

Cambiar el Poder Judicial: el modelo acusatorio y el juicio por jurados como ejes para una reforma necesaria*

**Sergio Eissa, Lautaro López Garro,
Patricia Guerra y Pablo Alberto
Urrutia****

Resumen

El Poder Judicial se mantuvo sin cambios estructurales desde su conformación a mediados del siglo XIX. Sin embargo, los elevados índices de reincidencia criminal, el aumento de la población carcelaria y la extensa duración de los procesos judiciales han dejado al descubierto el desplome del sistema de justicia. Este artículo sostiene que el actual modelo de justicia no responde a los estándares de calidad, transparencia y eficiencia ni al mandato constitucional. A los efectos de superar esta situación se considera necesario realizar una reforma del servicio de justicia. En tal sentido, nos preguntamos: ¿en qué consistiría esta reforma? Para responder el interrogante, el trabajo se organiza en tres apartados. En el primero definimos que entendemos por democracia. El segundo analiza el surgimiento histórico del modelo acusatorio y el juicio por jurado, elementos clave para esta reforma. El tercer repasa el debate sobre el Poder Judicial en la teoría política y durante la Asamblea Constituyente de 1853.

Palabras claves: Argentina – Constitución de 1853 – Poder Judicial – Juicio por Jurado – Sistema acusatorio

Abstract

The Judicial Power remains without structural changes since its formation in the middle of the 19th century. However, the high rates of criminal recidivism, the increase

* Recibido: 8/3/19. Aceptado: 25/6/19. Este artículo es fruto del trabajo del Grupo de Investigación de Ciencia Política (2016-2017) “Seguridad y defensa en el Siglo XXI”, perteneciente a la carrera de Ciencia Política de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

** Sergio Eissa (Facultad de Ciencias Sociales, UBA. Universidad de la Defensa Nacional - UNDEF), Lautaro López Garro, Patricia Guerra y Pablo Alberto Urrutia (Facultad de Ciencias Sociales, UBA). Correo electrónico: seissa@yahoo.com.

in the prison population and the long duration of judicial processes have exposed the collapse of the justice system. This article argues that the current model of justice does not meet the standards of quality, transparency and efficiency neither the constitutional mandate. In order to overcome this situation, it is considered necessary to carry out a reform that implements a different justice service. In this sense, we ask: which is the meaning of that reform? To answer it, this work is organized into three sections. In the first we define that we understand democracy. The second analyzes the historical emergence of the accusatory model and the trial by jury, a key elements for this reform. The third reviews the debate on the Judicial Power in political theory and during the Constituent Assembly of 1853.

Key words: Argentina – Constitution 1853 – Judicial system – Trial by jury – Adversarial system

Resumo

O Poder Judiciário passou sem mudanças estruturais desde sua formação em meados do século XIX. No entanto, as altas taxas de reincidência criminal, o aumento da população carcerária e a longa duração dos processos judiciais expuseram o colapso do sistema judiciário. Este artigo argumenta que o atual modelo de justiça não atende aos padrões de qualidade, transparência e eficiência ou ao mandato constitucional. Para superar esta situação, considera-se necessário realizar uma reforma que implemente um novo serviço de justiça. Nesse sentido, nos perguntamos: em que consistiria esta reforma? Para responder, este trabalho é organizado em duas grandes seções. No primeiro, definimos que entendemos a democracia. A segunda analisa o surgimento histórico do modelo acusatório e o julgamento por júri, elementos-chave para essa reforma. A terceira analisa o debate sobre o Poder Judiciário na teoria política e durante a Assembléia Constituinte de 1853.

Palavras-chave: Argentina – Constitución 1853 – Poder Judiciário – Julgamento do Júri – Sistema Acusatório

Introducción

El Poder Judicial logró transitar con tranquilidad y sin cambios todas estas décadas desde su conformación a mediados del siglo XIX, evitando que se realizaran en su seno grandes transformaciones estructurales. Sin embargo, diversos acontecimientos recientes de resonancia mediática lo han colocado en el ojo de la tormenta, instalando definitivamente el debate en torno a su funcionamiento (Echazú, 2017). Los elevados índices de reincidencia criminal, el aumento de la población carcelaria, la duración de los procesos judiciales, el incremento de los índices de violencia estatal y, sobre todo, los casos de corrupción policial y judicial, dejaron al descubierto el desplome del sistema de justicia y, con ello, un claro debilitamiento del régimen democrático.

Las causas de ese colapso podrán encontrarse en numerosos factores vinculados fundamentalmente a la política criminal adoptada, la cual impulsó reformas legislativas efectistas y espasmódicas relacionadas con hechos delictivos resonantes, con eje en el endurecimiento de las penas, la preeminencia de la flagrancia por sobre la investigación judicial, un esquema de saturación policial territorial y de persecución de los eslabones más débiles de los mercados ilegales, la ausencia de desarrollo de políticas de contención de grupos vulnerables como niños y jóvenes o personas con padecimiento mentales o sujetas a adicciones, el aumento de los índices de prisionización y la delegación del gobierno de la cárcel al poder penitenciario.

Los índices carcelarios son un retrato elocuente de la situación señalada. Tal como surge del último informe elaborado por el Registro Único de Detenidos (en adelante RUD) de la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (Procuración General, 2015), al 17 de diciembre de 2015 el número de adultos detenidos a disposición del Poder Judicial de esa jurisdicción, alojados tanto en la esfera del Servicio Penitenciario Bonaerense (alcaldías y dependencias policiales de la provincia) como en arrestos o prisiones domiciliarias, alcanzó un récord histórico de 39.927 personas detenidas. Conforme los datos relevados, Lomas de Zamora es el Departamento Judicial con mayor cantidad de privados de la libertad en la Provincia de Buenos Aires, seguido por San Martín, La Matanza, Mercedes, La Plata y Quilmes. Estos seis Departamentos Judiciales sumados reúnen el 66% de personas privadas de la libertad en toda la Provincia de Buenos Aires.

De ese total, el 95% son varones (lo que equivale a 37.763 detenidos), en tanto el 5% son mujeres (es decir, 2.164). Además, el relevamiento da cuenta de que el 66% del total de detenidos se encuentra por debajo de los 30 años de edad.

Si bien los datos señalados son suficientes para demostrar el quiebre del sistema judicial bonaerense, ello se potencia de modo elocuente si tenemos en cuenta la situación procesal del total de detenidos. Tal como da cuenta el RUD, tan solo 17.462 personas (43.73%) se encuentran detenidas con condena firme. El resto se divide entre aquellos que se encuentran condenados con condena no firme, que representan un total de 5.330 detenidos (13.35%), y los que están presos cumpliendo una detención cautelar o prisión preventiva, vale decir, aquellos sin condena, que suman 17.135 personas (42.92%). De estas últimas, el 44% se encuentra a disposición de los juzgados de garantías, en tanto el 56% de los casos fue elevado al tribunal de juicio, encontrándose a la espera del debate oral, lo que evidencia la lentitud del sistema para llevar adelante los juicios.

A mayor abundamiento, los datos reflejados deben ser evaluados en consonancia con el tipo de delito imputado. En efecto, el 52% de detenidos se encuentra imputado en la comisión de delitos contra la propiedad, el 19 % por el delito de homicidio, el 9% por delitos contra la integridad sexual y tan solo el 1% corresponde a delitos contra la administración pública.

En esta misma línea, el RUD informa que, durante el período comprendido entre el 1° de enero de 2009 y el 17 de diciembre de 2015, en el procedimiento común, el tiempo promedio transcurrido entre la detención y el dictado de la sentencia condenatoria en juicio oral fue de 382 días. En el caso de las sentencias condenatorias resueltas por trámite de juicio abreviado, transcurrieron 371 días entre la detención y la sentencia. Por su parte, respecto el procedimiento de flagrancia, el tiempo promedio fue de 190 días. En el caso de las sentencias condenatorias resueltas por trámite de juicio abreviado, se computaron ciento once (111) días entre la detención y la sentencia. En el ámbito federal la situación no varía demasiado.

En definitiva, este diagnóstico general del Poder Judicial actual muestra a las claras que, de manera recurrente, la persecución y represión del delito no consigue debilitar las grandes estructuras criminales, ya que se concentra en los eslabones más débiles de la cadena delictiva, los cuales son captados por el sistema penal y engrosan la

cifra de personas encarceladas sin mayor impacto sobre la prevención y/o el castigo del delito.

Entendemos que un régimen democrático no puede funcionar bajo las condiciones expuestas. Por el contrario, creemos que le corresponde abogar por la preservación de las garantías constitucionales establecidas en el artículo 18 de la Constitución Nacional y de los tratados con jerarquía constitucional de acuerdo a lo establecido en el artículo 75 inciso 22, todo lo cual parece encontrarse hoy debilitado e indica la necesidad de un profundo viraje que tienda a alcanzar ese fin.

