

¿Jueces o Jurados? Un hecho similar resuelto de diverso modo por jueces profesionales y jurados populares.

Demián Zayat\*

## 1. Introducción

¿Quiénes deben establecer la culpabilidad en los casos penales, jueces o jurados? La convención constituyente del año 1853 pretendió resolver el dilema en favor de los últimos cuando consagró que todos los juicios criminales ordinarios se terminarán por jurados<sup>1</sup>. Sin embargo, a pesar del tiempo transcurrido, el juicio por jurados aún no fue establecido a nivel nacional para ningún caso. En varias oportunidades, el Congreso Nacional analizó proyectos de ley a este fin, pero terminaron en el archivo<sup>2</sup>.

Por su parte, las provincias —que tienen autonomía para definir su sistema judicial, siempre y cuando respeten el debido proceso y la independencia de la judicatura—podrían establecer el juicio por jurados con las particularidades que prefieran. Empero, la gran mayoría de las jurisdicciones provinciales tampoco lo adoptó, y los procesos penales aún son resueltos por jueces técnicos. Al día de hoy, la provincia de Córdoba estableció un régimen de juicio por jurados muy limitado, exclusivamente para los delitos aberrantes y de corrupción, entre ellos el homicidio agravado. El jurado cordobés —del tipo escabino— estará integrado por tres jueces profesionales y ocho ciudadanos populares (cuatro varones y cuatro mujeres)<sup>3</sup>. Al

---

\* Quiero agradecer a los valiosos comentarios de Roberto Gargarella, Anabella Museri, Virginia Menendez y Luciana Sánchez a una versión anterior de este trabajo.

<sup>1</sup> El juicio por jurados es una de las pocas repeticiones en las que incurre la Constitución, al incluirlo de distinto modo en tres cláusulas. Así el artículo 118 dice que “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”. El artículo 24, por su parte declara que “El Congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todos sus ramos, y el establecimiento del juicio por jurados”. Por último, el artículo 75 inciso 12 establece que le corresponde al Congreso “Dictar ... las leyes ... que requiera el establecimiento del juicio por jurados”.

<sup>2</sup> En 1871 se promulgó la ley 483 que creó una Comisión Especial para proyectar la ley de organización del Jurado y la de enjuiciamiento. El Presidente Faustino Sarmiento designó a Florentino González y Victorino de la Plaza como integrantes de la Comisión, quienes elaboraron un proyecto sobre el “Establecimiento del Juicio por Jurados y de Código de Procedimiento Criminal en las causas en que conoce la justicia nacional (Imprenta y Librería de Mayo, 1873). Por su lado, el presidente Roca envió un proyecto de ley al Congreso para implantar el juicio por jurados, en 1884, aunque el Congreso prefirió el proyecto de Obarrio (que no instituía el jurado) en 1888. El diputado J.A. Martínez presentó un proyecto de ley en 1902, pero la Comisión de Códigos aconsejó su archivo en 1904. En 1920, el senador Del Valle Iberlucea presentó otro proyecto estableciendo el juicio por jurados para causas criminales y correccionales, que no tuvo tratamiento, al igual que el del diputado Vidal Baigorri en 1932. En 1934 el proyecto de la Comisión especial de reforma de los Códigos de la Cámara de Diputados, establecía que la defensa podría optar por el juicio por jurado, aunque no resultó aprobado. En 1958 el diputado Mercado propuso crear una Comisión especial para proyectar una ley de juicio por jurados; y al año siguiente, el diputado Rodríguez Díaz propuso una comisión bicameral mixta “ad hoc” con igual fin. En el año 1988 el presidente Alfonsín propuso los juicios por jurados; en 1990, el diputado Bernardo Salduna; en 1993, Berhongaray; en 1994, Antonio María Hernández; en 1995, los senadores Augusto Alasino y José Antonio Romero Feris; y en 1997 Elisa Carrió, Víctor Fayad, Elisa Carca y Jorge Solana. En el año 2003 el senador Jorge Yoma presentó un proyecto, que fue retomado por el Poder Ejecutivo en el 2004, que tuvo despacho de las comisiones del Senado, aunque no se aprobó. Fuente: Dirección de Información Parlamentaria del Congreso de la Nación, EI 047.01.08.

<sup>3</sup> Ley 9182, sancionada el 22 de septiembre de 2004, y entró en funcionamiento a partir del 1 de enero de 2005.

mismo tiempo, la provincia de Chubut incorporó a su código procesal penal el juicio por jurados para algunos delitos menores.

Como todo sistema de autoridad con pretensiones de obediencia, el poder judicial debe tener en cuenta la legitimidad de las decisiones judiciales<sup>4</sup>. Para ello, habrá que prestar atención a la creencia de la sociedad sobre qué sistema judicial resulta el más apropiado<sup>5</sup>. En una democracia, en general, el proceso de legitimación de los funcionarios políticos proviene en gran parte, de su selección a intervalos periódicos por medio del voto. En cambio, debido a que los jueces no son electos popularmente, ni tienen plazos para el ejercicio de su función, su legitimación no puede provenir directamente de la representación popular. La participación ciudadana en la administración de justicia —en el proceso de selección a los jueces, en los controles exógenos, y en la propia resolución las causas—, puede contribuir a la construcción de la legitimidad democrática del sistema judicial. De todos modos, aunque esto no suceda, esta participación sí cumplirá con el objetivo de acercar la justicia a la sociedad.

Históricamente, desde el período crítico norteamericano de 1780/90, se intentó alejar a la ciudadanía del gobierno y de la administración de justicia. Esto se vio reflejado en el esquema constitucional de frenos y contrapesos que adoptaron los *Federalistas* en Estados Unidos<sup>6</sup>. La base de este esquema implica mediatizar la fuerza de la mayoría, tanto a través de elecciones indirectas como de frenos y contrapesos, que contrabalancen el poder de las mayorías con el de las minorías, y alejaran a las mayorías del gobierno<sup>7</sup>.

En nuestro país, con la reproducción y profundización de este modelo<sup>8</sup>, la ciudadanía fue dejada fuera de la participación directa en los asuntos públicos<sup>9</sup>. El funcionamiento de este diseño institucional produjo resultados deficientes en términos de legitimidad del sistema político, lo que sumado a otros factores, contribuyó al descreimiento tanto en los órganos representativos como en el sistema judicial. La crisis de diciembre de 2001 fue una manifestación de esta ausencia de legitimidad. Por otro lado, el poder judicial argentino

---

<sup>4</sup> El concepto de legitimidad es complejo. Max Weber señaló que el cumplimiento u obediencia a las órdenes generalmente requería la creencia en la legitimidad del sistema de reglas o mando. Por esto “todo sistema de autoridad intenta establecer y cultivar la creencia en su legitimidad”. Ver Max Weber, *The theory of social and economic organization*, Free Press, New York, 1947, p. 325. Citado en *International encyclopedia of the social and behavioral sciences*, Elsevier Science Ltd, 2001, voz “Legitimidad: Política”, a cargo de C.K. Ansell.

<sup>5</sup> Seymour Martin Lipset considera que la legitimidad es “la capacidad del sistema de mantener la creencia de que las instituciones políticas existentes son la más apropiadas para la sociedad”. Lipset, *Political man: the social bases of politics*, Anchor Books, Garden City, NY, 1963, p. 64. Citado por Ansell, op. cit. en la nota anterior.

<sup>6</sup> Ver Roberto Gargarella, *La Justicia frente al gobierno*, ed. Ariel, Barcelona, 1996, p. 17 y ss.

<sup>7</sup> James Madison considera que para que las “facciones” (los grupos mayoritarios movidos por un interés común) no hagan prevalecer su interés inmediato sobre el interés permanente del país, debe establecerse un sistema que tamice sus intereses a través de un grupo escogido. Ver Madison, Hamilton, Jay, *Los papeles del Federalista*, Fondo de Cultura Económica, Mexico DF, 1949, cap. 10, p. 39.

<sup>8</sup> Ver Dardo Pérez Guilhou, *El pensamiento conservador de Alberdi y la constitución de 1853*, Depalma, Buenos Aires, 1984, p. 93.

<sup>9</sup> El artículo 22 de la Constitución Nacional es un buen ejemplo de esta filosofía política: “El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medios de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución. Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste, comete el delito de sedición”.

nunca tuvo muy clara su función y en general no protegió ni los derechos humanos, ni a las minorías, ni al sistema democrático<sup>10</sup>. El proceso judicial —escrito, burocrático, jerárquico— y las prácticas de sus operadores, no estuvieron a la altura de las expectativas de la ciudadanía, lo cual profundizó el descreimiento mencionado<sup>11</sup>.

Este trabajo está orientado a analizar qué sistema judicial podría ser más fácilmente justificado en términos de legitimidad<sup>12</sup>, si aquel en donde los casos fueran resueltos exclusivamente por jueces profesionales, o aquel en el cual tuvieran participación los jurados populares. Para ello, compararé cómo fue resuelto un hecho similar en un sistema con jueces técnicos (provincia de Jujuy) y en otro con jurados populares (Córdoba). El supuesto que tomaré para realizar esta comparación es un juicio en un caso de homicidio agravado en la provincia de Jujuy que terminó con una condena (caso Romina Tejerina), y otro juicio también de homicidio agravado en la provincia de Córdoba que terminó con la absolución por parte de los jurados populares (caso Elizabeth Díaz). Mi idea es intentar identificar cuál de estas dos decisiones tuvo mayor legitimidad.

Por otro lado, también me interesa analizar si en el caso cordobés, lo que existió fue un desacuerdo de los jurados sobre la consecuencia jurídica establecida por la ley para el caso. Si esto hubiera sido así, los jurados habrían absuelto a la imputada porque no coincidían con la solución que la ley daba para el caso (condena) y entonces estaríamos frente a un caso de nulificación de la ley por parte del jurado. Esta nulificación implicaría que la ciudadanía interpretó de modo directo la ley, logrando tomar el control de su significado, del modo propuesto por la escuela del constitucionalismo popular.

