹⁵. Quienes rechazan al Jurado, también rechazan en el fondo, como decía Tocqueville la propia idea de la soberanía popular¹⁶. Y con ella las posibilidades de ejercicio de poder en forma comunitaria u horizontal, y por lo tanto menos violenta.

De esta forma, el juicio por jurados puede ser no sólo la herramienta que limite el desmesurado poder punitivo de los actuales Estados puestos al servicio de los poderes privados internacionales, sino también la que remueva los límites del Estado soberano (de ciudadanos soberanos) para ejercer el monopolio de la violencia y por lo tanto legítima en el sentido de justificada moral y políticamente. Este ejercicio está hoy afectado, más que por las consecuencias de la globalización,

11 Gimeno Sendra, Vicente, Moreno Catena, Víctor y Cortes Domínguez, Valentín, *Derecho Procesal Penal*, 3ª edición, Madrid, Colex, 1999, p. 62.

12 Vázquez Rossi Jorge E., “Crisis de la justicia penal”, en *Doctrina Penal*, nro. 10, Buenos Aires, Depalma, 1987.

13 Una de ellas, destacada por Maier, es que no es compatible esta institución con la del juez de instrucción, Maier Julio B. J. “La reforma procesal penal para implementar un sistema de juicios terminados por jurados” en AA.VV.; *Juicio por Jurados en el Proceso Penal*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2000, p. 15. Otra es que no podrían realizarse todas las imposiciones de pena que hoy se realizan y obligaría, también, a reducir el derecho penal, como ya se dirá.

14 Nino, Carlos, *Fundamentos de derecho constitucional*, cit, p. 451.

15 De Prada García, Aurelio; “Soberanía popular, poder judicial y jurado en el sistema jurídico español: Algunas consideraciones” en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nro. 93, Madrid, 2000.

16 Tocqueville, Alexis de, *La democracia en América México*, Fondo de Cultura Económica, 1957 (trad. de Luis Cuéllar), p. 275.

por las incoherencias de su administrativización o ejercicio meramente actuarial e injustificable, tanto moral como políticamente.

No es casual que el nuevo ejercicio del poder punitivo por expertos, que es concomitante a la actual globalización, haya recurrido a potenciar el plano local y a la apelación a la comunidad para obtener legitimación y “borrar” los límites de los derechos. Sin embargo esta apelación no tiene efectos ya que se hace sin una efectiva participación de los individuos (como ciudadanos soberanos) en el poder punitivo que continúa en manos de expertos (políticos, jueces, policías) y por lo tanto no es público en sentido democrático. La participación democrática real, sin manipulaciones de las corporaciones de expertos, puede ser un argumento de efectiva legitimación (y no otro -falaz- en el que se apoyan las políticas represivas actuales) a la vez que una confirmación de los límites al propio poder democrático.

En estas sociedades de la globalización la dimensión más importante del poder punitivo radica en su significado comunicativo, en ello no se equivocan quienes guían las actuales políticas penales. Pero la forma en que se formulan los mensajes de un poder no democrático implica, además de un mayor sufrimiento efectivo de los sujetos que sufran el poder punitivo, su fracaso más pronto que tarde. Por el contrario, acortar la distancia entre los ciudadanos que reciben el mensaje y aquellos que lo emiten permitirá (y estoy en desacuerdo por lo tanto con Garapon¹⁷) reducir la violencia utilizada y a la vez otorgarle mayor legitimación al propio poder público. El diseño constitucional de juicio oral, público y por jurados es la forma para lograrlo, y es una clave dentro de las representaciones democráticas modernas como rituales de comunicación que supera con éxito el error inquisitivo de pretender lograrlo con el secreto y la escritura.

Los rituales comunicativos de la justicia penal son ceremonias que despiertan compromisos de valor específicos en los participantes y en el público, y actúan así con un importante contenido legitimante y pedagógico, reproduciendo los valores republicanos y democráticos y a la vez generando y regenerando una mentalidad y sensibilidad mayores hacia el conflicto y la violencia.

El juicio por jurados es un producto de la participación democrática pero a la vez es productor de ella, tanto en quienes intervienen como jurados como sobre los ciudadanos que forman parte del público y potencialmente pueden integrar un jurado en otro momento. Sin los juicios por jurados y en la medida en que el papel de los ciudadanos tomando decisiones en forma directa o indirecta a través de sus representantes (e incluso como mero espectador) se ha reducido, el papel del experto se ha incrementado. Esto les otorga un poder mucho mayor a estos expertos que encubren sus opciones morales y políticas con un lenguaje técnico que presumiblemente tiene la ventaja de ser más

17 Garapon, Antoine; *Juez y democracia. Una reflexión muy actual*, Flor del viento, Barcelona, 1997. En este brillante ensayo pretende mantener alejados a los legos de la administración de justicia para no perjudicar su mensaje pacificador. A pesar de ello, también Garapon cree ver en el Jurado una posibilidad de realizar una Justicia futura con efectos claramente benéficos. Y estos efectos serían tanto para la justicia cuanto para la democracia. Citando a Leclercq dice: “los jurados se encuentran bruscamente en la situación de ciudadanos, y aquellos que en el bar del café de comercio despotricaban contra el crecimiento de la delincuencia y exigían mano dura para acabar con los malhechores, tratan de conocer el verdadero rostro de esos hombres que les hablan, se preguntan sobre lo justo y lo injusto, sobre la función de la pena. Hay pocos lugares donde se vea tan abiertamente la evidencia de la democracia. Es la responsabilidad social la que hace al ciudadano. El elector es más ciudadano que el encuestado, el consejero municipal que el habitante, el alcalde más que el consejero municipal. La conciencia ciudadana es más importante para juzgar que el profesionalismo”, Leclercq, Henri, “Faut-il en finir avec le jury populaire?” citado por Garapon, Antoine, *Juez y democracia*, cit., p. 275.