El presente artículo resulta innovador en tanto analiza el funcionamiento del sistema penal partiendo de la siguiente premisa: su actual situación afecta los derechos y garantías establecidos en la Constitución y, en consecuencia, afecta también la calidad de nuestra democracia. Entonces, la pregunta que nos hacemos es: ¿en qué dirección podría orientarse una reforma del Poder Judicial? Para responder este interrogante, nuestro artículo analiza el modelo acusatorio y, puntualmente, la institución del juicio de jurado desde una perspectiva histórico-política, partiendo de los supuestos según los cuales este modelo es más transparente y eficiente, la institución del juicio jurado incorpora la participación popular en el Poder Judicial y que la misma ya se hallaba prevista en la Constitución argentina de 1853. En este sentido, nuestro trabajo se organiza en tres apartados. En el primero definimos qué entendemos por democracia y la relación con el Poder Judicial. En el segundo analizamos el surgimiento histórico del Sistema Acusatorio, que consideraremos uno de los elementos clave para organizar el Poder Judicial. En el tercero repasamos el debate del juicio por jurado durante la Asamblea Constituyente de 1853 y la causa del abandono de esta institución durante el diseño del Poder Judicial. Por último, se presentan las reflexiones finales. A tal efecto se estudiaron los debates de la Asamblea Constituyente de 1853, las escasas publicaciones en los diarios de la época y los análisis de los juristas sobre las influencias en el diseño del Poder Judicial argentino. En cuanto a las fuentes ideológicas de Juan Bautista Alberdi se recurrió, entre otras, a la clásica obra de Natalio Botana (1997).

¿De qué hablamos cuando hablamos de democracia?

Breve viaje por los clásicos

Si bien el objetivo del presente trabajo no es desarrollar una “teoría de la democracia” ni efectuar una recopilación histórica respecto de todos los debates que se han generado a su alrededor, para analizar el rol del Poder Judicial en el marco de un régimen democrático es pertinente esbozar qué entenderemos por democracia en este artículo.

La democracia nació bajo la sombra del oprobio. No era el régimen que hubieran elegido ni Platón ni Aristóteles, como así tampoco los Federalistas. En efecto, los principales autores griegos y romanos fueron críticos de la democracia, dado que la consideraban una de las peores forma de gobierno. Tal como nos recuerda Abal Medina:

El núcleo central de las críticas se basaba en que se consideraba a cualquier hombre apto para ocupar cualquier puesto, independientemente de sus capacidades. Tanto Sócrates como Platón fueron partidarios del gobierno de los mejores o la *aristocracia*. Al asociar virtud con sabiduría, la mejor forma de gobierno sería aquella en la que todos aceptaran ser conducidos por los más sabios. Fue Aristóteles [...] quien propuso una forma mixta de gobierno: la *Politeia*, una mezcla de oligarquía y democracia.

Estas ideas de gobierno mixto tuvieron fuerte impacto en la Roma Republicana y fueron defendidas por autores como Polibio y Cicerón, quienes veían en el sistema político de su época el justo medio aristotélico. (2014: 140; cursivas en el original)

La democracia moderna “se fundó en el ideal representativo de la democracia” estadounidense (Abal Medina, 2014: 146), en la cual autores como Hamilton, Madison y Jay opusieron una forma de democracia representativa a la que llamaron “República”: “la forma directa caracterizada por la existencia de instituciones en la que todos los ciudadanos intervenían en el proceso de deliberación y toma de decisiones” (Abal Medina, 2014: 146). En relación con esto, Madison afirmaba taxativamente:

Una democracia pura, por la que entiendo una sociedad integrada por un reducido número de ciudadanos, que se reúnen y administran personalmente el gobierno, no puede evitar el espíritu sectario [...]. Por eso las democracias han dado siempre el espectáculo de su turbulencia y sus pugnas; por eso han sido siempre incompatibles con la seguridad personal y los derechos de propiedad; y por eso, sobre todo, han sido tan

breves sus vidas como violentas sus muertes. Los políticos teóricos que han patrocinado estas formas de gobierno han supuesto erróneamente que reduciendo los derechos políticos del género humano a una absoluta igualdad, podrían al mismo tiempo igualar e identificar por completo sus posesiones, pasiones y opiniones.

Una república, o sea, un gobierno en que tiene efecto de representación, ofrece distintas perspectivas y promete el remedio que buscamos [...]. Las dos grandes diferencias entre una democracia y una república son: primera, que en la segunda se delega la facultad de gobierno a un pequeño número de ciudadanos, elegidos por el resto; segunda, que la república puede comprender un número más grande de ciudadanos y una mayor extensión de territorio. (Madison *et al.*, 2015: 39)

Los padres de la Constitución estadounidense buscaban solucionar diversos problemas. En primer lugar, el predominio de los Estados por sobre el gobierno central, tal como pudieron constatar durante la Guerra de la Independencia (1775-1783) y bajo el ordenamiento jurídico de los Artículos de la Confederación (1781-1789). En segundo lugar, el miedo a la tiranía de la mayoría, cristalizada en el Congreso; de ahí la división horizontal del gobierno en Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial (el famoso *check and balance*). En tercer lugar, el temor a la tiranía del gobierno central, de ahí la división vertical del gobierno: el federalismo.¹ Finalmente, el faccionalismo que trataron de solucionar con la ampliación territorial y la pluralidad de la sociedad civil.

Entonces, cuando hagamos mención al concepto de democracia la entenderemos en su acepción moderna, es decir, como democracia representativa: “Poliarquía” (Parnes y Negri, 2007: 115).

Poder Judicial

Influenciados por Montesquieu (1984), los federalistas pensaron tres cuestiones respecto del Poder Judicial. La primera se refería a la constitución de un Poder Judicial independiente capaz de defender la Constitución frente a los intereses de los representantes del Poder Legislativo. La segunda estaba relacionada con la necesidad de construir un Poder Judicial capaz de defender a un grupo de ciudadanos frente a leyes

¹ Los federalistas estadounidenses serían nuestros unitarios y los antifederalistas de Estados Unidos serían nuestros federalistas.

injustas. Por último, debía procurarse la organización y conformación de un Poder Judicial eficiente para llevar adelante sus misiones.

Hamilton (2015) resalta que el poder de los tribunales para declarar nulos los actos legislativos contrarios a la Constitución parte de la premisa de ser y constituirse como poder que la defiende. Este autor sostenía que “el poder del pueblo es superior a ambos y que, cuando la voluntad del legislativo, plasmada en sus leyes, es contraria a la del pueblo, plasmada en la Constitución, los jueces deben estar gobernados por esta última y no por las primeras” (Hamilton *et al.*, 2015: 551). En este sentido, los jueces se constituyeron como el mecanismo de control contra-mayoritario para impedir que se vulnerara la constitución y los derechos de la minoría. La mayoría de la sociedad, representada en el Poder Legislativo, puede tender a violar ciertos derechos de la minoría y es entonces cuando el juego de pesos y contrapesos de la república irrumpe mediante el Poder Judicial para convertirse en el contrapeso de las cámaras. Pero aquí también se establece un mecanismo de selección mediada de los jueces. Estos últimos son propuestos por el Poder Ejecutivo y seleccionados por el Senado, cuyos integrantes fueron elegidos hasta 1913 por las legislaturas estatales (compuestas por miembros que sí eran elegidos por el pueblo). Por ello, Hamilton resalta el valor positivo que tiene el juicio por jurado para la organización de los Estados Unidos:

Por mi parte, cuanto más he observado el funcionamiento de esta institución, más razones he encontrado para tenerla en alta estima. Sería enteramente superfluo examinar hasta qué punto merece ser considerado útil o esencial en una república representativa, o cuánto mayor mérito merecerá como defensa contra la opresión por parte de un monarca hereditario, que como barrera a la tiranía de magistrados populares en un gobierno popular. Discusiones de este tipo resultan más intelectualmente interesantes que provechosas políticamente, pues todos están convencidos de la utilidad de esta institución y de su efecto favorable sobre la libertad. Pero reconozco que no soy capaz de discernir un vínculo indisoluble entre la existencia de la libertad y los juicios con jurado en casos civiles (Hamilton *et al.*, 2015: 585-586).

La valorización de Hamilton sobre los juicios por jurados se sostiene en que estos garantizan el funcionamiento efectivo de la justicia, son una institución que puede impedir la corrupción y salvaguardan la república del ejercicio opresivo del poder tributario.

