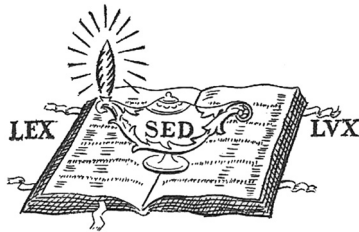


ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y
CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

ANALES

SEGUNDA ÉPOCA
AÑO LXV - NÚMERO 58
2020



BUENOS AIRES

**ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES DE BUENOS AIRES**

Presidente

Académico Dr. ROBERTO E. LUQUI

Vicepresidente

Académico Dr. EMILIO P. GNECCO

Secretarios

Académico Dr. JOSÉ W. TOBIÁS
Académico Dr. EDUARDO A. SAMBRIZZI

Tesorero

Académico Dr. ALBERTO B. BIANCHI

COMISIÓN DE PUBLICACIONES

Director Honorario

Académico Dr. JAIME L. ANAYA

Director de Publicaciones

Académico Dr. GREGORIO BADENI

Vocales

Académico Dr. JOSÉ W. TOBIAS

Académico Dr. ALBERTO B. BIANCHI

ÍNDICE

ANALES 2020

I. COMUNICACIONES EN SESIONES PRIVADAS

<i>El enriquecimiento sin causa y la compensación económica como instrumentos usados por la jurisprudencia para decidir cuestiones patrimoniales derivadas de la unión convivencial.</i> Comunicación de la Académica doctora Aída R. Kermelmajer de Carlucci, en la sesión plenaria del 13 de agosto de 2020	17
<i>Balance de la aplicación del Código Civil y Comercial a cinco años de su entrada en vigencia.</i> Comunicación del Académico Julio César Rivera, en la sesión plenaria del 27 de agosto de 2020	47
<i>La Terapia Experimental y la Pandemia.</i> Comunicación del Académico José W. Tobías, en la sesión plenaria del 24 de septiembre de 2020	91
<i>La anomia argentina y una tarea impostergable.</i> Comunicación del Académico Carlos A. Etala, en la sesión plenaria del 8 de octubre de 2020	115
<i>El Juicio por Jurados ante la reforma judicial.</i> Comunicación del Académico Alberto Ricardo Dalla Vía, en la sesión plenaria del 22 de octubre de 2020	127

<i>La cuestión de la justicia en el Edipo rey de Sófocles.</i> Comunicación del Académico Siro M. A. de Martini, en la sesión plenaria del 12 de noviembre de 2020	143
<i>Del voluntarismo jurídico a la razón práctica en el derecho.</i> Comunicación del Académico Rodolfo Vigo, en la sesión plenaria del 26 de noviembre de 2020	171
<i>El cuidado y control de las instituciones del Estado mediante el Derecho.</i> Comunicación del Académico Jorge Reinaldo Vannossi, en la sesión plenaria del 3 de diciembre de 2020 . .	191

II. ACTIVIDADES DE LOS INSTITUTOS

Instituto de Derecho Administrativo	211
Instituto de Derecho Civil	221
Instituto de Derecho Constitucional <i>Segundo V. Linares Quintana</i>	225
Instituto de Derecho Internacional Público	229
Instituto de Derecho Penal	231
Instituto de Derecho Procesal	233
Instituto de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social	235

III. OTRAS DISERTACIONES Y TRABAJOS

<i>Transformaciones Sociales y ¿Crisis del Derecho?</i> Comunicación preparada por el Académico Mariano Gagliardo, para la sesión plenaria del 23 de abril de 2020, que luego fue suspendida por razones de COVID-19	239
<i>La Autonomía en jaque... y la Constitución también.</i> Comentario al fallo “Lanzieri” y otras consideraciones, trabajo inédito del Académico Julio César Rivera, que forma parte de una obra que dirige el Académico de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Daniel Pizarro .	255

<i>¿Es constitucional la norma que impone a los empleadores privados el pago íntegro de sus remuneraciones a los trabajadores afectados por el aislamiento preventivo y obligatorio?,</i> trabajo elaborado por el Académico Carlos Alberto Etala ante la propuesta de la Presidencia del 21 de abril de 2020 de abordar temas vinculados con la pandemia de COVID-19	281
<i>La crisis y la incertidumbre en la época del COVID-19.</i> Texto elaborado por el Académico Enrique M. Falcón, ante la propuesta de la Presidencia del 21 de abril de 2020 de abordar temas vinculados con la pandemia de COVID-19.	287
<i>Los recursos limitados y el «amparo» como instrumento de acceso a la salud.</i> Texto elaborado por la Académica Aída R. Kemelmajer de Carlucci, ante la propuesta de la Presidencia del 21 de abril de 2020 de abordar temas vinculados con la pandemia de COVID-19.	293
<i>Pandemia y dignidad de la persona humana.</i> Texto enviado por el Académico Alfonso Santiago, para la Revista de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional y presentado a la Academia ante la propuesta de la Presidencia del 21 de abril de 2020 de abordar temas vinculados con la pandemia de COVID-19	341
<i>Una sociedad cada vez más desprotegida ante un Leviatán cada vez más poderoso.</i> Disertación del Académico Alberto B. Bianchi, en representación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en el IX Encuentro Interacadémico 2020 sobre “Pandemia. Los múltiples desafíos que el presente le plantea al porvenir”	351