En este trabajo no podré realizar un análisis del funcionamiento del juicio por jurados, ya que las experiencias en el país son cortas e incipientes. Nuestro sistema de justicia nacional sigue sin incorporar al ciudadano como actor relevante a la hora de resolver los conflictos judiciales<sup>13</sup>. Sin embargo aún creo que la comparación entre dos casos concretos, uno resuelto por jueces técnicos y el otro por jurados, puede ser útil para mostrar el potencial del juicio por jurados en la legitimidad del sistema judicial.

Pero para ello primero deberé analizar los hechos de los casos para ver si son supuestos comparables o no, lo que haré en el capítulo siguiente. Seguidamente, en el capítulo tres, analizaré la distinta legitimidad que pueden tener las decisiones de jueces y jurados en un sistema democrático. Luego, en el capítulo cuatro, replicaré desde el punto de vista del

---

<sup>10</sup> Ver Roberto Gargarella, “Inconsistencia y parcialidad. Un examen histórico de la jurisprudencia de la Corte Suprema Argentina”, en JA 2003-IV-1175.

<sup>11</sup> Ver CELS, “Transformaciones urgentes hacia una justicia democrática”, en CELS, *Derechos Humanos en Argentina, Informe 2002-2003*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2003.

<sup>12</sup> David Beetham reelaboró el concepto de legitimidad de Weber, aclarando que “una relación de poder no es legítima porque la sociedad crea en su legitimidad, sino porque puede ser justificada en términos de su creencia”. Beetham, *The legitimation of power*, Humanities Press International, NJ, 1991, p.11. Citado por Ansell, op. cit. en nota 4.

<sup>13</sup> Una excepción podría ser la Acordada 28/04 de la Corte Suprema, que permitió la participación de los ciudadanos en juicios, a través de la figura del *Amicus Curiae* o amigo del tribunal. Sin embargo, en los fundamentos de la Acordada se limita a la presentación de memoriales por parte de *expertos* que puedan ilustrar a la Corte en los temas de su experticia. Algo similar dijo en el fallo “Jusplast c/ Estado Nacional” del 31 de octubre de 2006, cuando resolvió el desgloce de varios memoriales.

constitucionalismo popular las principales críticas que se le suelen hacer al juicio por jurados. Finalmente intentaré ver los casos Díaz y Tejerina a la luz de este análisis para ver qué sistema judicial protege de un mejor modo al sistema democrático. Por último, en el capítulo seis, realizaré una breve conclusión.

## 2. La comparación de los casos Tejerina y Díaz

Los casos fueron elegidos por diversas razones. El juicio a Romina Tejerina (Jujuy) contrajo una gran discusión a nivel nacional. Los grupos feministas levantaron su causa para mostrar la injusticia de un sistema que no permite el aborto legal y gratuito, y la situación en la que quedan muchas jóvenes violadas que no pueden acceder a abortos clandestinos seguros. Este caso movilizó a personalidades artísticas<sup>14</sup> y referentes políticos nacionales. Legisladores nacionales presentaron proyectos de declaración repudiando la detención y luego la condena de Romina Tejerina<sup>15</sup>, y proyectos de ley modificando los supuestos permitidos del aborto<sup>16</sup> y bajando la pena para casos de infanticidio<sup>17</sup>. El caso estuvo en todos los medios de comunicación<sup>18</sup>. La administración de justicia de la provincia se mostró formalista y severa con una mujer de bajos recursos, que sufrió un hecho frecuente en nuestro país.

El caso de Elizabeth Díaz (Córdoba) fue elegido en primer lugar por ser un hecho similar al de Tejerina pero con una resolución contraria. En segundo lugar, fue seleccionado por ser el primer caso donde los jurados populares no siguieron en su resolución a los jueces técnicos. Hasta este caso, en la corta experiencia cordobesa, los jurados populares habían adherido sin excepción a las decisiones que adoptaban los jueces profesionales. Sin embargo, en este juicio, seis jurados populares decidieron disentir con la condena que proponían como solución los jueces y siguieron su propia interpretación de los hechos y de la ley aplicable, y así torcieron lo que los jueces propusieron.

Antes de analizar las implicancias de los casos, me interesa clarificar los hechos. Empecemos por el caso de Jujuy.

### *El caso de Romina Tejerina*

---

<sup>14</sup> Leon Gieco le dedicó la canción “Santa Tejerina”

<sup>15</sup> La diputada María Elena Barbagelata (Partido Socialista), presentó el 2/06/05 un proyecto por el cual la Cámara de Diputados “expresa preocupación por la injusta detención de la joven jujeña Romina Tejerina y las medidas tendientes a merituar las circunstancias eximentes de su responsabilidad (Expte 3257-D-05). El diputado Luis Zamora (Autodeterminación y Libertad) presentó el 15/06/05 un proyecto por el cual la Cámara de Diputados “expresa repudio por el fallo emitido por la Sala II de la Cámara Penal de la Provincia de Jujuy condenando a la joven jujela Romina Tejerina a 14 años de prisión por “homicidio agravado por el vínculo” (Expte 3577-D-05). Finalmente, los diputados Barbagelata, Musa, Lubertino, Eduardo García, Puig de Stubrin, Rivas, Giustiniani, Basteiro, Marcela Rodríguez, Oscar Gonzalez, Polino, María América Gonzalez y Marcela Bordenave, presentaron un proyecto donde expresan preocupación por la injusta detención de Romina Tejerina (Expte 5149-D-05).

<sup>16</sup> Proyecto 2903/04 del Senador Giustiniani, y 432/06 de la Senadora Adriana Bortolozzi de Bogado.

<sup>17</sup> Proyecto 3763/06 de Bortolozzi de Bogado. En los fundamentos de estos últimos tres proyectos se hace referencia expresa al caso de Romina Tejerina.

<sup>18</sup> En el diario Página/12 se contabilizaron 177 noticias referidas al caso, y en el diario La Nación, 68. [acceso, 9/07/07].

El 22 de junio de 2005 Romina Tejerina fue condenada a la pena de 14 años de prisión por haber sido hallada culpable del delito de homicidio calificado por el vínculo, mediando circunstancias excepcionales de atenuación. La condena fue dictada por la Cámara Penal de San Salvador de Jujuy, integrada por los jueces Antonio Llermanos, Héctor Carrillo y Alfredo José Frías<sup>19</sup>.

En el juicio se la acusaba de haber dado muerte a un neonato, el 23 de febrero de 2003, en el baño de su domicilio. Inmediatamente después de haber dado a luz, colocó en una caja de cartón al recién nacido, y con un cuchillo Tramontina le aplicó diferentes heridas punzantes que le causaron la muerte. La fiscalía, en su acusación, solicitó la prisión perpetua por haber cometido un homicidio calificado por el vínculo<sup>20</sup>.

La defensa no negó los hechos, pero alegó que Romina estuvo bajo el efecto de un Trastorno por Estrés Post Traumático (TEPT). Esto se produjo por las circunstancias en que se fueron desencadenando los hechos. La imputada, a los 18 años de edad, había sido víctima de una violación por parte de un vecino de 45 años —“Pocho” Vargas— a la salida de un baile el 1 de agosto de 2002<sup>21</sup>. Luego, producto de esa violación resultó un embarazo que Romina quiso abortar por todos los medios a su alcance: mediante el uso de perejil, vino caliente, te de yuyos, etc, aunque sin lograrlo. El 23 de febrero comió chicles laxantes (también conocidos popularmente como un método abortivo) y comenzó a tener pérdidas, por lo que en el baño de su casa realizó una expulsión. Pensó que había logrado el aborto, pero un llanto le demostró que en realidad no había sido exitosa, y que había dado a luz. Ese llanto provocó su locura, y tomando el cuchillito para limpiar los azulejos del baño, le dio 21 puñaladas, provocándole la muerte al recién nacido. Es por este estrés post traumático que, para la defensa, Romina no pudo entender la criminalidad de su acto, y por lo tanto debía ser absuelta<sup>22</sup>.

Durante el juicio se realizaron distintas pericias psicológicas. La perito de la defensa, María Teresa López de Fernández y la psiquiatra María Calvo, concluyeron que Romina estuvo bajo un brote psicótico al momento del hecho. En cambio, los peritos oficiales Mabel Sánchez, Teresa Hormigo, y el médico cirujano César Burgos, unificaron su posición y sostuvieron que no existió un episodio psicótico al momento del hecho, pero que la historia personal de Romina —una infancia con violencia física y moral, sin lazos familiares de contención— demostraría la existencia de circunstancias excepcionales de atenuación.

---

<sup>19</sup> Expte. 29/05 – “Romina Anahí Tejerina, homicidio calificado, San Pedro. Cámara Penal de San Salvador de Jujuy, Sala II, 22/06/2005. El Dial, AA2B21

<sup>20</sup> El artículo 80 inciso 1 del código penal establece que se impondrá reclusión perpetua al que matare 1) a su ascendiente, descendiente o cónyuge, sabiendo que lo son. En estos casos, si mediaren circunstancias especiales de atenuación, el juez podrá aplicar prisión o reclusión de ocho a veinticinco años.

<sup>21</sup> Ver todo el relato del caso en Mariana Vargas, *Romina Tejerina, una historia de miles de mujeres*, Editorial Agora, Cuadernos N° 12, Buenos Aires, 2006.

<sup>22</sup> Conforme lo establecido en el artículo 34 inciso 1 del código penal: “No son punibles 1) El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconciencia, error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones”.

Los jueces se inclinaron por el dictamen de los peritos oficiales. No tuvieron por acreditada la violación alegada por la defensa ya que Pocho Vargas, si bien estuvo un tiempo detenido, fue absuelto por la justicia provincial. Al mismo tiempo, algunos testigos cambiaron su declaración de la etapa instructoria, y declararon que Romina no les había contado nada acerca de una violación<sup>23</sup>. La defensa pidió un examen de ADN al cadáver del neonato para descartar todo tipo de dudas acerca de la paternidad de Vargas, pero el tribunal la denegó por “no ser conducente”.