Por su parte, Alexis de Tocqueville (2015) resalta como primera característica del Poder Judicial la de servir de árbitro. Por ello, “para que tenga lugar la actuación de

los tribunales, es indispensable que haya litigio. Para que haya juez es necesaria la existencia de un proceso. En tanto que una ley no dé lugar a una demanda, el Poder Judicial no tiene ocasión de ocuparse de ella” (106). Como segunda característica, destaca la de pronunciarse sobre casos particulares y no principios generales. Finalmente, enuncia su propiedad de no poder actuar más que cuando se lo somete a una causa. Este autor clasifica al jurado como institución judicial y como institución política. En efecto, Tocqueville sostiene que no tiene la sabiduría técnica como para entender si influye o no en una mejor administración de la justicia, pero como institución política rescata que tomar ciudadanos al azar y revestirlos momentáneamente con el derecho de juzgar es un aspecto muy positivo del carácter republicano de la democracia estadounidense. Por ello, considera que “el jurado, y sobre todo el jurado civil, sirve para dar al espíritu de todos los ciudadanos una parte de los hábitos del espíritu del juez; y esos hábitos son precisamente los que preparan al pueblo a ser libre” (275). El jurado es, entonces, una institución política, un elemento democrático en el gobierno y una forma de soberanía popular.

Modelos de procedimientos judiciales

Modelos de acusación penal: breve repaso histórico

A lo largo de la historia, los sistemas de enjuiciamiento han oscilado entre dos tipos ideales antagónicos: el modelo acusatorio, vinculado principalmente a las formas de gobierno más democráticas con mayor apertura a la participación ciudadana, y el inquisitivo, adoptado por sistemas de gobierno con altos grados de autoritarismo. El sistema de enjuiciamiento inquisitivo se vincula con la idea de centralización absoluta del poder, conforme la cual todos los atributos de la soberanía se colocan en una sola persona que será la encargada de dictar las leyes y de hacerlas cumplir. Este modelo “encuentra su lógica explicativa en el fortalecimiento de la autoridad institucional y en la creación de un aparato de defensa de la misma y de averiguación de todos aquellos que pueda constituir un peligro o una fisura de esa organización de poder” (Vázquez Rossi, 2004: 203). En cambio, la nota distintiva del modelo acusatorio es la diferenciación de la facultad jurisdiccional, respecto de la acusación. Vale decir: “por un

lado, el acusador [...] persigue penalmente y ejerce el poder requirente, por el otro, el imputado [...] puede resistir la imputación, ejerciendo el derecho de defenderse y, finalmente, el tribunal [...] tiene en sus manos el poder de decidir” (Maier, 2004: 444).

La historia del sistema de enjuiciamiento acusatorio tiene sus raíces en Grecia y en la República Romana, así como en el derecho germano y anglosajón. En este último se sostenía un modelo que podemos denominar “acusatorio privado”, en tanto se desarrollaba como una contienda entre acusado y ofendido. De tal manera, no se perseguía averiguar la verdad histórica de un hecho, sino otorgarle razón a una de las partes, por lo cual suele decirse que tenía un sentido fuertemente subjetivo. No había una separación entre infracciones civiles y penales, sino que todas eran consideradas como quebrantamientos a la paz, de manera que, cometida la ofensa, el infractor perdía la protección de su comunidad y quedaba a merced del ofendido o de su tribu, quienes tenían el derecho de perseguirlo e, inclusive, de matarlo. El proceso tenía características netamente acusatorias, pues se sometía la cuestión a decisión de una asamblea popular que sesionaba públicamente en lugares abiertos y era presidida por un juez, quien dirigía el debate, pero no fallaba. En la audiencia se permitía el duelo y se aceptaba la declaración juramentada. Michel Foucault (2003) caracteriza este sistema del siguiente modo:

En primer lugar, no hay acción pública, es decir, no hay nadie que representando a la sociedad [...] tenga a su cargo acusaciones contra los individuos. Para que hubiese proceso penal era necesario que hubiese habido daño, al menos alguien que afirmase haber sufrido un daño [...] y que esta presunta víctima presentase a su adversario [...]. La acción penal se caracterizaba siempre por ser una especie de duelo u oposición entre individuos, una familia o su grupo. No había intervención alguna de ningún representante de la autoridad. [...] Por lo tanto, la primera condición que observamos para que hubiera acción penal en el derecho germano antiguo era la existencia de dos personajes y nunca tres. La segunda [...], el proceso penal será solo una ritualización de la lucha entre los individuos [...]. La tercera condición es que [...] el derecho germánico antiguo siempre ofrece la posibilidad de llegar a un acuerdo o transacción [...], la interrupción de la guerra ritual (68/70).

A diferencia del derecho germano, el derecho griego dividió los delitos en públicos y privados, conforme la ofensa afectara al interés comunitario o al particular. En consonancia con ello, introdujo la idea de “acusación popular”, por la que cualquier ciudadano podía realizar la acusación pertinente. Asimismo, el sistema garantizaba la

participación directa de los ciudadanos en la tarea de juzgar, pues formaban parte de la composición de los tribunales. El juicio era oral, público y contradictorio. El sistema otorgaba a cualquier ciudadano la facultad de acusar y perseguir en nombre del pueblo para efectuar el castigo por la comisión de un delito público. Ello motivaba la intervención de las autoridades y se abría así una etapa de información sobre los hechos, que podía variar según el tribunal. Llegado el momento del juicio, los ciudadanos se reunían en la plaza pública y, en presencia de la audiencia, se leía la acusación y todas las pruebas que la avalaban; luego se desarrollaba el debate entre acusador y acusado. Estaba permitida la tortura (incluso respecto de los testigos) y la práctica de las ordalías o juicios de Dios. Finalmente, tras los alegatos de las partes, el tribunal emitía su decisión. Puede decirse entonces que:

La realización penal ateniense dejó como rica herencia para la posteridad la idea de una profunda interrelación entre lo jurídico y lo político, ya que su administración de justicia apareció en un todo coherente con la democracia [...]. Así, la distinción entre cuestiones públicas, privadas y el funcionamiento para lo primero de la acción popular, donde cualquier ciudadano podía instar la persecución del delito [...], la instauración del debate como punto central para la resolución de la causa, efectuado de manera por completo pública y, por último, la directa intervención del pueblo en el juzgamiento, delinearon con firmeza las bases de lo que denominamos como proceso acusatorio (Vázquez Rossi, 2004: 118).

En el caso de Roma, teniendo en cuenta los distintos sistemas políticos que se sucedieron a lo largo de su historia (monarquía, república e imperio), es posible advertir una transformación paulatina en el sistema de enjuiciamiento penal. Abordar un análisis detallado al respecto excede ampliamente los límites de este trabajo, por lo cual simplemente mencionaremos algunos puntos relevantes.

Al igual que el derecho griego, el romano diferenciaba entre los delitos públicos y los privados. En una primera etapa, al establecerse la monarquía, el rey se investía de todas las funciones gubernativas que, ocasionalmente, podía delegar en un magistrado. Para el juzgamiento, se llevaba adelante una suerte de instrucción sumarial, pero no existían normas procesales que regularan el trámite. Con el advenimiento de la República se produjo una reestructuración de la organización judicial, pues se

sancionaron las llamadas “leyes de valería”, que concedían a los ciudadanos el derecho de provocar la intervención de la asamblea popular (Maier, 2002: 276). Si bien en un principio el ingreso de la nueva institución no cambió radicalmente el procedimiento, que continuaba en cabeza de los magistrados, hacia fines de la República una transformación terminó por democratizar el enjuiciamiento. El poder, tanto jurisdiccional como de persecución penal, se trasladó a manos de los ciudadanos al instaurarse la institución del jurado (*iudicisiurati*) encabezado por un juez (*pretor*) que se ocupaba de convocarlo. Así, durante la República, Roma instauró el procedimiento acusatorio al estilo griego, donde la acusación popular condicionaba el poder de decidir penalmente, pues este poder se hallaba en cabeza del pueblo, el cual resolvía los pleitos en el marco de un juicio oral y público. Este sistema se mantuvo vigente hasta que el avance de la centralización estatal y la irrupción del Imperio llevaron a su sustitución a través de leyes extraordinarias que respondían a la nueva distribución del poder:

Se va operando una paulatina sustitución de la *accusatio* en la que se entendía el delito público como fundamental incumbencia ciudadana, por la actuación de funcionarios oficiales a quienes se encomendaba la averiguación y consecuente actuación: correlativamente, desaparecen los tribunales populares, reemplazados por órganos de justicia delegados del emperador. (Vázquez Rossi, 2004: 120)

En definitiva, como sostiene Hendler:

El jurado de la República Romana declinó en la época del Imperio cuando los ciudadanos dejaron de tener la atribución de ejercitar las acusaciones. Constantino fue quien estableció formalmente la persecución a solicitud de la autoridad pública [...]. Los jurados, excluidos de entender en los casos graves o de mayor importancia, dejaron de considerar su función como una prerrogativa y de interesarse en participar del tribunal. Eso hizo surgir la llamada jurisdicción extraordinaria; es decir, aquella en que los magistrados conocían sin participación del jurado. Diocleciano fue quien le dio el golpe de gracia definitivo y convirtió esa jurisdicción en ordinaria. Como consecuencia de eso surgió la instrucción preliminar dirigida por el juez y, sobre todo, la utilización de la escritura para dejar constancias de las pruebas recopiladas (2006: 20).