IV . HOMENAJES

<i>Doctor Gregorio Badeni.</i> Resolución del 15 de septiembre de 2020	373
--	-----

<i>Palabras pronunciadas por el presidente, Académico Roberto E. Luqui</i>	375
Con motivo del fallecimiento del expresidente Dr. Gregorio Badeni. “ <i>De un Presidente a otro Presidente</i> ”, por el Académico Jorge Reinaldo Vanossi	377

VI. DECLARACIONES Y DICTÁMENES

Declaración en defensa de la vida y petición de veto	383
Declaración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires sobre el papel del Equipo de Salud durante la pandemia COVID-19	385
Declaración sobre la creación de un Observatorio de la Desinformación y la Violencia Simbólica en Medios y Plataformas Digitales (NODIO)	387

EL JUICIO POR JURADOS ANTE LA REFORMA JUDICIAL

POR ALBERTO RICARDO DALLA VIA¹

En momentos en que en nuestro país vuelve a discutirse en torno de una reforma judicial, es menester subrayar la institución del juicio por jurados para que sea debidamente considerada.

La primera razón que justifica su consideración es el mandato constitucional, tres veces repetido en los artículos 24, 75 inciso 12 y 118 del texto fundamental. El artículo 24, ubicado en la parte dogmática señala que “*El Congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todos sus ramos, y el establecimiento del juicio por jurados*” (el subrayado es nuestro). De manera que en la doctrina se ha señalado que al estar ubicado en el capítulo de “Declaraciones, derechos y garantías”, el principio tiene aquí el alcance de una garantía individual.

La consideración del juicio por jurados como una garantía individual puede dar a lugar a fundamentar que, en el caso de establecerse, el mismo sea una *opción voluntaria* para el imputado, como ocurre en la provincia

¹ La presente comunicación corresponde a la sesión plenaria de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires del 22 de octubre de 2020 realizada por la plataforma Zoom.

de Buenos Aires; y como fuera planteado por los recurrentes en el caso “Canales” ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, contra la Provincia de Neuquén que lo ha establecido de manera obligatoria para los delitos con penas privativas de libertad superiores a los quince años (CSJN 461/2016 RHI).

En el referido caso, el voto particular del Dr. Horacio Rosatti señaló que la constitución estableció una “garantía institucional” en favor de la participación del pueblo en los procesos judiciales. De nuestra parte, compartimos que se trata de una garantía institucional porque el artículo 24 —aprobado por unanimidad en 1853— es una declaración dirigida al Congreso para que, en su momento, revisara la antigua legislación colonial; tén-gase en cuenta que al momento de la organización nacional todavía regían en nuestro territorio las leyes de Partidas, La Novísima Recopilación y las Leyes de Toro y que, en materia penal, regía el proceso inquisitivo.

En cumplimiento de dicho artículo y del anterior artículo 67 inciso 11 (actual 75 inciso 12) fueron sancionados por el Congreso el Código de Comercio redactado por Eduardo Acevedo y Dalmacio Vélez Sársfield, el Código Civil redactado por este último, y posteriormente el Código de Minería y el Código Penal, así como las sucesivas reformas de los mismos y de los que se agregaron posteriormente, como el Código del Trabajo y de la Seguridad Social (incorporado en reforma constitucional de 1957), agregando la reforma constitucional de 1994 que los mismos pueden ser “*en cuerpos unificados o separados...*”

El Académico Tau Anzoátegui, en su trabajo sobre la codificación en la Argentina señala que: “...La perspectiva codificadora en la Argentina al comenzar la segunda mitad del siglo [XIX], no sólo se nutría de las ideas europeas y americanas, sino que fue estimulada por un importante evento político: la caída de la dictadura de Rosas y su reemplazo por un gobierno abierto a las inquietudes liberales y afanoso por alcanzar la organización constitucional sobre las bases políticas entonces predominantes.

“Liberalismo, constitucionalismo y codificación aparecían así estrechamente vinculados y eran vocablos claves impregnados de un contenido ideológico determinado y unívoco. Aunque no marchasen imprescindiblemente enlazados los códigos y la constitución, lo cierto es que la relación entre ellos era profunda no sólo por el común origen iusnaturalista, sino porque

representaban los dos grandes pasos de la instauración del “sistema de derecho” del siglo XIX”².