Según la sentencia, el tribunal valoró los dictámenes periciales bajo el método de la sana crítica, “entendiendo por tal el conjunto de normas de criterios basados en pautas de la lógica, la experiencia y la psicología, y aún del sentido común, que aunadas llevan al convencimiento”. Finalmente, el Superior Tribunal de la Provincia confirmó la sentencia al rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa en donde alegaba arbitrariedad del tribunal al inclinarse por el dictamen oficial por sobre el de la perito de parte, el error de tipo<sup>24</sup>, y defectos procesales<sup>25</sup>. Con este fallo del Superior Tribunal la condena quedó firme y está siendo cumplida<sup>26</sup>.

#### *El caso de Elizabeth Díaz*

El 26 de noviembre de 2006, la Cámara del Crimen de Villa Dolores absolvió a Elizabeth Díaz, quien había sido acusada de haber dado muerte a un neonato el 8 de febrero de 2006, en el baño de la casa en que vivía, seguidamente de su nacimiento, mediante golpes en la cabeza<sup>27</sup>. Elizabeth Díaz trabajaba como empleada doméstica para una familia de Villa Dolores, Córdoba, y al momento del hecho tenía 18 años de edad.

La fiscalía la acusaba por homicidio calificado en virtud del vínculo<sup>28</sup>, aunque mediando circunstancias excepcionales de atenuación. El fiscal Luis Cerioni, en su alegato, pidió la pena mínima de esa escala, 8 años de prisión.

Por su parte, la defensa pidió la absolución de Díaz en virtud de haber estado bajo un supuesto de inconciencia<sup>29</sup>, o en subsidio, una condena a un año de prisión por haber cometido el homicidio en un estado de emoción violenta excusable<sup>30</sup>.

---

<sup>23</sup> Según la defensa de Tejerina, varios testigos se contradijeron, y por ello solicitaron la investigación por falso testimonio. Asimismo, una perito no se presentó a declarar en las audiencias de juicio. Ver Vargas, *Romina Tejerina, una historia de miles de mujeres*, citado, p. 17.

<sup>24</sup> Esto es que Tejerina siempre tuvo dolo de aborto, no de homicidio. Ella quiso cometer un aborto, por más que luego lo que en realidad produjo fue un homicidio.

<sup>25</sup> Se quejaron de que no pudieron estar presentes en la entrevista del Dr. Padilla, que el Dr. Burgos no tenía la idoneidad necesaria (era médico cirujano), y que la audiencia de alegatos se interrumpió dándole más tiempo a la fiscalía.

<sup>26</sup> “Tejerina Romina A.” Sup. Trib. Just. Jujuy, 19/03/07, Lexis 35010394. El fallo fue firmado por los jueces José Manuel del Campo, Sergio Ricardo Gonzalez, Carlos Marcelo Cosentini y Mónica Jáuregui de De los Ríos. Como vemos, en todo el proceso judicial entendieron 7 jueces varones (juez de instrucción, tres del tribunal oral y tres del Superior tribunal) y solo una jueza mujer (subrogante del Superior Tribunal, jueza de la Cámara Civil y Comercial).

<sup>27</sup> Causa D/05/06, “Díaz María Elizabeth p.s.a. de homicidio agravado por el vínculo”.

<sup>28</sup> Artículo 80 inciso 1 del Código Penal. Ver nota 20.

<sup>29</sup> Art. 34 inciso 1 del Código Penal. Ver nota 22.

Los hechos —al igual que en el caso Tejerina— no estuvieron discutidos: el 8 de febrero Elizabeth Díaz tuvo un parto y dio muerte al recién nacido, mediante un golpe de la cabeza contra el piso. Por otro lado —a diferencia del caso jujeño— no estuvo discutido que había sido abusada sexualmente desde los 9 años por un vecino de la familia, Arturo Benavidez, de 60 años al momento del hecho, quien era presumiblemente el padre del neonato<sup>31</sup>. Varios testigos coincidieron en que Benavidez era un hombre violento y de temer. Asimismo, otros testigos declararon que Díaz era una persona buena, callada, que le gustaba leer, y que era retraída. Que no tenía amigos, ni se relacionaba socialmente con casi nadie.

La mayor discusión en la sentencia —que produjo una disidencia en el tribunal— giró en torno a qué dictamen pericial darle mayor relevancia. Por un lado, la pericia psicológica realizada por la licenciada Gabriela Cuenca concluyó que Elizabeth denotaba “*un estado crepuscular de la conciencia al momento del hecho y una personalidad de base esquizoide*”. Por ello, la psicóloga concluyó que “*Elizabeth se encontraba en un estado de inconciencia al momento del hecho y pudo responder a las preguntas [de los que la encontraron] mientras se encontraba [recién] en el estado crepuscular*”. Por su parte, el perito psiquiatra Antonio Ávalos, con una evaluación similar, concluyó que “*la imputada realizó el hecho en un estado crepuscular de la conciencia, que no llegó a anular la capacidad de comprender la criminalidad del acto*”. La discusión entre los peritos se centró en qué estado realizó el hecho, si en una situación crepuscular, o en inconciencia.

La mayoría del tribunal se apoyó en el dictamen de la perito psicóloga Cuenca teniendo en cuenta otras declaraciones que se realizaron en el juicio: que cuando Elizabeth fue encontrada se hallaba desnuda, tirada en el suelo del baño inundado, con un secador de piso entre ella y el piso, como loca, con los ojos desorbitados. Además, que en el momento en que se la encontró tenía la voz rara, extraña. Estos elementos convencieron a la mayoría del tribunal que estuvo en un estado de inconciencia como había indicado la psicóloga y que recién empezaba a salir de él (estado crepuscular) con las preguntas que le hicieron sus familiares.

La minoría del tribunal, por el contrario, consideró más creíble el dictamen del perito psiquiatra Ávalos, y entendieron que no habría estado en un estado de inconciencia debido a que supo que tenía que separar al neonato de su cuerpo (lo hizo desgarrando el cordón umbilical) y que luego quiso ocultar el cuerpo introduciéndolo en una bolsa de residuos. Asimismo, la minoría se apoyó en “la mejor doctrina nacional” que establece que el estado de inconciencia se da en supuestos de delirio febril, intoxicaciones (etílicas, por drogas, etc.),

---

<sup>30</sup> El artículo 81 inciso 1 del Código Penal establece que “se impondrá reclusión de tres a seis años, o prisión de uno a tres años a) Al que matare a otro, encontrándose en un estado de emoción violenta y que las circunstancias hicieren excusable”. Hay que tener en cuenta que el artículo 82 establece que si el homicidio calificado por el vínculo (art. 80 inciso 1) se hubiese realizado en el estado de emoción violenta (art. 81. inciso 1), la pena será de prisión o reclusión de 10 a 25 años. Por esto, la defensa planteó la inconstitucionalidad de esta última norma.

<sup>31</sup> En este caso, los psicólogos tuvieron por cierto el abuso sexual relatado, y el tribunal no encontró pruebas que demuestrasen que no era verídico lo relatado. En el juicio a Tejerina, por más que los peritos hubieran tomado por válida la violación, los jueces dejaron en claro que como no existía condena penal no se lo podía tener por ocurrido.

sugestiones hipnóticas, ciertas etapas del sueño y algunas consecuencias de trastornos afectivos<sup>32</sup>.

Debido a esta interpretación del estado en que se realizó el hecho, la mayoría (que consideró la inconciencia) terminó absolviendo a la imputada, mientras que la minoría (que consideró que existió un estado crepuscular) propuso una condena atenuada por el estado de emoción violenta que las circunstancias hacían excusable.

Como se puede observar, los hechos en los dos casos son prácticamente iguales. Asimismo, las discusiones jurídicas también fueron del mismo tenor: qué dictamen pericial apoyar, y cómo interpretar el artículo 34 inciso 1 del Código Penal. La pregunta que surge, entonces, es cómo saber qué solución fue más legítima, si la adoptada por el jurado cordobés (con la mayoría de seis ciudadanos y la minoría de dos ciudadanos y dos jueces técnicos) o aquella dictada por la justicia técnica de Jujuy. ¿Por alguna razón lo que opinen los ciudadanos en un jurado hace más creíble al sistema de autoridad que lo que dicen los jueces técnicos? A este análisis dedicaré el próximo capítulo.

### **3. La legitimidad de los sistemas judiciales en una democracia**

El concepto central de democracia es, al menos, el del autogobierno mediante la regla de la mayoría. Así, un sistema democrático será aquél en donde se establezca un procedimiento para que la ciudadanía tome las decisiones políticas más importantes<sup>33</sup>. Entonces, la democracia podría ser considerada como un procedimiento que permita el autogobierno mediante la regla de la mayoría, garantizando ciertos derechos, como prerequisites para la deliberación o para la legitimación del sistema<sup>34</sup>. En este esquema, la justicia tendrá entonces como función principal garantizar los prerequisites para el debate y mantener abiertos los canales del procedimiento democrático<sup>35</sup>.