La caída del Imperio Romano de Occidente en el año 476 (hito que marca el comienzo de la Edad Media) inició en Europa Continental un lento proceso de desmembramiento del poder central, que condujo a la consolidación del feudalismo. Desde el punto de vista del enjuiciamiento penal, en esta época se retornó a las prácticas

del derecho germánico, mencionadas anteriormente (Foucault, 2003: 71). En efecto, siguiendo a Maier:

Durante la última parte de la Edad Media entraron en conflicto los señoríos locales (poder feudal) con el poder del monarca, quien pretendía aglutinar las diferentes comarcas [...] sobre la base de una única forma de organización política central. La lucha se decidió a favor del rey y el triunfo abrió paso –ya en la edad moderna– a la creación de los Estados Nacionales [...] y al sistema de organización política que ha dado en llamarse absolutismo monárquico (2002: 289).

Esta transformación en la organización política requirió de un sistema normativo que le brindara respaldo y garantizara su funcionamiento. Es aquí donde se cristalizó un resurgimiento de las formas del antiguo derecho romano, el cual había sido conservado por los glosadores italianos y principalmente por la Iglesia Católica que, sobre su base, había elaborado un complejo sistema que se conoció como derecho canónico.

La Iglesia Católica había ganado prestigio y adeptos en toda Europa. Este crecimiento, frente a algunos abusos que se habían advertido durante la época anterior, redundó en que su irrupción en la escena legal fuera considerada de manera positiva. Su jurisdicción se circunscribía al juzgamiento de los clérigos y de los ataques contra la fe (como la herejía), aunque con el tiempo un sinnúmero de infracciones serían comprendidas bajo ese rótulo. Progresivamente, sobre todo por la catequización y las campañas militares llevadas adelante, la Iglesia Católica fue ampliando cada vez más su ámbito de influencia. Finalmente, el Papa Inocencio III, fundado en el derecho canónico, introdujo la inquisición en el siglo XII como una necesidad de expiación del pecado. Esta institución ejercería una gran influencia en el derecho penal, pues impactaría directamente sobre las formas de persecución y enjuiciamiento en toda Europa y, también, en América. El nuevo régimen hizo que la justicia dejara de ser un pleito entre individuos, quienes no tendrían más el derecho de resolver sus litigios. La víctima sería paulatinamente suplantada por la figura de un funcionario público: el procurador, produciéndose lo que se ha denominado “expropiación del conflicto” (Nils Chistie, 1992). Este fenómeno le permitiría al poder político adueñarse de los procedimientos judiciales (Foucault, 2003: 79).

Por otro lado, surge la noción de “infracción”, por la cual el daño pasaría a ser, además de una ofensa al individuo, un ataque contra la ley del Estado, la sociedad, la

soberanía y el soberano mismo. A partir de aquí, la investigación será iniciada por una simple denuncia, abriéndose paso a la instrucción de oficio; se cambiará el eje de la persecución, que ahora necesitará averiguar la verdad histórica, recurriéndose a la tortura y al tormento como métodos científicos válidos para obtener la confesión. La jurisdicción eclesiástica pasará a ser ejercida por un cuerpo permanente de monjes dependientes de la autoridad del Papa y se abolirá para siempre la publicidad del procedimiento, que pasará a ser secreto y escrito. Como señala Foucault:

toda la segunda mitad de la Edad Media asistirá a una transformación de [...] viejas prácticas y a la invención de nuevas formas de justicia, de prácticas y procedimientos. Formas que son absolutamente capitales para la historia de Europa y el mundo entero, en la medida en que Europa impone violentamente su yugo a toda la superficie de la tierra (2003: 75).

Así, la inquisición en el enjuiciamiento penal se esparció rápidamente y, poco a poco, los países centrales fueron adaptando sus legislaciones a este nuevo modo de aplicación del poder. Básicamente se funda en la necesidad de terminar con el caos en la administración de la justicia y ordenar las distintas jurisdicciones existentes. En una palabra, se pretende terminar con los localismos y fortalecer el poder central e imponer un castigo de manera uniforme.

En España, estos cambios se consolidaron a mediados del siglo XIII mediante *Las Partidas* adoptadas por Alfonso X, adquiriendo mayor vigor tras el establecimiento del Tribunal del Santo Oficio o Tribunal de la Inquisición, creado en 1480 para perseguir los pensamientos heréticos. *Las Partidas* tuvieron una importancia central para Hispanoamérica, ya que, al haber sido de aplicación obligatoria en las colonias españolas, permitieron el ingreso de la inquisición en nuestro continente.

En Alemania, por su parte, su adopción definitiva sobrevino con el primer cuerpo normativo orgánico de derecho penal alemán, conocido como *La Carolina*, sancionado por Carlos V en el año 1532. El mismo contemplaba a la herejía como delito y permitía la tortura como modo para obtener la confesión:

La Carolina conservó la idea del tribunal germano compuesto por el juez y los escabinos, pero destruyó su sentido [...], pues el juez pasó a colaborar activamente en la

decisión [...]. Ello provocó para el enjuiciamiento una variación fundamental: del debate oral y en presencia de los jueces que debían fallar, del acusador y del acusado, se pasó a la recopilación escrita de los actos. (Maier, 2002: 304).

En Francia, la introducción del derecho romano canónico se dio a partir de la Ordenanza de 1254 de Luis IX, mediante la cual se receptó la encuesta de oficio. A partir de allí, se fueron sancionando diversas leyes que encaminaron la cuestión a una codificación definitiva a partir de la Ordenanza Criminal de 1670 -obra cumbre del sistema inquisitivo-, dada la gravedad que le imprimió al enjuiciamiento. Al referirse a ella, Foucault señala:

Según la Ordenanza de 1670 [...] era imposible para el acusado tener acceso a los autos, imposible conocer la identidad de los denunciantes, imposible saber el sentido de las declaraciones antes de recusar a los testigos, hacer valer, hasta en los últimos momentos del proceso, los hechos justificativos, imposible tener un abogado [...]. Por su parte, el magistrado tenía derecho de recibir denuncias anónimas, de ocultar al acusado la índole de la causa, de interrogarlo [...]. Constituía, por sí solo y con todo poder, una verdad por medio de la cual cercaba al acusado, y esta verdad la recibían los jueces hecha, en forma de autos y de informes escritos; para ellos únicamente estos elementos era probatorios; no veían al acusado más que una vez para interrogarlo antes de dictar su sentencia. (2015: 44-45)

No obstante, hacia fines del siglo XVIII, la “sombria fiesta punitiva” (Foucault, 2015) llegaría a su fin y el pensamiento crítico ilustrado produciría una nueva transformación en los sistemas de enjuiciamiento. Los reproches lanzados hacia la crueldad de los métodos de la inquisición y los abusos de poder, frente a una concepción renovada del hombre como sujeto de derechos, reclamaría un cambio inminente, pues “mientras que la estructura jurídica desarrollaba [...] un sistema opresivo cuyas raíces se hundían en el Medioevo, se daba una evolución ideológica cuestionadora de lo antiguo y postuladora de reformas” (Vázquez Rossi, 2004: 133). A partir de las reflexiones de pensadores como Beccaria o Benthan se llevaría adelante una reelaboración teórica de la ley penal que redundaría en la separación entre la infracción religiosa o moral y el delito, entendiendo a este último como ruptura de la ley explícitamente establecida por el poder político del Estado. De manera tal que el crimen dejaría de ser algo emparentado con el pecado y pasaría a ser considerado un daño social (Foucault, 2003: 97).

La metamorfosis de la estructura política, evidenciada en la salida del absolutismo monárquico y la adopción de un sistema de gobierno democrático, impondría la necesidad de que el derecho acompañara ese giro ideológico y que se llegaran a formas de enjuiciamiento compatibles con los nuevos principios. Ello produjo una vuelta al derecho romano republicano y al derecho anglosajón (que no había sufrido la influencia del derecho canónico) y sentaría las bases de un nuevo modelo apoyado en la eliminación de las penas corporales, la oralidad y publicidad del procedimiento y el juzgamiento por los pares.

El inicio del cambio lo marcó la Revolución Francesa en 1789. Tras ella vieron la luz una serie de leyes cuya impronta sobre el sistema de enjuiciamiento fue indudable: el Código Penal Francés de 1791, el Código de Delitos y de Penas de 1795 y el Código de Instrucción Criminal de 1808. La Revolución Francesa esparciría sus ideas en el continente europeo y en las colonias iberoamericanas, inspirando así un nuevo modelo de organización política y, en consonancia con ello, un nuevo sistema de enjuiciamiento.