La numeración originaria es el artículo 64 inciso 11 de la Constitución de 1853, basado en este punto en el *Proyecto de Constitución para la Provincias Unidas del Río de la Plata* de Juan Bautista Alberdi, que pasó a enumerarse como artículo 67 inciso 11 en la Reforma Constitucional de 1860, agregándose después de la enunciación la frase “*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 que es de importancia para la aplicación del llamado “derecho común” o “derecho de fondo” en el ámbito provincial, sin perjuicio de la reserva de legislación por parte del Congreso Nacional.

Particularmente nos interesa en este tema la última parte del artículo cuando dice “...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 requieran el establecimiento del juicio por jurados”. (Lo resaltado es nuestro).

Este artículo también está dirigido al poder Legislativo, toda vez que el 75 comienza diciendo “*Corresponde al Congreso:*”, pero a diferencia del art. 24, éste está ubicado en la segunda parte o “parte orgánica” de la Constitución Nacional y el inciso 12 se refiere al deslinde de competencias legislativas entre el Congreso de la Nación y las Provincias, dando lugar a discusiones jurídicas acerca de si el establecimiento del juicio por jurados es competencia exclusiva del gobierno nacional o si también pueden legislar las provincias. La cuestión ha sido zanjada en tiempo relativamente reciente por el voto mayoritario de los ministros Maqueda, Lorenzetti y Rosatti en el ya mencionado *leading case* “Canales” del año 2016, primera oportunidad en que la Corte Suprema convalidó la constitucionalidad de una institución que, a pesar de estar en el texto fundamental durante 166 años, era considerada por muchos juristas como un caso de *desuetudo*.

² TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. “La Codificación en la Argentina. 1810-1870. Mentalidad Social e Ideas Jurídicas”. 2ª edición revisada. Librería Editorial Histórica Emilio J. Perrot. Buenos Aires. 2008. Pág.295.

Si bien aun queda mucha tela para cortar, se trata de un fallo que tiene un importante valor porque el Alto Tribunal dejó a salvo la situación no solamente de la Provincia de Neuquén que era parte en el pleito, sino también de las provincias que hasta la fecha han establecido el sistema de juicio por jurados para las causas penales en sus jurisdicciones, como Buenos Aires, Chubut, Entre Ríos, Río Negro, Chaco, Mendoza y San Juan, además de Córdoba en donde el sistema “escabinado” está tornando nuevamente al de jurado clásico y la Provincia de Santa Fe que está encaminada a adoptarlo.

Para así decidir, la Corte partió del principio del artículo 121 de la Constitución Nacional, conforme al cual las provincias conservan todos los poderes que no han delegado expresamente al gobierno federal, observando que, si bien el juicio por jurados se encuentra contemplado entre las materias que debe legislar el Congreso, conforme al ya citado inciso 12 del artículo 75, no se encuentra —sin embargo— enunciado en el artículo 126 cuando se refiere a las competencias que las provincias tienen expresamente prohibido ejercer, concluyendo así, que las provincias pueden legislar sobre jurados en el ámbito de sus territorios en tanto el Congreso Nacional puede hacerlo para la competencia federal.

A mayor abundamiento, cita el tercer artículo que conforma la “tríada” constitucional del juicio por jurados en la Argentina, el 118, ubicado en el capítulo segundo de la sección tercera de la segunda parte de la Constitución, referida al “Poder Judicial” entre las “Autoridades de la Nación”, que dice: *“Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del derecho de acusación concedido en la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución. **La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiere 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”*. (Lo resaltado es nuestro).

Resulta difícil de entender —y también de explicar— que las tres normas constitucionales sobre juicio por jurados (arts. 24; 75 inc. 12 y 118 C.N.) que mantienen la redacción de 1853 no se hayan aplicado hasta nuestros días. Han atravesado las reformas de 1860; 1866, 1898, 1957 y 1994 sin cambios. Solamente fue suprimido en la Constitución de 1949, que como se sabe fue una reforma total. Al regresar al texto histórico de 1853, la institución fue confirmada en la reforma constitucional de 1994.

El mandato del artículo 118 (era el 102 en 1853), en cuanto señala que “*todos los juicios criminales se terminarán por jurados*”, tiene una clara impronta anglosajona y se vincula con el artículo III, sección 2ª de la Constitución de Estados Unidos, de donde lo tomó Benjamín Gorostiaga en su proyecto de Constitución y que se volcaría en la norma actual. Cabe señalar que la constitución norteamericana también lo contempla en la 6ª Enmienda, como parte integrante del debido proceso.

En nuestro país, el mandato constitucional no tuvo concreción al momento de sancionarse el Código de Procedimientos en lo Criminal, que se inspiró en el sistema procesal español, más precisamente en la *Compilación Española* de 1879 que preveía prácticas inquisitivas. Es decir que, al momento histórico de realizar la reforma de la legislación en todas sus ramas, el Congreso no consideró conveniente a nuestras prácticas y costumbres, la adopción de un sistema con jurados populares y prefirió, en el llamado “Código Obarrio” seguir las pautas del procedimiento escriturario.