A su vez, el poder judicial también tiene como función aplicar las decisiones que se adopten mediante el proceso democrático. Debe aplicar las leyes para resolver los conflictos

---

<sup>32</sup> La minoría cita a Carlos Creus, *Derecho Penal*, parte general, Astrea, Bs. As, 1999, p. 333

<sup>33</sup> No tengo intención de introducirme en el debate acerca de qué es la democracia. Creo que el concepto de autogobierno, con una mayor o menor extensión, puede ser útil a los fines de este trabajo. Para una discusión más acabada ver José Nun, *Democracia, ¿gobierno del pueblo o gobierno de los políticos?*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2000. Nun habla de dos familias de concepciones de la democracia, la schumpeteriana, donde las elites compiten por el voto del pueblo, similar a la de los Federalistas norteamericanos (gobierno de los políticos); y la de Thomas H. Marshall, donde está en juego la capacidad de los ciudadanos para participar de forma autónoma en el debate político (gobierno del pueblo), similar a la de los Antifederalistas norteamericanos. Por su parte, Robert Dahl, considera que para considerarse democrático, un sistema debe contar con los siguientes elementos: 1) Participación efectiva (que todos los miembros de la asociación tengan la oportunidad igual y efectiva de dar a conocer sus puntos de vista); 2) Igualdad de voto; 3) Comprensión ilustrada (que todos los miembros tengan la oportunidad igual y efectiva para instruirse acerca de las políticas alternativas relevantes); 4) Control de la agenda (los miembros deben tener control de qué asuntos deben ser incluidos en la agenda); 5) Inclusión de los adultos (todos deben tener los plenos derechos de la ciudadanía). Ver Dahl, *La democracia, una guía para los ciudadanos*, Ed. Taurus, Buenos Aires, 1999.

<sup>34</sup> Jeremy Waldron considera que hay dos categorías de derechos, aquellos que permiten el proceso democrático, y aquellos que son condiciones para su legitimidad. Ver Waldron, *Democracy and distrust*, Oxford University Press, New York, 1999, p. 283.

<sup>35</sup> John Ely, *Democracy and distrust*, Harvard University Press, Cambridge, 1980, p. 73 y ss.



concretos entre las partes, o para sancionar a los infractores aplicando violencia estatal. Los jueces determinarán, en forma revestida de autoridad, si en una ocasión particular se ha transgredido un regla primaria o sustantiva<sup>36</sup>.

En el derecho continental (*civil law*), la postura tradicional considera que el juez sólo debe aplicar la ley como fue establecida por la legislatura. De este modo, el juez tiene una función casi mecánica, la de operar una maquinaria establecida por la legislatura<sup>37</sup>. Por su parte, en el derecho común (*common law*), la expresión de esta misma postura fue expuesta por William Blackstone, quien considera que el juez “*ha prestado juramento para decidir, no de acuerdo con su propio juicio privado, sino de acuerdo con las leyes y costumbres conocidas del país; no ha sido facultado para crear nuevo Derecho, sino para mantener y exponer el viejo Derecho*”<sup>38</sup>.

Sin embargo, esta postura tradicional, tanto en el derecho continental como en el derecho común, recibió numerosas críticas. Los realistas norteamericanos como Jerome Frank, Karl Llewlyn, Wesley Sturges y Morris y Felix Cohen, entre otros, consideran que es un error tratar de describir lo que hacen los jueces a partir de las normas que ellos mencionan en sus decisiones, porque en realidad los jueces deciden casos de acuerdo con sus propios gustos políticos o morales, y después, como racionalización, escogen una regla jurídica apropiada<sup>39</sup>. De este modo, comenzó a abrirse una grieta en el entendimiento de que los jueces sólo aplican el derecho conforme las leyes, para dar ingreso a sus preferencias morales o políticas<sup>40</sup>. Por su parte, la escuela crítica del derecho le dio una vuelta de tuerca más a esta posición, enmarcando al sistema legal en un contexto económico y político que produce, a través del derecho, pobreza y exclusión<sup>41</sup>.

La facultad de los jueces de interpretar las normas que van a aplicar amplía su discrecionalidad. La selección de cuáles serán los hechos relevantes del caso; la determinación de las leyes aplicables, la asignación de sentido jurídico a esas leyes, la elección de un método de interpretación, la inferencia de consecuencias lógicas de las leyes interpretadas, la superación de las indeterminaciones y finalmente la subsunción del caso al

---

<sup>36</sup> H.L.A. Hart, *El concepto del derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2 edición, 1977, traducción de Genaro Carrió, p. 120. Henry Hart considera que existen las reglas primarias de obligación, sustantivas, que establecen lo que se debe hacer; y por el otro que existen reglas secundarias. Estas reglas secundarias son las reglas de reconocimiento, las reglas de cambio y las reglas de adjudicación. Las últimas establecen la autoridad (jueces) y el procedimiento a seguir para aplicar una sanción.

<sup>37</sup> Ver John H. Merryman, *Sistemas legales en América Latina y Europa, Tradición y modernidad*, Fondo de Cultura Económica, Breviarios, Mexico D.F., 1989, p.76.

<sup>38</sup> Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Bancroft-Witney Co., San Francisco, editado en 1925 por William Carey Jones, T. I, p. 68 de la versión estrellada. Citado por Julio Cueto Rúa, *El Common Law*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 27.

<sup>39</sup> Tomado de Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, ed. Ariel, Barcelona, 1984, p. 46.

<sup>40</sup> El juez de la Corte Suprema, Enrique Petracchi, ha dicho con cita de Benjamin Cardozo que “el problema no es ya admitir que los jueces crean derecho, sino determinar cuándo, cómo y cuánto”. Ver “Gonzalez de Delgado c. U.N.C”, sentencia del 19/9/2000, considerando 13.

<sup>41</sup> La escuela crítica del derecho (Critical Legal Studies) es demasiado heterogénea, con divisiones internas entre tendencias, métodos de trabajo, y autores, como para tener una única postura. Casi arbitrariamente, tomo este párrafo de Robert Gordon, “Nuevos desarrollos de la teoría jurídica”, en Christian Curtis (comp), *Desde otra mirada*, Eudeba, 2001, p. 329.

material jurídico seleccionado<sup>42</sup>, dan un gran margen de discrecionalidad a los jueces al momento de resolver un caso. Al mismo tiempo, los jueces no están obligados a utilizar siempre el mismo método interpretativo, pudiendo hacerlo por ejemplo, de modo originalista en un caso y no originalista en el siguiente<sup>43</sup>, lo que amplía aún más este margen.

Las críticas al formalismo tradicional muestran que la tarea de juzgar no es una cuestión mecánica, sino que los valores que comparta el juez —su situación social y sus ideas políticas— influirán de un modo determinante al momento de fallar. Y para esto no es necesario que ejerzan el control de constitucionalidad (que en nuestro sistema pueden ejercer) sino que alcanza con que realicen determinada interpretación de las normas que eligieron aplicar.

Por otro lado, este margen amplio de discrecionalidad está sujeto a muy pocos controles institucionales, ya que de otro modo (se dice) se podría vulnerar la independencia judicial<sup>44</sup>. Una de las características esenciales de la judicatura es que debe decidir los casos que se le presenten de modo imparcial. La imparcialidad es la esencia de la judicialidad<sup>45</sup>, y es por esto que se requiere que los jueces sean —a su vez— independientes<sup>46</sup>. Para favorecer esta independencia es que, en nuestro sistema, los jueces tienen las garantías de la intangibilidad de sus remuneraciones y la estabilidad en el cargo.

Entonces, difícilmente se le puedan pedir explicaciones a los jueces acerca de lo decidido en sus fallos ni de sus modos de actuar o comportarse. De todos modos, si existiera esta instancia, el gran margen de discrecionalidad del que gozan para interpretar las normas les permitirá en la mayoría de los casos, encontrar una respuesta posible. Considerando todo esto, la ciudadanía —el actor principal de la democracia— encuentra muy pocas maneras de tener un control del poder que detentan los jueces.

Es por esto que resulta relevante en un sistema democrático conocer a quién y de qué modo se le va a otorgar este poder de aplicar (o invalidar) las leyes. Y es por esto que habrá que prestar atención en el modo en que se designan estos funcionarios.

### *La legitimidad de origen de los jueces.*

En Estados Unidos los procesos de selección de jueces —tanto de los jueces inferiores, pero principalmente de la Corte Suprema— son un tema central de la agenda judicial. Cada vez que se produce una vacante<sup>47</sup> tiene lugar una discusión política acerca de los valores morales

---

<sup>42</sup> Ver Carlos Nino, *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 81 y ss.

<sup>43</sup> Ver Roberto Gargarella, “De la alquimia interpretativa al maltrato constitucional. La interpretación del Derecho en manos de la Corte Suprema argentina,” en *Jurisprudencia Argentina*, Lexis Nexis, año 2007-2, Fascículo II, p. 3-10.

<sup>44</sup> Sin embargo esto no es necesariamente cierto. Para un análisis entre la rendición de cuentas y la independencia judicial, ver John A. Ferejohn y Larry Kramer, “Independent Judges, Dependent Judiciary: Institutionalizing Judicial Restraint”, 77 N.Y.U. L. REV. 962 (2002).

<sup>45</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Estructuras judiciales*, Ediar, Buenos Aires, 1994, p. 101.

<sup>46</sup> Zaffaroni, op. cit. p. 107.

<sup>47</sup> A su vez, el juez renunciante, en general elige cuándo va a producir esta vacante, para darle la posibilidad de designar a su reemplazante a determinada administración o la siguiente.

o políticos del candidato a integrar un tribunal. Tanto el Senado como el Ejecutivo juegan políticamente sus papeles, en el proceso de propuesta y consentimiento. El Senado norteamericano no aprobó 27 de las 147 nominaciones realizadas en los últimos dos siglos<sup>48</sup>. Rechazó aproximadamente el 20% de los candidatos a las cortes de Apelaciones, y el 10% de los candidatos a jueces de distrito<sup>49</sup>. En este trámite, los senadores del Estado donde existe la vacante tienen una posibilidad informal de veto<sup>50</sup>, y en las confirmaciones de los jueces de apelación puede utilizarse la técnica de *filibustering*<sup>51</sup> para que la sesión se frustre. La evidencia muestra, a su vez, que antes de llegar a un rechazo o al bloqueo, existen comunicaciones informales previas a la nominación. Es por esto que tanto el Ejecutivo como el Senado —órganos representativos de la ciudadanía— tienen un peso relativo en la designación de jueces. A su vez, la realidad también muestra que ambos actores tienen en cuenta el partido político y la ideología del candidato, tanto como sus calificaciones profesionales<sup>52</sup>.