El debate en torno al Poder Judicial en Argentina

La etapa previa a la Constitución de 1853 en Argentina

Los años posteriores a la Independencia fueron escenarios de conflictos internos. El debate acerca de la Constitución no escapaba a la atmósfera crispada de la época. Entre los asuntos tratados, se debatía acerca de dos formas de gobierno: la monarquía constitucional, a la que se llamó sistema europeo, y la república democrática representativa, a la que se la llamó sistema americano por su origen estadounidense (Corva, 2013). La elección no fue un mero debate de ideas, sino más bien la cristalización de las relaciones de poder en disputa. La influencia de Montesquieu y la idea de la división de poderes fue trascendental tanto para las repúblicas de América del Sur como para los Estados Unidos. Habiéndose América liberado de los reinos que la sometían, era necesario adoptar un régimen. Si bien existieron casos en los que se debatió acerca de la posibilidad de establecer una monarquía, la idea de la república significaba desligarse del antiguo régimen y establecer un sistema en el que el pueblo

ejerciera el poder: “El pueblo que detenta el poder soberano debe hacer por sí mismo todo aquello que pueda hacer bien; lo que no pueda hacer bien lo hará por medio de sus ministros” (Montesquieu, 1984: 37). Así, luego de la declaración de Independencia comenzaron los conflictos internos y el debate acerca de la Constitución, siendo la prensa de la época el principal medio de difusión de ideas donde se exponían los primeros debates sobre el nuevo orden político (Carozzi, 2011).

En lo que respecta al Poder Judicial en particular, la reflexión intelectual tenía una cierta admiración hacia la institución del jurado, sobre todo a partir de los ecos del debate sobre el Poder Judicial durante las Cortes de Cádiz de 1812 (Levaggi, 1982: 197). La discusión en España se había introducido en gran medida a través de la experiencia francesa de rechazo (a partir de 1808) al jurado encabezado por los magistrados profesionales. En materia de jurado, el modelo anglo-americano y el francés son de naturaleza bien distinta:

En Francia, lo que interesaba del jurado inglés era la idea y las consecuencias, pero no la sustancia. Por ello, se desechan algunas consideraciones del originario. Entre ellas, la espontaneidad del veredicto, el criterio de unanimidad y la dualidad de jurados. Se potencia la función de los jurados y el valor de sus veredictos, delimitando competencias y separando nítidamente entre cuestiones de hecho y de derecho (Novo Pérez *et al.*, 2002: 341).

En los periódicos *El Censor* (1818) y *El Nacional* (1820) se redactaron diversos artículos referentes a la justicia. En general, todas las publicaciones exaltan el valor de los jurados como institución que garantiza la independencia del juzgamiento,² como freno a los letrados³ o como aspirante a modificar las costumbres.⁴ En dichos artículos “predomina [...] el análisis político ideológico de la institución, una institución digna de figurar en la más bella utopía, sin detenerse a considerarla desde el punto de vista del derecho procesal” (Levaggi, 1982: 178).

² “El acusado tiene todos los medios posibles de defensa: el juicio es público, y la justicia inspira respeto, y jamás terror” (Levaggi, 1982: 178).

³ Según la nota publicada en el *Despertador Teofilantrópico* el 8 de septiembre de 1821, escrita por fray Francisco de Paula Castañeda: “Así como los enfermos son curados en los libros de medicina, y mueren de veras en sus camas, así los particulares serán absueltos en la constitución, y condenados en los autos si un juicio de jurados bien establecido no les pone un freno a los que si quieren pueden abusar de la confianza pública” (citado en Levaggi, 1982: 179).

⁴ En una nota del diario *El Nacional* del 6 de octubre de 1825, escrito por Valentín Alsina, se propone que los jueces consulares sean elegidos por sorteo de una lista previa, a fin de empezar a planificar la institución del jurado (Levaggi, 1982: 179).

Para 1828, por encargo de Manuel Dorrego, gobernador de Buenos Aires, Guret Bellemare⁵ realizó un estudio sobre la organización de la justicia. Dicho estudio, llamado “Plan general de organización judicial para Buenos Aires”, incluye al *juri* (reunión del pueblo o de ciudadanos) como organismo para deliberar sobre la acusación dirigida contra uno de sus miembros. Como podemos observar, este período abrió un espacio de discusión respecto de los principios e instituciones que habrían de regir al futuro Estado y ofrece numerosos ejemplos que nos ayudarán a dar sentido a las ideas cristalizadas en 1853. Es conveniente efectuar aquí una síntesis sobre algunos de los hitos más importantes:

- 1- En noviembre de 1811 se sancionó el Decreto de Seguridad Individual, que estableció la necesidad del juicio previo para la imposición de una condena y fijó diferentes garantías individuales.
- 2- Ese mismo año se instituyó la Junta Protectora de Libertad de Imprenta o “jurado de imprenta”, la cual “estaba compuesta por nueve miembros, extraídos de una lista de cincuenta ciudadanos [...] y su función era la de declarar de hecho, si hay o no crimen en el papel [...], el castigo del delito correspondía a los jueces” (Levaggi, 1978: 65).
- 3- En 1813, la Asamblea General Constituyente abolió el Tribunal de la Inquisición y prohibió el uso de tormentos en la investigación criminal.
- 4- Las constituciones de 1819 y 1826 dispusieron en sus artículos 114 y 164, respectivamente, que el cuerpo legislativo debía preparar y poner en práctica el establecimiento del juicio por jurados, en cuanto las circunstancias lo permitiesen.
- 5- Otras dos normas que datan de 1825 y 1836 adoptaban formas de participación popular al instaurar el “jurado de abigeato” (para juzgar el robo de ganado) y el “jurado de mercado” (para los casos de fraudes en el comercio).

Es así como se arriba a la Constitución de 1853/60, la cual significó la adopción definitiva de la ideología liberal y republicana para el ejercicio del poder estatal y la

⁵ “Desde la publicación de la obra de Bellemare mejora en Buenos Aires el conocimiento que se tenía del sistema en los principales países que lo practican y también de sus posibilidades de adopción en este medio” (Levaggi, 1982: 181).

organización nacional, bajo el signo del federalismo (Maier, 2002: 399). Por último, si bien en algunos proyectos constitucionales y legislaciones provinciales se incursionó en fórmulas que incluyen la institución del jurado, no se hizo una referencia más taxativa hasta la Constitución de 1853 -aunque con algunos interrogantes.

El debate en la Constituyente de 1853

La democracia representativa fue pensada como una manera de “filtrar la voz de la mayoría, pasándola por un tamiz de un grupo selecto de representantes” (Gargarella, 1995: 70). En esa línea, Alberdi reclamaba que el presidente debía tener un poder casi monárquico, siempre y cuando esté sujeto a las leyes que limiten en el tiempo el ejercicio de su mandato y una Constitución que circunscriba su accionar (Botana, 2012). En este sentido, las frases acerca de que los países de la América antes española necesitan reyes con el nombre de presidentes o “dad al Poder Ejecutivo todo el poder posible, pero dádselo por medio de una constitución” (Botana, 2012, p. 45), son un pequeño ejemplo del pensamiento que buscaba en la solución republicana la manera de limitar la democracia.

La denominada “fórmula alberdiana” buscó conciliar las desigualdades económicas del antiguo régimen, en combinación con la igualdad jurídica de todos los ciudadanos ante la ley, elementos propios de una república:

La fórmula alberdiana no se aparta de las pautas fijadas por el modelo norteamericano: un senado y una cámara de diputados representarán a las provincias y a la nación en el proceso legislativo, en tanto tribunales de provincia y tribunales federales adjudicarán sanciones; todo ello ordenado por una última instancia, la Corte Suprema de Justicia, a quien corresponde el control constitucional de las leyes. (Botana, 2012: 46)

El proyecto de Constitución presentado en 1852 por Juan Bautista Alberdi no incluía la institución del juicio por jurados. Durante los diez días de la Convención Constituyente, establecida en la ciudad de Santa Fe, muy pocos artículos fueron discutidos de una manera profunda. Sin embargo, en el diario de sesiones no se encuentran los fundamentos de por qué fueron incluidos los artículos 24, 67 y el inciso 102 que se refieren a los juicios por jurados (PEN, 1939).