Como relata el Dr. Alberto Bianchi en un interesante libro que escribió sobre este tema³, “...a pesar de la existencia del Proyecto elaborado en 1871 por Florentino González y Victorino de la Plaza, la codificación procesal penal [...] no dio cumplimiento a lo establecido en la Constitución. Las razones de ese apartamiento están explicadas con detalle en la nota del 15 de julio de 1882 que Manuel Obarrio —autor del proyecto que luego en 1888 se convirtió en el Código de Procedimientos en lo Penal (ley 2372)— remitió entonces al Ministro de Justicia, Eduardo Wilde, donde sostuvo que, pese a la expresa disposición constitucional existente, había optado por jueces de derecho y no por jurados, en la convicción de que la Constitución delegó en el Congreso la determinación del momento, en el cual el juicio por jurados debería ser establecido, momento este que no había llegado todavía.

Asimismo, si bien Obarrio manifestó en esa nota haber tenido a la vista las legislaciones más adelantadas en la materia, la doctrina especializada apunta que, en realidad, el modelo seguido por él fue la *Compilación* española de 1879 que preveía prácticas inquisitivas, pese a que en 1882 España ya había puesto en vigencia su Ley de Enjuiciamiento Criminal —hoy todavía vigente— basada en el sistema oral y público. Es así —afirma Bianchi—

³ BIANCHI, Alberto B. “El juicio por jurados. La participación popular en el proceso”. Editorial Abaco de Rodolfo Depalma. Buenos Aires. 1998. Pags. 25 a 28.

que el Código procesal Penal argentino fue criticado por haber tenido origen en una legislación que ya estaba derogada en el momento de ser sancionada”.

El apartamiento de la práctica procesal penal respecto del mandato de la Constitución ha merecido la crítica de un importante sector de la doctrina encabezado por Julio Maier⁴ y fue interpretado durante largo tiempo por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y los tribunales inferiores, señalándose al respecto que, al tratarse de un mandato dado por la Constitución al Congreso, no había un plazo perentorio para ello, revistiendo la norma en examen el carácter de “programática” (conf. “Fallos” 115:92; 165:258; 208:21; 208:225; entre otros).

Por su parte, recuerda Vanossi, que nuestra historia jurídico institucional recoge algunos intentos que se han formulado en favor de su aplicación, citando el Proyecto de Constitución de la Comisión Especial nombrada en 1812, que en su capítulo XXI, art. 22, decía que “*el proceso criminal se hará por jurados y será público*”.

El proyecto de Constitución de la Sociedad Patriótica, capítulo 22, art. 175, sostenía que “*el juicio criminal se establecerá por jurados*”. En el mismo sentido artículo 114 de la Constitución de 1819 disponía que: “*Es del interés y del derecho de todos los miembros del Estado el ser juzgados por jueces los más independientes e imparciales que sea dado a la condición de las cosas humanas. El cuerpo legislativo cuidará de preparar y poner en planta el establecimiento del juicio por jurados*”. Es del caso observar que ese texto fue repetido en el art. 164 Sección VIII de la Constitución de 1826.

Después de sancionada la Constitución de 1853 que nos rige con las reformas de 1994, y mucho más próximos en el tiempo, pueden destacarse sendos proyectos presentados respectivamente en la Cámara respectiva por los diputados Espil y Vidal Baigorri el 20 de septiembre de 1933 y el 6 de junio de 1934. El primero de ellos referido al juicio por jurados para delitos cometidos por medio de la prensa, y el segundo, a juicios criminales en general. No obstante, no haber merecido aprobación, representan un antecedente importante para el establecimiento de esta institución⁵.

⁴ MAIER, Julio B. J. “Derecho Procesal Penal”, 2ª edición. Del Puerto. Buenos Aires. 1993. Tomo I, ps. 397 a 398.

⁵ VANOSSI, Jorge Reinaldo. Prólogo al libro “El Juicio por Jurados” de Alberto Bianchi, cit.

El académico Vanossi, siendo diputado nacional, consideró apropiado organizar la institución del jurado en el ámbito natural, el Poder Judicial, haciendo recaer en la Corte Suprema todo lo atinente a la organización y confección de las listas de personas que lo han de integrar.

También podemos mencionar el proyecto del diputado Antonio María Hernández del 25 de noviembre de 1992, cuyo artículo primero señalaba que todos los juicios criminales ordinarios que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados, serán juzgados por un tribunal de jurados, según lo establecía el mencionado proyecto, y en el artículo 16, referido a la deliberación señalaba que el veredicto de culpabilidad requeriría 2/3 de votos y el de no culpabilidad, simple mayoría de sus miembros. En caso de empate se estaría a la opinión favorable al acusado⁶.