En Argentina, la relación entre el Senado y el Ejecutivo parece ser similar en algunos aspectos y distinta en otros. Con un mecanismo parecido a su par estadounidense, desde la vuelta de la democracia, el Senado argentino dejó sin aprobar menos del 10% de los pliegos. Y estos números se acentuaron durante el gobierno de Alfonsín y el primer mandato de Menem<sup>53</sup>. Sin embargo, a diferencia de lo sucedido en norteamérica, luego del año 2000, con la puesta en funcionamiento del Consejo de la Magistratura, el Senado perdió preeminencia en la selección de jueces, y casi no tuvo un papel político relevante<sup>54</sup>. Asimismo, aún las discusiones sobre la ideología política de los jueces está oculta en los debates de acuerdos.

El trámite para la selección de jueces de la Corte Suprema se mantuvo sin modificaciones en la reforma constitucional de 1994, salvo lo referido al carácter público de las sesiones en que

---

<sup>48</sup> Datos extraídos de Lee Epstein y Jeffrey A. Segal, *Advise and consent*, Oxford University Press, 2005, p. 20. De los 27 candidatos no aprobados, 12 fueron rechazados, y los restantes 15 pliegos fueron retirados.

<sup>49</sup> Epstein y Segal, op. cit. p. 21. Para las Cámaras de apelaciones, fueron rechazados 69 de los 350 candidatos propuestos, y para los jueces de distrito, se rechazaron 131 de los 1.248 propuestos.

<sup>50</sup> Llamado *senatorial courtesy*. Ver Judith Resnik, “Judicial Selection and Democratic Theory: demand, supply and life tenure”, en el Simposio *Jurocracy and distrust: reconsidering the federal judicial appointments process*, 26 *Cardozo Law Review*, 579, nota 156.

<sup>51</sup> La mayoría necesaria para los acuerdos judiciales, en Estados Unidos, es una mayoría simple. Sin embargo, una minoría puede hablar durante horas, hasta que la sesión se levante por falta de quorum. Esto es conocido como *filibustering*. Para evitar esta traba, el Senado puede cerrar la lista de oradores y poner un tiempo máximo de exposición (*cloture*), pero requiere 60 votos para ello (3/5 del total). Ver Epstein y Segal, op. cit. p. 24.

<sup>52</sup> Epstein y Segal, op. cit. p. 26.

<sup>53</sup> Desde 1983, se solicitaron al Senado 1824 acuerdos para jueces de todas las instancias, y no fueron aprobados 191 (de los cuales 157 fueron retirados y 34 rechazados). Estas no aprobaciones se produjeron en su gran mayoría durante los gobiernos de Alfonsín (de 583, 61 retirados y 34 rechazos) y el primer mandato de Menem (de 679 propuestas, 87 retiros). Durante el segundo gobierno de Menem, el 100% de los pliegos pasó por el Senado; durante el período de De la Rúa, de los 61 pliegos que envió, retiró 5; Duhalde consiguió la aprobación de 58 de los 59 pliegos que envió, y Kirchner 154 de los 160 (hasta 2006). Datos obtenidos de Mariana Llanos y Constanza Figueroa Schibber, “Prestando acuerdo: El Senado frente a los nombramientos del Poder Judicial en la Argentina democrática (1983-2006)”, 2007, GIGA Research Unit: Institute of Latin American Studies, N° 54.

<sup>54</sup> De los 257 pedidos de acuerdo que remitió el Ejecutivo desde el año 2000, el Senado solo no aprobó 3 (1,16%). Datos de la Comisión de Selección del Consejo de la Magistratura ([www.pjn.gov.ar](http://www.pjn.gov.ar)).

se les daría el acuerdo<sup>55</sup>. En cambio, el trámite para la selección de los jueces inferiores fue modificado con la incorporación del Consejo de la Magistratura<sup>56</sup>. Este órgano fue pensado para restringir la discrecionalidad del Ejecutivo, y al mismo tiempo, para intentar despolitizar los nombramientos judiciales. Nuestra praxis había sido muy deficiente en términos de independencia de los jueces de todas las instancias, sobre todo a partir de 1990 con la ampliación de la cantidad de miembros de la Corte Suprema. Al mismo tiempo habían existido casos bochornosos de jueces sin la idoneidad mínima<sup>57</sup>. De este modo, el Consejo de la Magistratura era la institución que solucionaría estos problemas.

El Consejo —que elaboraría ternas vinculantes luego de realizar concursos de oposición y antecedentes— estaría integrado por representantes de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias, de los abogados de la matrícula y por personas del ámbito académico<sup>58</sup>. El pluralismo propio del Consejo debería haber tendido a garantizar cierta diversidad en la judicatura, lo que aseguraría la imparcialidad, y la democratización de la judicatura<sup>59</sup>. Sin embargo, no es claro que este razonamiento fuera correcto ni que el objetivo se haya alcanzado<sup>60</sup>. Y menos aún después de la modificación a la composición del Consejo introducida por la ley 26.080 en febrero de 2006, que disminuyó la diversidad de sus miembros<sup>61</sup>.

Con la incorporación del Consejo de la Magistratura, el trámite de selección continuó ocultando el rol político de los jueces, tras un manto tecnocrático. El mejor juez pasaría a ser

---

<sup>55</sup> Este aspecto no es menor si recordamos el bochornoso trámite con el que se les dio acuerdo a Ricardo Levene (h), Mariano Cavagna Martínez, Rodolfo Barra, Julio Nazareno y Eduardo Moliné O'Connor, el 19 de abril de 1990, en una sesión secreta de 7 minutos, sin la presencia de la oposición. Ver Horacio Verbitsky, *Hacer la Corte*, Ed. Planeta, 1993, Buenos Aires, p. 52 y ss.

<sup>56</sup> El Consejo para la Consolidación de la Democracia, creado mediante el decreto 2446/85, al momento de proponer reformas al sistema de selección de jueces, propuso en 1985 mantener el sistema de selección vigente antes del '94, pero con la publicidad de las audiencias en el Senado. Respecto al Consejo de la Magistratura, lo desaconsejó ya que “Este organismo, parcialmente integrado por representantes del Poder Judicial y de los otros poderes, tendría a su cargo el nombramiento de los jueces. La experiencia de este método de designación en algunos países que, como España, lo han adoptado ha sido negativa. Ha conducido a un enquistamiento del Poder Judicial, a la consolidación de una suerte de ‘establishment’ de los jueces, impermeables a razonables sugerencias originadas en las cambiantes necesidades de la sociedad”. Ver Consejo para la Consolidación de la Democracia, Dictámen preliminar, en *Reforma Constitucional*, Eudeba, Buenos Aires, 1986, p. 62.

<sup>57</sup> Por ejemplo, la jueza Ana Capolupo de Durañona y Vedia quien fue nombrada jueza de la Cámara Nacional de Casación Penal, aunque su especialidad era el derecho civil (recuérdese que las designaciones de los jueces de Casación, en el año 1992, produjeron la renuncia del por entonces ministro de Justicia, Carlos Arslanián, que se negó a nombrar a “esos esperpentos”); Néstor Oyarbide, que presentó sus antecedentes dos días después de ser nombrado juez federal por el presidente Carlos Menem; Jorge Damonte, nombrado fiscal cuando ni siquiera era abogado; o la jueza Rogovsky Tapia, nombrada en el año 1993, denunciada por contratar a un abogado para que le escribiera las sentencias. Ver CELS, *Derechos Humanos en Argentina*, Informe 2007, Siglo XXI Editores, 2007, Buenos Aires, p. 140.

<sup>58</sup> Artículo 114 de la Constitución Nacional.

<sup>59</sup> Zaffaroni, op. cit. p. 110. El autor dice que “No hay otra imparcialidad humana que la proveniente del pluralismo, y este sólo es posible dentro de un modelo democrático de magistratura que permita los agrupamientos democráticos y espontáneos y el control recíproco dentro del poder judicial”.

<sup>60</sup> Ver al respecto, INECIP, *Consejos de la Magistratura*, Edición especial de la Revista Pena y Estado, Ediciones del Instituto, Buenos Aires, 2002.

<sup>61</sup> Para una crítica a esta reforma, véase CELS, *Derechos Humanos en Argentina*, Informe 2007, Siglo XXI Editores, 2007, Buenos Aires, p. 139.

quien más puntos obtuviera en un concurso de oposición y antecedentes<sup>62</sup>. Empero, el procedimiento de selección no descartó por completo el carácter político de las designaciones judiciales, ya que una vez realizada la terna (por cuestiones de mérito y antecedentes), el poder Ejecutivo seleccionará uno de esos candidatos y solicitará el acuerdo al Senado.

En el año 2003 se incorporó al proceso una instancia de consulta a la ciudadanía en el ámbito del Poder Ejecutivo y del Senado. A través del decreto 222/03 para los jueces de la Corte Suprema, y el decreto 588/03 para los jueces inferiores y los funcionarios del Ministerio Público, se estableció una instancia participativa en el procedimiento de selección, donde la ciudadanía puede expresar sus opiniones antes de que el Ejecutivo envíe el pliego al Senado. A su vez, el Senado reformó su reglamento interno incorporando la realización de una audiencia pública con el candidato, previo al dictamen de la Comisión de Acuerdos. En estas audiencias, la ciudadanía puede realizar impugnaciones o brindar apoyos a los candidatos, y también puede formular preguntas acerca de sus concepciones jurídicas o políticas<sup>63</sup>. Estas reformas, sugeridas por organizaciones de la sociedad civil<sup>64</sup>, sirvieron para darle a las designaciones judiciales una vinculación más directa con la ciudadanía.