El artículo 24 establecía que “el Congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todos sus ramos, y el establecimiento del juicio por jurados”;⁶ el artículo 67 inciso 11 ordenaba que le corresponde al Congreso:

dictar los códigos civil, comercial, penal y de minería, y especialmente leyes generales para toda la Confederación sobre ciudadanía y naturalización, sobre bancarrotas, sobre falsificación de la moneda corriente y documentos públicos del Estado, y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados.⁷

Por último, el artículo 102 instituyó que “todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del derecho de acusación concebido a la Cámara de Diputados se terminarán por Jurados, luego que se establezca en la República esta institución”.⁸

Si el juicio por jurado no se encontraba en el proyecto de Constitución de Juan Bautista Alberdi, ¿por qué fueron incluidos en la versión final de la Constitución? La Constitución estadounidense contempló el juicio por jurado como resultado de una tradición heredada y, por supuesto, como reflejo de las relaciones de poder cristalizadas en ella. Cabe considerar que en su proceso independentista, los juicios con participación ciudadana tuvieron un papel preponderante durante la revolución americana. Esa correlación de fuerzas fue lo suficientemente relevante para que necesite estar plasmado en su Constitución como acto de legitimación.

En el debate constitucional argentino, salvo en el proyecto de Juan Bautista Alberdi, la figura del jurado casi siempre había estado presente (cfr. Figura 1).

Proyecto de Constitución de la Comisión Especial para la Asamblea del Año 1813

Artículo 22 - El proceso criminal se hará por *jurados* y será público.

Proyecto de Constitución de la Sociedad Patriótica de para la Asamblea del Año 1813

Artículo 15 - En los casos de esta especie el crimen o atentado contra la religión, el Juez Eclesiástico recibirá la acusación, hará el proceso informativo del hecho que constituye el cuerpo del delito y decretará la citación del delincuente, para su comparecencia ante *los jueces jurados* que han de conocer de todos los delitos en general, en cuyo Tribunal, en este

⁶ Actual artículo 24 de la Constitución Nacional.

⁷ Actual artículo 75 inciso 12 de la Constitución Nacional.

⁸ Actual artículo 118 de la Constitución Nacional.

<p>solo caso, presidirá.</p> <p>Artículo 175 - El juicio criminal se establecerá por <i>jurados</i>, y el Poder Legislativo publicará con preferencia el reglamento correspondiente bajo los principios más propios, para asegurar los derechos individuales y el interés de la comunidad.</p> <p>Artículo 189 - Ningún ciudadano puede ser desterrado o confinado a pretexto de una medida de precaución sin pasar antes por el <i>juicio de jurados</i>. El Senado debe vigilar sobre ello. El funcionario público o Tribunal que ataque esta parte de seguridad individual, queda expuesto a las resultas del que hubiese desterrado a un inocente.</p> <p>Artículo 212 - El acusado por tales delitos será juzgado por el <i>juicio de jurados</i>, y la tercera parte de los votos en su favor hace sentencia.</p>
<p>Constitución de las Provincias Unidas de Suramérica de 1819</p>
<p>Artículo CXIV - Es del interés y del derecho de todos los miembros del Estado, el ser juzgado por jueces los más libres, 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 <i>jurados</i>, en cuanto lo permitan las circunstancias.</p>
<p>Constitución de las Provincias Unidas de Suramérica de 1826</p>
<p>Artículo 164 – 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 <i>juicio por jurados</i>, en cuanta lo permitan las circunstancias.</p>

Figura 1. “Antecedentes Constitucionales del Juicio por Jurados” (elaboración propia a partir de Levaggi, 1982; cursivas nuestras).

Ahora bien, entendiendo que una Constitución puede ser el resultado de relaciones de poder previas, es decir, un modo de institucionalizar y legitimar una práctica anterior; podemos imaginar una posible respuesta al interrogante.⁹

Las condiciones de la nueva nación no eran las que intelectuales como Alberdi y Sarmiento creían factibles para la instauración de una república. Era necesario contemplar las particularidades que la revestían para que el proyecto fuera viable. Es por eso que Alberdi incorpora el concepto de “República posible” para diferenciar su

⁹ “Alberdi sostenía que hay constituciones de transición y creación, y constituciones definitivas y de conservación. Las que hoy pide América del Sud, son las de la primera especie, son de tiempos excepcionales” (Azzali, s/f: 3).

ideal de república, a la que se debía aspirar, de la república factible que nacía en el contexto suramericano.¹⁰

Si la existencia de ideas eclécticas en la Argentina le aseguró al jurado su consagración en la Constitución, también impidió su ingreso en la organización judicial (Levaggi, 1982). Existía entre muchos juristas y pensadores de la época un claro temor acerca de las capacidades de la ciudadanía. Veían al pueblo sumergido en la ignorancia, fácil de manipular y temían un hipotético escenario en el que tomaran decisiones políticas que condujeran a la república al caos. Por ello debían crear mecanismos para protegerla. Alberdi consideraba que “la miseria no delibera, se vende. Alejar el sufragio de manos de la ignorancia y de la inteligencia es asegurar la pureza y acierto de su ejercicio” (Botana, 2012: 47). La ciudadanía ilustrada debía ejercer los derechos políticos, encargados de civilizar a la nueva nación con valores europeos

el pueblo puede y debe votar, pero no conviene prestar excesiva confianza a la bondad natural del ciudadano. Los electores son hombres débiles, a quienes puede estimular alguna pasión colectiva o la demagogia de la ambición interesada. Habrá entonces que buscar nuevos resguardos (Botana, 2012: 52).

En las ideas de Alberdi se hace presente una diferenciación entre las libertades civiles, que abarcaban a todos, y la ciudadanía ilustrada con derechos políticos. Su pensamiento estaba influenciado por el pensamiento de Tocqueville, que atestigua temeroso el avance de la igualdad -en términos de derechos políticos- y el ocaso de la dominación aristocrática:

El libro que estamos por leer ha sido escrito bajo la impresión de una especie de terror religioso producido en el alma del autor al vislumbrar esta revolución irresistible que camina desde hace tantos siglos, a través de todos los obstáculos, y que se ve aún hoy avanzar en medio de las ruinas que ha causado (Botana, 2012: 50).

En vistas del proceso de elección de gobernantes en Estados Unidos, Tocqueville recomendaba no confiar en exceso en la bondad del ciudadano y, en contraste, generar mecanismos de contrapeso como la elección indirecta:

¹⁰ “La cuestión que preocupaba a Alberdi era cómo hacer de un pueblo -según él sumergido en la miseria y en la ignorancia- una colectividad federativa apta para el ejercicio del gobierno republicano” (Botana, 2012: 47).

Casi todos sus miembros -escribe- son personajes oscuros, cuyo nombre no proporciona ninguna imagen al pensamiento... A dos pasos de allí -continúa- se abre la sala del Senado, cuyo estrecho recinto encierra una gran parte de las celebridades de Norteamérica. El hecho que explica este contraste es muy sencillo: La elección que constituye la Cámara de representantes es directa y aquella donde emana el Senado está sometida a dos grados. (Botana, 2012: 52).

Por su parte, Domingo Faustino Sarmiento, quien entabló muchos de los debates previos a la Asamblea General Constituyente con Alberdi, compartía con él una denotada desconfianza hacia la ciudadanía de la época. No obstante, su conceptualización era distinta. Sarmiento introduce la dicotomía civilización y barbarie sobre los caminos posibles que podía tomar la república. La barbarie es, en sentido amplio, el atraso, aquello que nos aleja del destino natural de grandeza que conlleva la civilización. Asimismo, la barbarie encarna las viejas formas de legitimación a las que él no considera legítimas: líderes que responden a mandatos populares. Los caudillos que concentran en su figura distintas atribuciones basadas en el terror representan, para Sarmiento, su poder personal en la población a la que dicen proteger:

Mientras la buena legitimidad se perfecciona en la ciudad, el colosal espacio del desierto contiene otra forma de gobierno que es la negación extrema de aquella. Mientras en la fugaz república del veinte la igualdad significa que el pueblo participa en virtud del legislador, en la sociedad bárbara la igualdad es la voluntaria subordinación de los seguidores a un mando indiscutido. (Botana, 1997: 279).

Así como quedaba en evidencia una falta de confianza en la capacidad electiva de la ciudadanía, también existía un recelo en la capacidad de juzgar del pueblo. Podemos entonces plantear una relación o similitud entre ese temor de la ciudadanía a elegir y un temor a que la ciudadanía participe en el proceso de juzgamiento. De esta manera, una vez aprobada la Constitución, el juicio por jurado encontró resistencias por parte de quienes desconfiaban del método, pero también por parte de quienes desconfiaban de las capacidades de la ciudadanía de la época. Así, “la mayoría que hizo mal uso de la libertad política favoreciendo despotismos populares, solo tiene derecho al ejercicio de la libertad civil” (Botana, 2012: 48).

El juicio por jurado otorga a la ciudadanía la capacidad de decidir sobre la culpabilidad o inocencia (facultad que en el modelo inquisitivo poseen los jueces).