Ha señalado Lino Palacio que el único ámbito de nuestro ordenamiento, jurídico en el cual nuestro país siguió las tradiciones hispánicas es el Derecho Procesal, manifestándose tanto en el proceso penal, en el proceso civil y en el contencioso administrativo. En materia procesal civil, los primitivos códigos procesales de la Capital Federal y de la Provincia de Buenos Aires se inspiraron en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855. En lo que se refiere al proceso contencioso-administrativo, la influencia española se hizo presente a través de la Ley Santamaría de Paredes de 1888⁷.

El procedimiento penal cambió con la sanción del llamado Código Levene que entró en vigencia en 1992 mediante ley 23.984, y había sido precedido por otras iniciativas como las de Julio B. Maier, Ricardo Cavallero y Edmundo Hendler; inaugurándose a nivel nacional el procedimiento oral y público que ya existía en otras provincias, empezando por Buenos Aires desde el Código de 1915, en el que la oralidad dependía de una opción del acusado y en Córdoba desde 1940 con el código redactado por Soler y Vélez Mariconde y que luego fue adoptado por distintas provincias como Santiago del Estero, San Luis, La Rioja, Jujuy, Mendoza, Catamarca, Salta, San Juan y La Pampa.

⁶ Trámite parlamentario N° 149. 25 de noviembre de 1992. Expte. N° 4.202-D-92. Reproducido en el Trámite Parlamentario N| 40 del 28 de junio de 1994. Expte. N| 1964-D-94.

⁷ PALACIO, Lino E. "Derecho Procesal Civil" 2ª edición Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1986. Tomo I pág. 95.

En el caso de Chubut hay una tradición que se remonta a la llegada de los colonos galeses en 1865, quienes se dieron sus propias instituciones, entre las que se encontraba el establecimiento del juicio por jurados. Así, en 1871 se publicó el “Primer Reglamento Constitucional del Chubut” y luego sería sancionada el 18 de octubre de 1872 y promulgada el 24 de octubre, la Ley de Administración de la Justicia, con una técnica legislativa propia del *commonwealth* que reglamenta estas cláusulas constitucionales.

El primero de esos instrumentos legales establecía en el capítulo III; art. 1º que “todas las causas judiciales de la Colonia serán tratadas en un Tribunal de Justicia, ante el juez y un jurado de doce miembros “. El jurado se integraba por doce personas, sorteadas de la lista de electores.

El libro de nuestro colega, el Dr. Bianchi, fue escrito en momentos en que se presentó un proyecto del Ministerio de Justicia de 1998, que establecía el juicio por jurados con la particularidad de que estaba previsto solamente para algunos delitos y era opcional para el acusado. En la parte final del libro, nuestro colega y distinguido académico aclara que su propósito fue el de describir como funciona el instituto en el ámbito anglosajón sin tomar posición a favor o en contra de su aplicación en nuestro país.

En esa ocasión, esta Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires emitió una declaración con fecha 23 de julio de 1998 en la que se refirió al tema desde el punto de vista de su oportunidad y de su conveniencia. Consideró inoportuno adoptar este instituto ante la crisis que por entonces afectaba a la justicia nacional al agregar al ámbito estatal una nueva estructura judicial cuyos costos materiales —no evaluados— agravarían el excesivo gasto público de las cuentas nacionales.

Con respecto a su conveniencia, consideró esta corporación que el tema era opinable en cuanto a que en virtud del juicio por jurados se logre democratizar la justicia o acercarla al pueblo, porque nuestro régimen de gobierno constitucional no es la democracia directa o participativa, sino la democracia indirecta o representativa (arts. 1º y 22, Const. Nac.) en cuya virtud el pueblo soberano se expresa y actúa a través de sus representantes en los tres poderes”.

Claro está que han pasado veintidós (22) años desde aquella declaración y que los institutos de la democracia participativa no contradicen a la democracia representativa, sino que conviven con ella, como lo demuestra la

incorporación de un capítulo de “nuevos derechos y garantías” (arts. 36 a 43) a la norma fundamental, así como distintas medidas de acción positiva que han favorecido la participación política de distintos grupos sociales anteriormente excluidos.

Al incorporarse como miembro correspondiente a la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, el doctor Horacio Rosatti —actual ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación— pronunció una conferencia titulada “¿Puede el pueblo Juzgar? ¿Debe el pueblo juzgar? El dilema de la participación popular en el ejercicio de la función judicial”, concluyendo que: “El juicio por jurados es una alternativa que permite conjugar la “precisión” propia del saber técnico con la “apreciación” propia del saber popular, congregando la garantía inherente al debido proceso y la percepción de la realidad propia de una decisión basada en el sentido común”.

En concreto —agrega Rosatti— los representantes del saber técnico se encargan de controlar que el camino hacia la decisión se encuentre balizado conforme a reglas procesales previas y precisas (*debido proceso adjetivo*); y los representantes de la opinión popular se encargan de construir una conclusión prudencial sobre la base del sentido común (*debido proceso sustantivo*)⁸.