Por su parte, en Jujuy, el sistema de selección de jueces no es exactamente igual al nacional relatado, sino que los jueces los selecciona el gobernador de una terna realizada por el Superior Tribunal, y solicita el acuerdo de la legislatura<sup>65</sup>. Es decir, que en vez de existir un Consejo de la Magistratura que realiza las ternas luego de un concurso, en esta provincia, será el Superior Tribunal de Justicia quien elija a los postulantes para los cargos judiciales. Por un lado, este modelo de selección puede afectar la independencia interna de los jueces y, en última instancia, la imparcialidad. La independencia interna se puede ver afectada cuando el órgano superior del poder judicial es quien puede realizar las presiones por haber dictado determinado fallo<sup>66</sup>. Además, este sistema de selección favorece el corporativismo judicial y

---

<sup>62</sup> Empero esto no es perfectamente igualitario. No hay que olvidar que este esquema se introduce en una sociedad desigual en términos de género. El Consejo de la Magistratura, quizás sin plantearse expresamente, vino a desacelerar el proceso de desagregación por sexo de la judicatura. Ver Paola Bergallo, “¿Un techo de cristal para el poder judicial? La selección de los jueces federales y nacionales en Buenos Aires, en Marcelo Alegre y Roberto Gargarella (comp), *El derecho a la igualdad*, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007.

<sup>63</sup> Sin embargo, no han funcionado del todo bien. Por un lado, se ha visto una baja participación de los senadores en las audiencias públicas, y al mismo tiempo, una baja participación de la ciudadanía o de las organizaciones de la sociedad civil. A su vez, los candidatos suelen escaparse de responder algunas preguntas para no prejuzgar en el supuesto de que le llegue un caso judicial. Con el tiempo esta práctica deberá ejercitarse por parte de la sociedad civil para producir reales debates acerca del cargo que se está discutiendo. Ver, entre otros, ADC, “Proceso de designación de la Dra. Elena Highton de Nolasco. Consideraciones sobre la Audiencia Pública celebrada en el Senado de la Nación.” Disponible en [www.adccorte.org.ar](http://www.adccorte.org.ar)

<sup>64</sup> Ver el documento “Una Corte para la Democracia” que elaboraron la ADC, CELS, FARN, Fundación Poder Ciudadano, INECIP y la Unión de Usuarios y Consumidores, disponible en las páginas institucionales de estas organizaciones.

<sup>65</sup> Artículo 158 de la Constitución de Jujuy: “Los miembros de los tribunales, juzgados inferiores y ministerio público, serán designados a propuesta en terna del Superior Tribunal de Justicia, por el Poder Ejecutivo con acuerdo de la Legislatura, prestado en sesión pública.”

<sup>66</sup> Ver Zaffaroni, *Estructuras judiciales*, op. cit. p. 104. Zaffaroni considera que la independencia interna implica la seguridad de que el juez no sufrirá las presiones de los órganos colegiados de la misma judicatura. Asimismo, que la independencia interna sólo puede ser garantizada dentro de una estructura judicial que reconozca igual dignidad a todos los jueces, admitiendo como únicas diferencias jurídicas las derivadas de la disparidad de competencias. (p. 106).

a la creación de una “familia judicial”, lo que alejaría aún más a los jueces de la ciudadanía. En general, este modo de seleccionar jueces puede favorecer la creación de una “casta” judicial, privilegiada, que olvida que los jueces son ciudadanos iguales al resto.

En este sistema, la legislatura no tiene un peso político amplio. Se requiere una mayoría simple para la aprobación de los acuerdos. Asimismo, la Constitución de Jujuy establece que incluso este acuerdo se considerará dado tácitamente si el pliego no es tratado dentro de los 30 días de presentado<sup>67</sup>. En general, para rechazar un pliego deberá darse un debate político que quizás insuma más de ese lapso.

De este modo, los jueces que fallaron el caso de Romina Tejerina (Antonio Llermanos, Héctor Carrillo y Alfredo José Frías) fueron elegidos por el gobernador, con acuerdo de la legislatura, de una terna propuesta por el Superior Tribunal. Así su legitimidad difícilmente provenga del voto popular, de su vinculación con la ciudadanía, o del pluralismo de sus electores.

En el mejor de los casos, fueron electos por sus méritos, es decir, por saber qué es el derecho. Sin embargo, ya vimos que la discrecionalidad para fallar de un modo o el contrario es lo suficientemente amplia, como para que la legitimidad dependa únicamente de sus conocimientos técnicos. En muchos casos, un buen técnico del derecho puede llegar correctamente a una solución o su contraria, dependiendo de su ideología o sus concepciones morales. De hecho, si —como solicitaba la defensa— se le daba mayor peso al dictamen pericial realizado por la perito de parte, en vez del dictamen de los peritos oficiales, el resultado hubiera sido el contrario al que arribaron los jueces. Es por esto que no es del todo claro quién tenía razón, si la defensa o la fiscalía. Y los jueces eligieron una determinada solución, que podría haber variado si hubiera sido otro tribunal.

A su vez, no hay que dejar de tener en cuenta que en la cámara penal no había ninguna mujer, lo que ya nos habla acerca de la desigualdad de género en el poder judicial jujeño. De este modo, un tribunal integrado por varones y mujeres hubiera sido más legítimo<sup>68</sup>.

Con todo esto, vemos que aún no está del todo claro cuál es o cuál debe ser el fundamento de la autoridad de los jueces en Argentina. ¿Sus decisiones son respetadas por su vinculación con la ciudadanía? ¿O lo hacemos porque son buenos técnicos? De acuerdo a su origen, siguen teniendo una vinculación con los órganos representativos, pero tamizada con un componente meritocrático, donde interviene un órgano con cierta pluralidad o no, pero sin participación ciudadana.

En este contexto, nadie tiene demasiado claro por qué obedecemos lo que dicen los jueces, más allá de los argumentos elitistas que tradicionalmente se dieron en el fallo “*Marbury vs.*

---

<sup>67</sup> El artículo 123 inciso 28 de la constitución, establece que corresponde a la legislatura: “prestar o negar acuerdo para las designaciones que lo requirieren, el que se entenderá como otorgado si dentro de los treinta días de recibida la comunicación correspondiente la Legislatura no se hubiere expedido;...”

<sup>68</sup> Ver Kate Malleson, *Justifying gender equality on the bench: why difference won't do*, 11 *Feminist Legal Studies* 1-24, 2003. Para la autora la igualdad de género es una cuestión de equidad y de legitimación. Ver también CIEPP, “Propuestas para la incorporación de la perspectiva de género en la reforma al código procesal penal de la Nación”, Agosto 2007, disponible en [www.ciepp.org.ar/justiciaygenero/grupojusticiaygenero.zip](http://www.ciepp.org.ar/justiciaygenero/grupojusticiaygenero.zip).

*Madison*”. Alexander Hamilton —en cuya teoría se apoyó el juez Marshall para decidir el caso— consideraba que los jueces eran quienes mejor podían comprender qué es lo que el pueblo quiso al sancionar la Constitución<sup>69</sup>. Por esto, los jueces debían controlar lo que hicieran los representantes del pueblo en el Congreso, para que no se apartasen de las directivas de los mandantes en la Constitución. Esto significa que “*donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última de preferencia a las primeras*”<sup>70</sup>. En la actualidad, este es el fundamento más aceptado de la autoridad de los jueces<sup>71</sup>. De este modo, también, nació la supremacía judicial.

Sin embargo, estos argumentos no resultan convincentes en términos democráticos, ya que se sustentan en una concepción elitista con un déficit igualitario, según la cual existirían personas mejor capacitadas que otras para tomar decisiones públicas<sup>72</sup>. Esta idea de que no son las mayorías, sino un pequeño puñado de jueces, quienes saben qué es lo que verdaderamente quiere el pueblo, implica adoptar una teoría de poder donde unos pocos pueden saber qué es mejor para todos, es decir, un elitismo epistemológico<sup>73</sup>.

#### *La legitimidad del juicio por jurados.*

Este déficit igualitario en la justificación de la actividad judicial podría superarse, en parte, con la incorporación del juicio por jurados. El jurado es preeminentemente una institución política, y tiene que ser visto como una forma de soberanía popular. Es, antes que nada, un elemento republicano en el gobierno<sup>74</sup>. Al decir de Tocqueville, el sistema de jurados parece ser la consecuencia directa y extrema de la soberanía del pueblo, del mismo modo que el sufragio universal. El jurado ubica el real control de la sociedad en las manos de los gobernados, o en una porción de los gobernados, y no en las de los gobernantes<sup>75</sup>.

En Estados Unidos, el papel principal del jurado es el de prevenir a los ciudadanos ordinarios del abuso gubernamental<sup>76</sup>. Originalmente, uno de los mayores fundamentos del sistema de jurados fue el de proteger a aquellos imputados del ataque arbitrario del poder. Asimismo, el entusiasmo por los jurados con amplios poderes (incluso los de fijar en concreto la pena) está relacionado con un miedo más general a jueces no electos popularmente, elitistas y sin

---

<sup>69</sup> Ver estos argumentos, y una certera crítica en Roberto Gargarella, *La justicia frente al gobierno*, Ed. Ariel, Barcelona, 1996, p. 48 y ss. Las críticas están vinculadas con tres argumentos: uno histórico, que señala que no es cierto que el Pueblo haya estado en la convención constituyente que dictó la constitución; uno intertemporal, que señala que aún de haber estado, ese pueblo ya estaría muerto; y un tercer argumento sobre la interpretación que deben realizar los jueces antes de aplicar la Constitución.

<sup>70</sup> Hamilton, *El Federalista* 78, en Hamilton, Madison, Jay, op. cit. p. 332.

<sup>71</sup> Por ejemplo, desde una posición garantista, Luigi Ferrajoli sostiene una postura muy similar. Ver Luigi Ferrajoli, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999 p. 26

<sup>72</sup> Ver las críticas de Gargarella citadas en la nota 51. Asimismo, Roberto Gargarella, “La dificultad de defender el control judicial de las leyes, en Rodolfo Vázquez (comp), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, Ed. Fontamara, México, 1998, p. 215 y ss.; y Carlos Nino, *La constitución de la Democracia deliberativa*, op. cit. p. 258 y ss.

<sup>73</sup> Gargarella, *La justicia frente al gobierno*, op. cit., p. 48.