“civilizado”, pero que va de la mano con el fracaso en su intento de educar sistemáticamente al público en la realidad del castigo y en el hecho de formar parte de él y de sus consecuencias. Ello permite que profesionales ‘liberales’ y ‘civilizados’ se quejen del público ‘punitivo’ y sus exigencias irreales. Creo que la participación de los ciudadanos en la justicia tiene también una función clara de legitimación de la instancia punitiva de la soberanía estatal si ella se ejerce democráticamente y a la vez es más eficiente para reducir las demandas de respuesta violenta como forma de ejercicio del poder punitivo.

El modelo democrático y participativo del poder punitivo tiene, para ello, un determinado modelo de “comprensión escénica” que asegura la producción del conflicto como “caso penal”. El poder punitivo sólo podrá legitimarse si recurre a un modelo radicalmente diferente al de la justicia clandestina. Este otro modelo es el del juicio por jurados.

El juicio penal atañe a toda la sociedad (es lo que se pretende en un Estado democrático) y ésta debe participar del momento comunicacional que en él se desarrolla. La función simbólica, como proyección de imágenes que se quieren dar de la sociedad, tendrá éxito sólo si es realizada por los ciudadanos y no sólo para ellos. A la vez esto permitirá, también, generar la reflexión democrática sobre ciertas funciones sociales que, en Occidente, se realizan privilegiadamente en el marco estatal. Ello no quiere decir que serán administradas burocráticamente (y con ilegitimidad irreductible) por la casta vitalicia que nos acostumbra a la “racionalidad” de la justicia de gabinete, pues todo lo contrario es lo que indica la adecuación al modelo democrático de discusión y de toma de decisiones que es lo que puede hacerse hoy para evitar el holocausto al que llevan estas otras racionalidades.

V. Conclusiones. Los peligros.

La elección del juicio por jurados, hoy, implica un profundo rechazo a las políticas penales y policiales (se confunden) que persiguen a ese cada vez mas amplio segmento de la población arrojado al margen del sistema de regulación económica imperante y son, por lo tanto, una provocación, a veces deliberada, al delito que ellas mismas definen y seleccionan. La participación ciudadana en la forma de realizar justicia es un primer paso que llevará ineludiblemente a que esta participación se extienda a la propia definición de lo que es delito y por lo tanto a la definición de las políticas criminales y su forma de implementación, segundo paso que llevará finalmente al camino por una sociedad más justa e igualitaria, menos temerosa, y por lo tanto a un orden legítimo.

Pero mientras continúe la crisis de este nuevo período globalizador del capitalismo parece difícil que las cosas cambien para mejor. Por lo tanto persiste el peligro de que la participación sea cooptada por los expertos de ese conglomerado llamado “seguridad ciudadana” para devolver una legitimación perdida. No se tratará en este caso de una real participación –ni tampoco habrá finalmente legitimación– sino que los ciudadanos serán utilizados para apoyar falsos modelos “comunitarios” en los que la comunidad será sierva y rehén de los expertos y de sus políticas definidas en forma previa a la discusión masiva. En este caso el juicio por jurados será preferible de todas maneras, como parte del mayor freno al poder punitivo exclusivo y excluyente (aunque cuente con el aplauso popular debidamente manipulado –a falta de reales alternativas– por los expertos). El derecho liberal y garantista declamado desde el siglo XVIII, que incluye, entre otros derechos, al

Jurado en su versión del artículo 24 C.N. constituye este freno y, además, reclama la reflexión sobre el poder punitivo que se encarga de limitar.

El segundo peligro que se corre es que desde aquellas políticas penales represivas, y de acuerdo a sus racionalidades que precisan del aumento del número de, y del rigor hacia, los inculpatos, sea catalogado de ineficiente para implementarlas (por costo, por tiempo, por dificultades varias). Este peligro no debe ser evitado. Justamente ello es lo que debe demostrar la existencia del juicio por jurados ya que él es incompatible con estas políticas. Si se lo toma en serio y se lo lleva a sus últimas consecuencias permitirá la necesaria reflexión sobre el poder punitivo e impulsará una radical reforma del Código penal, a la vez que una reforma profunda de la organización judicial, y también una reforma del procedimiento. Estas modificaciones deberán verificarse no sólo en las leyes sino también en los hábitos de los operadores de las agencias del sistema punitivo ya que no puede democratizarse al poder punitivo si éste no es internamente democrático.

Por último, deseo indicar que también es un peligro creer posible este diseño participativo sólo en un país. Es necesario “contagiar” con estos intentos y promover cambios en el diseño del poder global. Lo dicho hasta aquí tiene sentido en lo que hace al ejercicio del poder y los límites a los que los somete el derecho a nivel local. La globalización obliga, como se ha dicho, a transformar los diseños de poder mundial, así como la cultura jurídica que pueda limitarlos. Las atrocidades a las que llevan las racionalidades políticas locales y globales, siempre cómplices de la riqueza globalizada (que constituye de por sí un poder) deben ser impedidas también por unos instrumentos y principios provenientes del derecho y la política que se gestan en el Iluminismo. La crisis de la noción de soberanía (parcial, ya que no se vislumbra otra lógica en el ejercicio del poder local y tampoco se utiliza otra en el de las guerras) permite acercarnos a una embrionaria aún idea de justicia universal y a un proyecto en ciernes de constitucionalismo global. La definición de ellos, sin embargo, no puede quedar en manos de unos expertos, jueces o “tecnócratas”, que utilizarán este nuevo poder global en contra de los intereses de los pueblos y de los individuos. La participación ciudadana en la organización de esta justicia como un poder y en la fijación de sus límites es imprescindible.