Las críticas al juicio por jurados fueron clasificadas por Tomás Jofré en generales y particulares, sintetizando que: 1) son ignorantes (Bonorino Peró), 2) se dejan influenciar (Levene), 3) no son siempre honestos (Petra Recabarren), 4) cometen errores y son omnipotentes porque sus decisiones son inalterables (Levene), 5) está desprestigiado en los países en donde existe (Levene), 6) no tiene arraigo en nuestras costumbres (Rivarola), 7) el pueblo argentino no está preparado (Obarrio).

Detrás de la mayoría de esas opiniones se oculta algún sofisma. En el “*Tratado de los sofismas políticos*”, Jeremías Bentham enseña que es lo que debe hacerse para evitar que se examine una institución: dilatar su estudio o impedir su establecimiento. Los sofismas de autoridad sirven para evitar que se examine una cuestión, colocando un prejuicio en lugar de un razonamiento y si no son suficientes para evitar el tratamiento de una me-

⁸ Conferencia del Dr. Horacio Rosatti al incorporarse como Académico Correspondiente a la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas en la sesión pública extraordinaria del 10 de octubre de 2018.

dida, recomienda recurrir a los sofismas dilatorios, consistentes en remitir su análisis a cualquier otro momento⁹.

La participación popular en el proceso es un tema que se ha debatido en la doctrina, encontrando detractores y defensores. Se ha dicho que, si bien su práctica produce un sentimiento mayor de compromiso y legitimidad democrática del Poder Judicial, también plantea problemas de seguridad y justicia por la facilidad de influir en los jurados, tanto por posibles prácticas de corrupción como por el mayor grado de influencia mediática o sensible sobre las personas convocadas a decidir.

La actuación del pueblo en los juicios criminales fue defendida tanto por Alberdi como por Sarmiento, este último por haber conocido personalmente la experiencia cuando fue ministro de la Confederación en los Estados Unidos y recibir la influencia de los escritos de Alexis-Henri-Charles de Clérel De Tocqueville.

En la mente de Tocqueville el arte de la libertad política es aprendido a través de un aprendizaje en prácticas de deliberación colectiva en asociaciones políticas judiciales y civiles¹⁰. Escribió que los ciudadanos "...aprenden a resignar su propia voluntad en favor de la de los demás y a subordinar sus propios esfuerzos al impulso común. Tales cosas no son menos necesarias de saber en la vida civil que en las asociaciones políticas. Las asociaciones políticas pueden, por tanto, ser consideradas como grandes escuelas gratuitas donde todos los miembros de la comunidad van a prender la teoría general de la asociación".

Una objeción proveniente del derecho continental reside en que, a diferencia de los jueces técnicos, que tienen la obligación de argumentar y fundamentar sus decisiones, el jurado emite un veredicto, sin expresar las razones en que se funda, basado en las *libres convicciones* de sus integrantes debiendo sustentarse *más allá de toda duda razonable*, cuando se trate de un veredicto de culpabilidad.

Las investigaciones llevadas adelante por Valerie Hans y John Gastil, sobre el juicio por jurados en los Estados Unidos, traducidas al español y

⁹ Fundamentos del proyecto de ley de juicio por jurados del Diputado Antonio M. Hernández. cit

¹⁰ JANARA, Laura "Democracy Growing Up" pp- 64-65. 2002.

publicadas por la editorial Ad-Hoc demuestran que los jurados no son solamente excelentes determinadores de los hechos en cuanto a la función judicial que realizan, sino que también son un *cuero político* de rango constitucional que, además, convierte a sus miembros en mejores ciudadanos tras haber servido en él.

La decisión del jurado no es una **decisión jurídica** sino una **decisión política** fundada en el principio de la soberanía popular, que en la Constitución de la Nación Argentina encuentra sustento en el artículo 33, agregado por la reforma de 1860 en base a la Enmienda IX de la Constitución estadounidense. “*Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías; pero que nacen del principio de soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno*”. (el resaltado es nuestro).

El marco jurídico está dado por la presencia de un juez *de iure* que dirige las normas del procedimiento en materia de hecho y prueba, instruyendo imparcialmente al jurado a través de instrucciones sobre su actuación, que además cuanta con la valiosa audiencia de *voir dire*, donde las partes y sus abogados tienen amplia libertad para recusar a los miembros del jurado.

Es el juez quien dictará y fundará jurídicamente la sentencia, aplicando en su caso una pena, después que el jurado emita el veredicto de culpabilidad o de inocencia, siendo tal decisión recurrible. En principio, un veredicto de inocencia es irrecurrible como parte de la garantía del debido proceso del artículo 18 C.N. y particularmente de la presunción de inocencia. Por la misma razón los veredictos pueden ser revisados en caso de graves violaciones al debido proceso.

El considerando 19) del voto mayoritario de la Corte Suprema en el caso “Canales”, puntualizó que, “...la exigencia de motivación de la sentencia de los jueces profesionales fue concebida originalmente como un modo de compensar la debilidad institucional y la falta de garantías políticas de estos magistrados, respecto de los jurados populares.