<sup>74</sup> Alexis de Tocqueville, *Democracy in America*, Everyman’s Library, New York, 1994, p. 282.

<sup>75</sup> Tocqueville, op. cit, p. 282/283.

<sup>76</sup> Akhil Amar, “The bill of rights as a Constitution”, 100 Yale L.J. 1131, p. 1183.

responsabilidad a los deseos de la ciudadanía<sup>77</sup>. Por esto, no es de extrañar que en Estados Unidos, en la parte dogmática de la constitución (el Bill of Rights) existan tres enmiendas relacionadas con el juicio por jurados: la necesidad de acusación por parte del gran jurado (para evitar, por ejemplo, procesos a quienes critican a las políticas oficiales<sup>78</sup>) y el derecho al juicio por jurados tanto en casos criminales como civiles. Estos derechos de los ciudadanos, se suman a lo dispuesto en el artículo III, sección 2º, en donde se establece que todos los juicios criminales, salvo los de juicio político, terminarán por jurados en el estado donde se hayan cometido, similar a nuestro artículo 118 de la Constitución.

Un tribunal integrado por ciudadanos elegidos al azar del padrón electoral logra un mayor acercamiento de la ciudadanía con la administración de justicia, que uno integrado por jueces profesionales. Y esto porque el sorteo asegurará cierta representación especular de la sociedad en la composición del jurado. El principio subyacente al sorteo es que las personas elegidas constituirán aproximadamente una representación precisa del entrecruzado local<sup>79</sup>. Así, si la mitad de la población fuera mujer, probablemente la mitad del jurado sería mujer. Este sistema de selección asegura cierto “mini-populus” y su veredicto representará el juicio del “demos”<sup>80</sup>. Metodológicamente, cuanto mayor sea la cantidad de jurados, mayor la representatividad y el pluralismo.

Sin embargo, esta representación especular en la composición del jurado puede verse afectada por el procedimiento de selección de sus miembros. En general, las leyes de jurados permiten a los abogados de las partes a excluir —luego de la examinación en una audiencia (*voir dire*, en Estados Unidos)— a determinada cantidad de jurados sin causa. El proyecto de ley nacional presentado por el poder Ejecutivo en el 2004 (con dictamen de las comisiones del Senado<sup>81</sup>) habilita a las partes a excluir hasta 4 jurados sin expresión de causa (art. 15). Estos *peremptory challenges* —pensados con el objetivo de reasegurar la imparcialidad del jurado— han sido certeramente criticados porque generalmente están basados en estereotipos de grupos, frecuentemente discriminatorios<sup>82</sup> y entorpecen la representación de todos los

---

<sup>77</sup> Jenia Iontcheva, “Jury Sentencing as Democratic Practice”, 89 Virginia Law Review, 311, p. 318. La autora comenta que el estado de Virginia fue el primero que adoptó la facultad de sentenciar de los jurados (jury sentencing) para todos los crímenes, en 1796. Más allá de que el temor de la opresión de los jueces de la colonia era distante, la idea del jurado era evitar estos abusos judiciales. El fervor democrático del momento tendía a realizar un control popular de todos los funcionarios públicos, inclusive los jueces. Por ello, se tendió a que por vías legales o constitucionales, se adoptaran sistemas de la elección popular de jueces (Haynes, *The selection and Tenure of Judges*, The National Conference of Judicial Councils, Berkeley, California, 1994, p. 96-97)

<sup>78</sup> Amar, op. cit. p. 1185

<sup>79</sup> Jeffrey Abramson, *We, the Jury, the jury system and the ideal of democracy*, , Harvard University Press, Massachusetts, 2000, p. 99.

<sup>80</sup> Tomo esta terminología de Robert Dahl, *Democracy and its critics*, Yale University Press, New Haven, 1989, p. 340. Sin embargo, Dahl está pensando en una democracia directa (no en un jurado), donde se elegirían unos 1000 ciudadanos (que serían el mini-populus) para que deliberen durante un año. Citado por Nino, *La Constitución de la Democracia deliberativa*, citado, p. 211.

<sup>81</sup> Orden del día 1777/04. Reproducido por el expediente 3815/06 por la senadora Cristina Fernández de Kirchner.

<sup>82</sup> La Corte Suprema de Estados Unidos ha prohibido la exclusión de jurados simplemente por su raza (USSC *Batson v. Kentucky*, 476 US 79, 1986) o su género (*J.E.B v. Alabama*, 114 S. Ct. 1419, 1994). Empero estos fallos permiten que las partes realicen justificaciones tontas sobre las exclusiones (*Purkett v. Elem*, 514 US 765, 1995)



componentes de la sociedad en un ideal entrecruzado<sup>83</sup>. Una alta cantidad de recusaciones sin causa puede interferir con el objetivo de darle voz a todos los sectores, e inclinar el pluralismo que va a construir el veredicto en la sala de deliberaciones<sup>84</sup>.

Principalmente, el jurado permite la participación ciudadana en la administración de justicia. Como lo marcaron algunos de los padres fundadores norteamericanos, es esencial que la gente común participe o tenga influencia, tanto en el departamento judicial como en el legislativo<sup>85</sup>. Incluso Jefferson ha llegado a decir que si tuviera que decidir entre omitir al pueblo del Poder Legislativo o del Judicial, se inclinaría por mantenerlo fuera del Legislativo<sup>86</sup>. Por su parte, John Taylor, de Carolina, consideró que la estructura judicial era similar a la del legislativo, con una cámara alta con estabilidad y experiencia y una cámara baja que representa el sentimiento popular más directo. Del mismo modo, el granjero de Maryland (*the Maryland Farmer*), definió al jurado como la rama democrática del poder judicial, más necesaria que los diputados del legislativo<sup>87</sup>.

De este modo, el jurado puede otorgar a los ciudadanos la posibilidad de participar en la solución de los casos judiciales, y de este modo, de ser parte en el autogobierno<sup>88</sup>. Esta suerte de “bicameralismo” implica que para llegar a determinada decisión deberán estar de acuerdo jurados y jueces, brindándole a la ciudadanía un papel relevante en la administración de justicia.

Esta interacción entre jueces y jurados suele hacerse siguiendo dos distintos modelos: el jurado clásico y el jurado escabino. En los jurados clásicos (modelo anglosajón) serán doce personas sorteadas quienes determinarán si el acusado es culpable o inocente, conforme el derecho que fuera explicado o instruido por los jueces. El veredicto deberá ser unánime — como una garantía del imputado, que obliga también a los jurados a esforzarse para arribar a una solución que deje a todos conformes, acentuando la práctica deliberativa<sup>89</sup>—, en el debate participarán exclusivamente los jurados, y su decisión no se fundamentará. Las cuestiones sobre el derecho aplicable serán discutidas entre las partes y el juez (previo a que dicte las instrucciones), y se podrá apelar lo decidido por el juez ante las instancias superiores. Del mismo modo, también será apelable la habilitación que hiciera el juez para realizar alguna pregunta no permitida a algún testigo durante las audiencias de juicio<sup>90</sup>.

---

<sup>83</sup> Ver Jeffrey Abramson, *We, the jury*, Harvard University Press, Massachusetts, 2000, p. 131 y ss.

<sup>84</sup> Abramson, op. cit. p. xxv.

<sup>85</sup> H Storing, *What the Antifederalist Were For*, 1981 p. 19; citado por Amar, op. cit. p. 1188.

<sup>86</sup> Letter from Thomas Hefferson to L'Abbe Arnoux (19 de julio de 1789), citado por Amar, op. cit. 1188.

<sup>87</sup> Amar, op. cit. 1189.

<sup>88</sup> Un gran debate se sigue dando en torno si el juicio por jurados es un derecho disponible del imputado, o no es disponible, al ser una facultad de la ciudadanía. La Corte Suprema norteamericana, en *Patton v. U.S* (281 US 276, 1930) estableció que era un derecho del imputado, y como tal, renunciable. Sin embargo, para Amar, los fundamentos de este fallo, no superan un escrutinio atento. Amar, op. cit, p. 1196. Coincidente con esta postura es Ignacio Anitúa, “Razones para el juicio por jurados en la era de la globalización”, en *El Dial*, DC19B.

<sup>89</sup> Ver Jeffrey Abramson, *We the jury, the jury system and the ideal of democracy*, Harvard University Press, 2000, p. 191.

<sup>90</sup> Existe tanto a nivel federal como estadual, un código específico sobre qué tipo de preguntas puede hacerse en el juicio y cuál no, para regular qué información tendrá el jurado. De este modo se aseguran las garantías del debido proceso. Entre las excluidas se encuentran las que puedan acarrear un prejuicio injusto, confusión, pérdida de tiempo, o las que puedan mostrar el carácter del acusado a través de la comisión de otros crímenes.

Entonces, los fundamentos del fallo estarán constituidos por las instrucciones que formulen los jueces y las respuestas que den los jurados en el veredicto.

Existe también otro modelo, de jurados escabinos<sup>91</sup> o mixtos: jueces profesionales, seleccionados —nuevamente, en el mejor de los casos— por sus méritos; y ciudadanos sorteados del padrón electoral. Este es el modelo que siguió el código de procedimientos en Córdoba, donde conviven jueces profesionales y ciudadanos no abogados.

El jurado que absolvió a Elizabeth Díaz estaba compuesto por ocho ciudadanos elegidos por sorteo del padrón electoral. Estos jurados debían tener entre 25 y 65 años, haber completado la educación obligatoria, y ser residentes de la provincia. A su vez, no debían ser funcionarios públicos, ni abogados, ni integrantes de las fuerzas de seguridad, ni haber sido condenados, o estar imputados en ningún delito<sup>92</sup>. Estos ocho jurados se sumaron a la Cámara, compuesta por los tres jueces profesionales designados por el gobernador con acuerdo de la legislatura de una terna propuesta por el consejo de la Magistratura<sup>93</sup>. El sistema de selección de estos jueces es similar al nacional.