Entonces, podemos suponer la resistencia a que se aplique el juicio por jurados por parte de los jueces que perderían esa facultad, entendiendo que toda pérdida de poder genera previamente una resistencia que intenta impedir el cambio. En definitiva, el debate en torno al jurado no terminó con la sanción de la Constitución, sino todo lo contrario. Así como el proceso independentista había abierto un período de debate en torno al modelo constitucional a definir, una vez alcanzado el mismo, la reflexión se trasladaría a determinar las bases sobre las que se tendrían que construir los distintos departamentos del Estado, entre ellos, el Poder Judicial.

Múltiples corrientes e ideas influyeron tanto en el proceso de institucionalización como en el de reglamentación de la Constitución de 1853. Así, “al reglamentarse la organización judicial establecida, el Estado no tuvo una expresión de acuerdo monolítico sobre las cuestiones a resolver, sino que manifestó los conflictos sociales (Corva, 2013: 58). Una vez más, distintas publicaciones de la época post constitucional nos sirven para demostrar lo afirmado. Algunos notables, como Valentín Alsina y Dalmacio Vélez Sarfield, veían con desconfianza la figura y optaban por el mantenimiento de los tribunales puestos por la legislación española (Levaggi, 1982: 195). Por su parte, Manuel Rafael García, diplomático del presidente Mitre, en *Estudios sobre la aplicación de la justicia federal norteamericana a la organización constitucional argentina* (publicado en 1863 en Florencia), opinaba que, desde el punto de vista político, la institución favorecía a afianzar el gobierno popular. Idénticas ideas expondrían Florentino González en su obra *El juicio por jurados* (1869) y los diarios *La Prensa* y *El Nacional* a través de distintas publicaciones que datan de 1870 (Levaggi 1982: 198). En igual sentido, el catedrático Martín Ruiz Moreno, en *Apuntes sobre el jurado en materia criminal* (1887), entendía que el jurado, al brindar mayores garantías, era preferible al sistema de jueces profesionales.

Sin embargo, en la misma época, también se alzaron voces en contra. Un ejemplo de ello es el diario *La Tribuna* de 1870:

el punto de partida de una buena reforma está en el mejoramiento razonado del sistema en vigor y no en la adopción de teorías ingeniosas y seductoras, tal vez, pero que en su misma novedad las hace inaceptables en una materia en que la experiencia debe tener su principal autoridad (Levaggi, 1982: 177).

La organización de la justicia penal en el orden federal: un juicio sin jurados

Como ha quedado claro hasta aquí, el texto constitucional, apartándose del proyecto de Alberdi que no preveía el juicio por jurados y basándose en las Constituciones del '19 y del '26, hace constar la inequívoca voluntad de implantar el sistema para nuestra administración de justicia, pero no en todas las ramas sino en el marco de un proceso criminal. Esta decisión fue ratificada por los congresales de 1860 y mantenida incluso en la reforma más moderna de 1994.

Para Maier (2002), si bien la Constitución no define imperativamente el juicio por jurados, pues el régimen federal reserva para las provincias la capacidad de organizar su propia administración de justicia, sí determina claramente la competencia legislativa del Congreso para, al menos, sancionar una ley marco que establezca los actos imprescindibles para realizar un juicio por jurados. Pero de ningún modo autoriza la vigencia de un sistema de enjuiciamiento basado en la escritura y el secreto. Así, habiendo aclarado cuál fue la idea de los constituyentes y cuál es el “espíritu” de la Constitución, hija de la Ilustración y del modelo estadounidense, resurge la siguiente pregunta: ¿qué condiciones explican el camino opuesto adoptado en relación al sistema de enjuiciamiento a nivel nacional?

Las primeras leyes de organización de la justicia federal datan de 1860. A partir de allí se fueron estableciendo distintos tribunales de justicia. La ley N° 50 es el primer cuerpo normativo que contiene lineamientos de carácter procesal en materia penal, la misma rigió hasta la entrada en vigencia del primer Código Procesal Penal para la Capital Federal. En el proceso de formación de la justicia nacional se registra un intento del Congreso por dar cumplimiento efectivo al mandato constitucional: por ley N° 483 del año 1871, el parlamento creó una comisión conformada por Victorino de la Plaza y Florentín González, a quienes les encomendó la redacción de una ley de organización del jurado y otra de enjuiciamiento a nivel federal. Estos dos proyectos, según sus propios autores, se inspiraron en la legislación norteamericana (Vélez Mariconde, 1969).

En lo sustancial, el proyecto preveía la intervención de un jurado de acusación y otro de enjuiciamiento que solo se pronunciaba sobre los hechos, reservando la aplicación del derecho a un juez profesional. Asimismo, si bien dejaba la persecución

pública en cabeza del Estado, permitía su ejercicio a los particulares damnificados. Si bien podría decirse que este proyecto estaba en sintonía con la Carta Magna, es decir, recogía la idea de participación ciudadana allí contenida, el Congreso nunca lo trató y, a partir de ese momento, el juicio por jurado fue cayendo lentamente en el olvido. Indica Levaggi que “en los últimos años del siglo la causa del jurado pierde adeptos y entra en una etapa de declinación que será irreversible. Los motivos son dos: el progresivo asentamiento del edificio constitucional y la prédica de la escuela positivista” (Levaggi, 1982: 199). Esta última, imprimiendo al derecho penal un carácter científico, promovió el descrédito del jurado. En tal sentido, Enrique Ferri, principal exponente en la materia, calificaba al sistema de absurdo. Según sostenía, los hombres llamados a juzgar debían poseer la experticia necesaria para conocer la naturaleza del delincuente. De esta manera, “respaldados en la doctrina de la escuela positiva, los juristas argentinos llevan también al terreno científico la cuestión del juicio por jurados, sacándola del campo de lo político en el que fue instalado por obra del liberalismo” (Levaggi, 1982: 200).

En este contexto, en 1889, finalmente tuvo lugar la sanción del primer Código Procesal Penal Nacional, con basamento en un proyecto elaborado por Manuel Obarrio. Esta obra es de una importancia central, pues rigió el enjuiciamiento penal hasta el año 1992, cuando fue sustituido por la ley 23.984 (Código Levene, vigente hasta la actualidad). La fuente tomada por el autor fue la última legislación española que había conservado los fundamentos del sistema inquisitivo aunque, paradójicamente, en ese entonces en España ya había sido dejada de lado a partir de la sanción de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, que definió un sistema de persecución basado en los principios de oralidad y publicidad del juicio. Es decir que el Código Procesal Penal desconoció no solo los principios constitucionales, sino también el cambio fundamental que se había operado en materia procesal penal durante el siglo XIX, de manera tal que “el problema [...] constituye un caso real de atraso cultural y político” (Maier, 2002: 407).

El proyecto fue aprobado sin discusión y bajo la idea de que no era constitucionalmente indispensable ni políticamente oportuno establecer el jurado. Así, mientras nuestra Constitución era hija del movimiento reformista del siglo XIX, el sistema de enjuiciamiento corría en la dirección opuesta y se hundía en las ideas propias

del absolutismo y de la inquisición, quedando de tal manera en evidencia las distintas fuentes ideológicas de una y del otro.

En este punto, resulta interesante destacar que Obarrio compartía la idea según la cual el jurado necesitaba un alto grado de educación del pueblo (Levaggi, 1982) y, al llevar a cabo la misión que le fuera encomendada, tomó en cuenta que el Congreso no le dio tratamiento al proyecto de sus predecesores De la Plaza y González. Sin pretender analizar en detalle la regulación que establecía el Código Obarrio, cabe destacar tan solo una cuestión para resumir la idea apuntada: la instrucción estaba en cabeza de un juez profesional que recibía la denuncia, disponía las medidas de prueba, ordenaba las medidas de coerción y, a su vez, dictaba la sentencia.

Este modo de enjuiciamiento estuvo vigente en el orden federal hasta el año 1992, cuando fue derogado por la ley 23.894, que implantó el modelo actual. Este “nuevo” Código Procesal introdujo cambios sustanciales en el procedimiento, pues determinó que el juzgamiento debe ser realizado en juicio oral y público, por un tribunal diferente de aquel que actuó en la etapa inicial. Sin embargo, tampoco se hizo cargo del mandato constitucional, pues no impuso el sistema acusatorio ni mucho menos el juicio por jurados. La instrucción sigue siendo escrita y se encuentra reservada al juez de instrucción, y el juicio sigue estando a cargo de jueces profesionales que, durante el debate oral, tienen pleno dominio del devenir de la acusación, pues no solo dirigen el debate, sino que intervienen activamente en el mismo.