“Así, la fundamentación explícita encuentra su razón de ser en la obligación de los jueces, como representantes del pueblo —no electivos— en el ejercicio de un poder del Estado, de rendir cuentas de sus decisiones. Es distinto cuando el mismo pueblo, representado por algunos de sus miembros, ejerce en forma directa la potestad de juzgar, siempre que estén ga-

rantizados el derecho a la defensa del acusado y el debido proceso legal por parte de un juez profesional.

Esta diferencia fue explicada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua”, cuando sostuvo que “...la motivación de las decisiones adoptadas por los órganos encargados de impartir justicia no es solo relevante para el inculpado del delito, sino que permite también el control ciudadano de los actos de gobierno, en este caso de la administración de la justicia y los expone a su escrutinio. En el caso de los jurados, dicha vertiente se encuentra cubierta en razón de la participación directa de la ciudadanía”¹¹.

El juicio por jurados es una institución tradicional del *common law* que se remonta al año 1367, pasando de Inglaterra a los Estados Unidos y que actualmente se aplica en varias provincias argentinas. El célebre Juez Joseph Story —con quien Sarmiento trabó amistad— lo caracterizó señalando: “Un juicio por jurados se entiende generalmente, *ex vi termini*, como un juicio por un jurado de doce hombres, seleccionados con imparcialidad, que deben concurrir por unanimidad en la culpabilidad del acusado *antes que una condena pueda tildarse de inconstitucional*” (*voto del juez Douglas en “Johnson v. Louisiana”* 406 U.S. 356 1972).

La Suprema Corte de los Estados Unidos ha afirmado el principio del *veredicto unánime* en los casos “Duncan v. Louisiana” (291 U.S. 145 1968), Apodaca v. Oregon y Johnson v Louisiana (406 U.S. 356 1972) de *irrecursibilidad del veredicto de no culpabilidad por el acusador* en los casos “Green v. U.S.” (355 U.S. 184, 1957) y del *número de doce jurados* en el caso “Patton v. U.S.” (281 U.S. 276 1930).

En el fallo “Patton vs. United States” (1930), la Corte Suprema de Justicia estadounidense enumeró cuales son los pilares fundamentales de su sistema de jurados 1) *Integración plural* del panel de jurados con doce ciudadanos convocados a prestar el servicio en forma *accidental*. 2) Participación de las partes en el *litigio para la conformación del jurado*. Es decir que debe regularse la audiencia de selección de jurados o *voir dire*.

¹¹ sentencia del 8/3/2018, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párrafo 257.

3) *Separación clara de las funciones del juez y del jurado*. El primero, a cargo de preparar y conducir el juicio, interpretar la ley para instruir al jurado respecto del derecho aplicable y decidir la pena o medida de seguridad cuando corresponda; el segundo, a cargo de la deliberación y decisión del veredicto —tarea que consiste en valorar la prueba, determinar los hechos y aplicar la ley suministrada en las instrucciones del juez.

4) Respeto a la soberanía e independencia del jurado, a través del *secreto de la deliberación y la prohibición de intromisiones externas*. 5) Exigencia de *unanimidad para la decisión del veredicto*, ya sea para condenar como para absolver. 6) Centralidad del juicio y *recurso solo para el acusado*. El juicio es la etapa central del proceso y el recurso no es un “nuevo juicio” o una etapa más en un largo trámite secuencial sino un derecho del acusado a la realización de un “juicio al juicio” para descartar cualquier tipo de arbitrariedad. El veredicto del jurado es final y hace cosa juzgada material.

Tales principios forman parte de las características del juicio por jurados clásico y en nuestra opinión deben ser mantenidas al adoptarse en nuestro país, puesto que hacen al buen funcionamiento de un instituto que nuestra constitución tomó del modelo estadounidense y que al ponerse en marcha en varias provincias, después de 166 años se vinculan no solamente con su buen funcionamiento sino con la experiencia de varios siglos, de manera que al presentarse un grupo de reconocidos juristas especialistas en la materia como “amicus curiae” en el mencionado caso “Canales”, aportaron el dato empírico de que cada 100 juicios por jurados, en 96 hay unanimidad¹².

Es auspicioso que la Provincia de Buenos Aires, la más extensa y poblada de nuestro país y en donde el sistema acusatorio funciona desde hace años, se haya inclinado por el modelo clásico¹³. No solamente rige lo dispuesto en la ley 14.543 sino que el Tribunal de Casación provincial, en el fallo “Ruppel” de 2017, prácticamente reiteró los principios del fallo “Patton vs. United Sates”¹⁴.

¹² Los juristas que integraron el *Amicus Curiae* ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Canales” son Alberto M. BINDER, Alfredo PÉREZ GALIMBERTI, Héctor GRANILLO FERNÁNDEZ, Andrés HARFUCH, José Raúl HEREDIA, Jorge A. SANDRO, Ricardo J. CAVALLERO, Alberto BOVINO y Julio B. MAIER.