Huelga señalar que actualmente la ley 27.063 constituye el último nuevo intento de adaptar definitivamente el modelo de enjuiciamiento a nuestra forma de gobierno, aunque tristemente su aplicación se encuentra actualmente suspendida. La misma, además de establecer que el juzgamiento deberá ser realizado por jurados, estableció en el artículo 23 como garantía procesal que “los ciudadanos participarán en la administración de la justicia penal, de conformidad con lo previsto en los artículos 24, 75 inciso 12 y 118 de la Constitución Nacional y según la ley especial que se dicte al efecto”. Sin embargo, el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 257 del 24 de diciembre de 2015 suspendió la implementación de la reforma. Finalmente, el Poder Ejecutivo publicó el 7 de febrero de 2019 el Decreto N° 118 que aprobaba el texto ordenado del nuevo código procesal penal federal, de acuerdo a las modificaciones introducidas por la Ley N° 27.482 del año 2018. El artículo 282 establece que una ley especial

“determinará la composición, integración, constitución, sustanciación y deliberación del juicio en el que participe un tribunal de jurados”.

Reflexiones finales

El desarrollo que hemos efectuado ha intentado poner en evidencia que el conjunto ideológico sobre el cual se apoya la Constitución Nacional (tanto sus fuentes inmediatas como el contexto previo a su sanción) deja en claro que la necesidad de garantizar a los ciudadanos una participación activa en la administración de justicia emerge de la propia ideología liberal en la que se enraíza, pero que desde 1853 ha sido dejada de lado. Esta circunstancia brinda la pista necesaria para concluir que un sistema procesal como el vigente debilita la calidad de nuestra democracia y, en consecuencia, exige una inmediata reforma.

Entendemos que una modificación integral del sistema procesal, acorde a las reglas de la Carta Magna, instrumentando un modelo acusatorio, garantizaría la participación de la ciudadanía en la administración de justicia a través del juicio por jurados y, como consecuencia, propendería a un mayor y mejor control del servicio de justicia. La implementación de ese modelo constituiría un salto de transparencia, eficiencia y eficacia para el Poder Judicial. Este no siempre es acompañado por la institución de un jurado popular, pero la implementación de esta institución -solo posible en el modelo acusatorio- introduciría, como sostenía Alexis Tocqueville, un elemento democrático en el Poder Judicial (que sufrió pocas modificaciones desde el retorno de la democracia). En este sentido, es una tarea pendiente tratada por el Congreso en estos últimos cinco años y que ahora le corresponde implementar al Poder Ejecutivo Nacional. No son las únicas reformas necesarias, el Sistema Penitenciario y las policías -en tanto forman junto con la Justicia parte del proceso de criminalización secundaria- deben también recibir modificaciones profundas. Ya no se trata de continuar sosteniendo un sistema claramente ineficaz, medieval, oscurantista y poco transparente, sino también un modelo que choca de frente con los principios consagrados en nuestra Constitución.

Bibliografía

Abal Medina, Juan Manuel (2014). *Manual de Ciencia Política*. Buenos Aires: Eudeba.

Álvarez Echazú, María Belén (09/10/2017). “La justicia aparece como el poder con peor imagen”. *La Nación*. Disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/2070544-la-justicia-aparece-como-el-poder-con-peor-imagen> [Fecha de consulta: 12/10/2017].

Azzali, Javier (2017). *Una breve reseña histórica constitucional argentina: de 1853 al país oligárquico*, en “*Constitución de 1949*” Punto de Encuentro Editores, Disponible en: <https://docplayer.es/21810085-Una-breve-resena-historica-constitucional-argentina-de-1853-al-pais-oligarquico.html> [Fecha de consulta: 16/06/2017].

Bidart Campos, German (1994). *El Juicio por Jurado. Tomo I*. Buenos Aires: El Derecho.

Binder, Alberto (2017). *Crítica a la Justicia profesional*. Revista Derecho Penal. Año I, N° 3. Ediciones Infojus, p. 61, Id SAIJ: DACF130002, Disponible en: <http://inecip.org/wp-content/uploads/Binder-Cr%C3%ADtica-a-la-justicia-profesional-1.pdf> [Fecha de consulta: 20/07/2017].

Bobbio, Norberto (1985). “El futuro de la democracia” (62-73). *Revista Estudios Políticos Novena Época*, 4 (1). Disponible en: <http://dx.doi.org/10.22201/fcpys.24484903e.1985.1.60131> [Fecha de consulta: 28/02/2019]

Botana, Natalio (1997). *La tradición republicana: Alberdi, Sarmiento y las ideas políticas de su tiempo*. Buenos Aires: Sudamericana.

_____ (2012). *El orden conservador: La política argentina entre 1880 y 1916*. Buenos Aires: Edhasa.

Carozzi, Silvana (2011). *Las filosofías de la revolución. Mariano Moreno y los jacobinos rioplatenses en la prensa de Mayo: 1810-1815*. Buenos Aires: Prometeo.

CELIV (2014). *Delito, marginalidad y desempeño institucional en la Argentina: resultados de la encuesta de presos condenados*. Buenos Aires: CELIV-Universidad Nacional de Tres de Febrero.

Corva, María Angélica (2013). *La administración de justicia en la provincia de Buenos Aires, 1853-1881*. La Plata: Edulp.

_____ (2014). *Cómo se organiza un poder: el Poder Judicial después de la Constitución de 1873 de la provincia de Buenos Aires*. La Plata: Edulp.

Christie, Nils (1992). *La industria del control del delito*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Foucault, Michel (2003). *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa.

_____ (2015). *Vigilar y Castigar: nacimiento de la prisión*. Buenos Aires: Siglo XXI.

Gargarella, Roberto (1995). *Nos los representantes: Crítica a los fundamentos del sistema representativo*. Buenos Aires: Miño Dávila.

Goransky, Mirna (1993). "Un juicio sin jurados" (103-135). En Julio Maier (ed.), *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Hamilton, Alexander; Madison, James y Jay, John (2015). *El Federalista*. Madrid: Akal.

Hendler, Edmundo (1999). *Sistemas Procesales Penales Comparados*. Buenos Aires: Ad- Hoc.

_____ (2006). *El juicio por jurados. Significados, genealogías, incógnitas*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

_____ (2014). *Sistemas penales comparados*. Buenos Aires: Didot.

Levaggi, Abelardo (1978). *Historia del Derecho Penal Argentino*. Buenos Aires: Perrot.

_____ (1982). "El juicio por jurados en la Argentina durante el siglo XIX" (176-218). *Revistas de Estudios Históricos Jurídicos*, VII.

Maier, Julio (ed.) (1994). "Democracia y administración de justicia penal en Iberoamérica. Los proyectos para la reforma del sistema penal" (45-92). En *Lecciones y Ensayos*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

_____ (2002). *Derecho Procesal Penal I. Fundamentos*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Ministerio Público Fiscal (2017). *Violencia Institucional*. Disponible en: <http://www.mpf.gov.ar> [Fecha de consulta: 22/08/2017].

Montesquieu (1984). *Del espíritu de las leyes*. Buenos Aires: Hyspamérica.

Novo Pérez, Manuel; Arce Fernández, Ramón y Seijo Martínez, Dolores (2017). *El Tribunal del jurado en Estados Unidos, Francia y España: tres modelos de participación en la administración de justicia. Implicaciones para la educación del ciudadano*. Granada: Universidad de Granada. Disponible en: http://digibug.ugr.es/bitstream/10481/23947/1/458_32.pdf [Fecha de consulta: 18/10/2017].

Parnes, María Soledad y Negri, Juan (2007). "Democracia". En Aznar, Luis y De Luca, Miguel (eds.), *Política. Cuestiones y Problemas*. Buenos Aires: Emecé.

Poder Ejecutivo Nacional (1939). *Ley N° 11.857. Asambleas Constituyentes Argentinas: seguidas de los textos constitucionales, legislativos y pactos interprovinciales que organizaron políticamente la Nación. Fuentes seleccionadas, coordinadas y anotadas Por Emilio Ravignani. Tomo primero*. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones Históricas-Universidad de Buenos Aires.

Procuración General (2015). *Registro Único de Detenidos de la Procuración General*. Disponible en: <http://www.mpba.gov.ar> [Fecha de consulta: 22/08/2017].

Rosa, José María (2017). *El fetiche de la Constitución*. Disponible en: http://www.fmmeduccion.com.ar/Bibliotecadigital/Rosa_Elfetichedelaconstitucion.pdf [Fecha de consulta: 22/08/2017].

Sartori, Gioanni (2007). *Qué es la democracia*. México: Taurus.

_____ (2000). *Teoría de la democracia I. El Debate Contemporáneo*. Buenos Aires: Alianza Universidad.

Vázquez Rossi, Jorge (2004). *Derecho Procesal Penal (La realización penal). Tomo I. Conceptos Generales*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

Vélez Mariconde, Alfredo (1969). *Derecho Procesal Penal. Tomo I*. Buenos Aires: Lerner.

Welzel, Hans (2014). *Derecho penal Alemán. Parte General*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Zolo, Danilo (1994). *Democracia y Complejidad*. Buenos Aires: Nueva Visión.