¹³ Ley provincial 14.543.

¹⁴ CCPBA, Sala I, causa 81504. “Ruppel, Néstor Fabián s/ recurso de casación” 11/7/2017.

El debate se ha planteado a raíz del caso “Canales” en donde los recurrentes impugnaron que la ley de la Provincia de Neuquén requiere solamente una mayoría de 8 votos sobre un total de doce. Uno de los votos que integran la mayoría sostuvo que los 2/3 son equivalentes a la mayoría que la constitución exige en el caso del juicio político.

Es del caso observar que se trataba de una condena de prisión perpetua en la que cuatro miembros del jurado se mantuvieron más allá de una duda razonable acerca de la culpabilidad, circunstancia que pone en jaque la presunción de inocencia y la garantía del debido proceso.

La decisión mayoritaria de la Corte hizo hincapié en la competencia de las provincias para legislar sobre este tema y en la ausencia de una norma constitucional expresa que establezca la unanimidad, argumento que no ha considerado los aspectos implícitos del instituto. Un especialista en este tema, el Dr. Andrés Harfuch intuye que el Alto Tribunal prefirió dejar pasar una cuestión en esta primera sentencia que convalidó el juicio por jurados, siendo un tema que podría tratarse en futuros pronunciamientos¹⁵.

El tema podría tener solución legislativa si el Congreso de la Nación reglamenta el juicio por jurados en orden a lo establecido en el artículo 75 inc. 12. Si bien de acuerdo con lo establecido por la Corte, tal reglamentación se referiría a la jurisdicción nacional o federal; recordando a Bidart Campos, las garantías de la Constitución Nacional son un “piso mínimo” que las provincias pueden profundizar y ampliar, pero no disminuir¹⁶; regla que alcanza especial magnitud cuando se trata del derecho constitucional de defensa en juicio.

Entre las indudables ventajas de la regla de la *unanimidad* para los veditos se encuentra que promueve el debate entre los doce miembros del jurado que en nuestra opinión deberían ser seis hombres y seis mujeres, conforme al principio de paridad de género en nuestra legislación sobre participación política.

¹⁵ HARFUCH, Andrés. “Fallo Canales de la CSJN. El definitivo estatus constitucional del juicio por jurados” en VV.AA. “El juicio por jurados y la Constitución Nacional”. Ad-Hoc. Buenos Aires. 2019. Pag. 145.

¹⁶ BIDART CAMPOS, Germán J. “Manual de Derecho Constitucional”. Ediar. Buenos Aires. 1992.

La llamada “democracia deliberativa” a partir de las ideas de John Rawls, Jürgen Habermas y John Elster, suele chocar muy frecuentemente con la magnitud y la complejidad de las sociedades modernas para que “el velo de la ignorancia” pueda ser fácilmente corrido a través del debate entre los pares; sin embargo, resulta ser un criterio plausible en la construcción de este instituto de participación democrática en el juzgamiento de otro ciudadano, toda vez que el número tradicional de doce miembros favorece la amplitud y profundidad del debate.

Como señalara Carlos S. Nino —citado en el voto de los jueces Maqueda y Lorenzetti en el caso “Canales”— el ejercicio deliberativo previo a la toma de decisiones —como el veredicto de un jurado popular— posee un efecto positivo para todos los participantes. En esta línea, se puede hablar del “valor epistémico” de la construcción de consensos¹⁷.

Es también ilustrativo citar las palabras del jurista estadounidense Jeffrey Abramson en su importante libro sobre este tema cuando dice. “...La deliberación es una virtud perdida en las democracias modernas; sólo el jurado aún convoca regularmente a ciudadanos comunes a interactuar en un proceso de debate y cara a cara. Ningún otro grupo puede ganar el debate simplemente teniendo más votos que otros; bajo el tradicional requisito de unanimidad, el poder fluye en los argumentos que persuaden más allá de las líneas grupales y que le habla a una justicia que es común a personas que provienen de las más diversas extracciones sociales...”¹⁸

Más allá de las polémicas que estas afirmaciones puedan generar, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dijo en “Canales” con bellas palabras que “El jurado es generador de mejor ciudadanía”.

¹⁷ NINO, Carlos S. “La paradoja de la irrelevancia moral del gobierno y el valor epistemológico de la democracia”, en VV.AA: “En torno de la Democracia”. Rubinzal- Culzoni. Santa Fe, 1990, pp. 97 y ss. Citado por el voto de los doctores Maqueda y Lorenzetti en el considerando 20) del caso “Canales” de la CSJN 461/2016/RHI.

¹⁸ ABRAMSON, Jeffrey. “We, the Jury: The Jury System and the Ideal of Democracy”. Basic Books. New York. 1994, p. 9.