En el jurado cordobés conviven jueces profesionales y ciudadanos no abogados. Si bien creo que esto es un avance, no veo que este sistema pueda funcionar del modo y con los fundamentos que describí en el acápite anterior. La deliberación se hace conjuntamente con los jueces profesionales, y serán estos los que llevarán la voz líder. También son los que escribirán los fundamentos de las sentencias, y el veredicto no requerirá unanimidad sino mayoría simple. Así fue que, en la aún corta experiencia cordobesa, en la gran mayoría de los casos los jurados populares siguieron a los jueces profesionales en sus resoluciones. El caso Díaz fue el primero en el que una mayoría de jurados se apartó de lo que hubieran resuelto los jueces profesionales<sup>94</sup>. Si bien el sistema cordobés es perfectible, al menos posibilita este resultado —al ser mayoría los jurados populares que los jueces de carrera— que puede aumentar la legitimidad democrática de la justicia frente al sistema de jueces profesionales.

La idea de jurado como *cámara baja* frente a una *cámara alta* de los jueces designados, tenida en mente por algunos padres fundadores norteamericanos, para que sólo pueda resultar una condena cuando jueces y jurados estén de acuerdo, se aleja bastante en este modelo escabino. Los jueces participan en la instrucción previa, en el debate, en la deliberación, y en las apelaciones. En cambio, los ciudadanos solo tienen una parte en la deliberación, y deben discutir sobre derecho con los jueces técnicos.

---

Ver Federal Rules of Evidence. Asimismo, George Fisher, *Evidence*, University Casebook Series, Foundation Press, New York, 2002

<sup>91</sup> Sobre el término “escabinos”, ver Alberto Binder, “Sobre el origen histórico de la palabra ‘escabino’”, en Binder, *Ideas y materiales para la reforma de la justicia penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2000. En su origen, todos los juicios eran por jurados de hombres libres, pero para asegurarse la concurrencia, se designaron algunos jurados escabinos: tres plazas que tenían obligación de concurrir al juicio, mientras que para los otros era voluntaria la concurrencia. Luego se fueron profesionalizando, aunque en numerosos casos el tribunal se integraba con escabinos y con hombres libres.

<sup>92</sup> Los requisitos, las incompatibilidades y las inhabilidades figuran en los artículos 5, 6 y 7 de la ley 9182.

<sup>93</sup> Artículos 144 inciso 9 y 157 de la Constitución de Córdoba. La ley que establece el Consejo de la Magistratura es la número 8.802.

<sup>94</sup> Página/12, 28/11/06, “Un pueblo que perdonó a la acusada”.

#### 4. Respuesta a las posibles objeciones a la legitimidad democrática de la justicia. El constitucionalismo popular

Muchas críticas se alzan en contra de la participación del ciudadano o ciudadana común en la administración de justicia, y contra la institución del juicio por jurados. De hecho, la mora del Congreso argentino por más de 150 años en la implementación de este instituto es una muestra de que no hay un consenso real acerca de la conveniencia de su instalación.

Para la mayoría de estas voces, la justicia es una cuestión técnica que no debe ser resuelta por personas *legas*, sino por buenos profesionales —técnicos apolíticos— por medio de razones fundadas. Ya en 1765 se señalaba que con la complejización de la sociedad, las comunicaciones y los negocios, el derecho se convirtió en una ciencia, inasible para la persona común<sup>95</sup>. De este modo, para esta postura, el derecho constituye un sistema con principios: un intellegible, predecible y armonioso orden cuya estructura orgánica y sus reglas dinámicas pueden ser comprendidos y enseñados usando los mismos métodos que utilizan las otras ciencias<sup>96</sup>.

Al mismo tiempo, los críticos de la participación de la ciudadanía en el poder judicial suelen entender que la justicia debe proteger a las minorías, por lo que debe ser ciega a los deseos mayoritarios. Estas voces también identifican problemas prácticos (costos, edificios, tiempos, etc) en la adopción de un sistema de juicios por jurados<sup>97</sup>. A su vez, como ya vimos, algunos autores un poco más refinados entienden que la legitimidad de los jueces no pasa por un fundamento democrático, sino por su apego a la Constitución<sup>98</sup>.

Sin embargo, las críticas son contestables. Creo que, en definitiva, estas posturas denotan una gran desconfianza en la sociedad, y en última instancia en la democracia<sup>99</sup>. Como dije, la escuela realista del derecho e incluso los críticos del derecho pudieron revatir los argumentos tradicionales de Blackstone, al considerar que si bien el derecho puede ser más o menos complejo, no es una cuestión técnica sino discrecional: los jueces o abogados pueden encontrar buenas razones tanto para una posición como para la contraria y decidirán de acuerdo a sus principios morales o políticos<sup>100</sup>. La existencia de disidencias en los fallos es una clara muestra de esto. Por otro lado, si bien las minorías deben ser protegidas, no se sigue que sean los jueces quienes estén mejor posicionados para hacerlo<sup>101</sup>. Al mismo tiempo, estudios empíricos muestran que generalmente los jueces fallan de acuerdo a lo que prefieren

---

<sup>95</sup> Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, (1765), University of Chicago ed, 1979, p. 4. Citado por Larry Kramer, *The people themselves, popular constitutionalism and judicial review*, Oxford University Press, New York, 2004, p. 162.

<sup>96</sup> *Ibidem*, p. 162.

<sup>97</sup> Ver, por ejemplo, Ricardo Grisetti y Luis Kamada, “El juicio por jurados. A propósito de una encuesta de la Federación Argentina de la Magistratura”, en *El Dial DCBC6*. Ver también Unidos por la Justicia, *Informe sobre juicios por jurados*, junio de 2004.

<sup>98</sup> Ver nota 76.

<sup>99</sup> Mark Tushnet dice que los liberales tienen miedo de lo que el pueblo puede hacer, y por ello temen las votaciones. Mark Tushnet, *Taking the constitution away from the Courts*, Princeton University Press, New Jersey, 1999, p. 177.

<sup>100</sup> Ver notas 20 a 22 y el texto adjunto.

<sup>101</sup> Roberto Gargarella, “La dificultad de defender el control judicial de las leyes”, en Rodolfo Vázquez (comp), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, Ed. Fontamara, México, 1998, p. 225.

las mayorías<sup>102</sup>. Y finalmente, con respecto a los argumentos sobre los problemas prácticos, creo que no tienen el peso suficiente como para ser una valla para la instalación del juicio por jurados, sino más bien, la demostración de la resistencia a todo cambio.

No hay que dejar de tener en cuenta que un poder judicial con una autoridad más legítima provocará un mayor obediencia a sus decisiones e involucrará de mayor medida a la ciudadanía en las decisiones públicas. Estos son objetivos que un sistema democrático debería promover. También, el jurado tiene un importante papel educador y creador de la ciudadanía<sup>103</sup>.

En el actual modelo de autoridad de los jueces técnicos, la ciudadanía no tiene ningún poder para interpretar las normas. No hay que olvidar que esta interpretación provocará en concreto violencia y dolor a algunos miembros de la sociedad<sup>104</sup>, que es lo más grave que puede hacer el Estado. En cambio, el tipo de autoridad que puede brindar el juicio por jurados permitirá, a su vez, que la sociedad se apropie —en cierta medida— del control de sus leyes, y de su constitución. En la interpretación de las leyes y la aplicación de la violencia estatal, la ciudadanía tendrá un papel relevante. Las leyes y la constitución volverían a ser manejadas —en cierta medida— por el pueblo de modo directo. Este es uno de los objetivos perseguidos por la escuela del constitucionalismo popular.

En los últimos años, en la academia norteamericana emergió un nuevo cuerpo de literatura jurídica a la que se hace referencia como “constitucionalismo popular”<sup>105</sup>. Profesores como el decano de la Universidad de Stanford, Larry Kramer, o Mark Tushnet de Harvard, o Akhil Amar y Jack Balkin de Yale, etc., publicaron trabajos que tienen en común la desconfianza frente al elitismo de la reflexión jurídica y el papel central de los tribunales en ella<sup>106</sup>. Como elementos esenciales de esta escuela se pueden encontrar una crítica central a que la Corte Suprema tenga la última palabra en materia constitucional, y a la supremacía judicial frente a los otros poderes en términos constitucionales. La idea principal del constitucionalismo popular es certera: el pueblo debería tener un mayor control acerca de lo que dicen sus leyes y lo que significa su constitución.

La participación ciudadana, tanto en el gobierno como en la justicia, resulta un aspecto clave para esta postura. De manera similar a lo propuesto por los antifederalistas norteamericanos, los populistas consideran que las instituciones deberían permitir los controles exógenos, y no

---

<sup>102</sup> Ver Robert Dahl, “La toma de decisiones en una democracia: La Suprema Corte como una institución que crea políticas públicas”, en reimpresión de la Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Año 8, Número 1, 2007.

<sup>103</sup> Ver Tocqueville, op. cit. p. 284/285. Para el autor, el jurado contribuye poderosamente a la formación de los valores y aumenta la inteligencia de las personas: “Enseña a los hombres a practicar la equidad; todas las personas aprenden a juzgar a sus vecinos como si fueran ellas las juzgadas”.

<sup>104</sup> Ver Robert Cover, “La violencia y la palabra”, en Cristian Courtis (comp) *Derecho, narración y violencia* Gedisa, España, 2002.

<sup>105</sup> Ver Roberto Gargarella, “El nacimiento del constitucionalismo popular. Sobre *The people themselves* de Larry Kramer”, en Revista de Libros n. 112, abril 2006, Madrid, España.

<sup>106</sup> *Íbidem*.

quedarse únicamente en controles interórganos o endógenos (frenos y contrapesos)<sup>107</sup>. Las elecciones anuales, el derecho de revocatoria, la posibilidad de realizar instrucciones a los representantes, etcétera, son propuestas para alcanzar este objetivo de mantener un control ciudadano sobre la constitución<sup>108</sup>.

Para la administración de justicia se han pensado diversos mecanismos de participación. Entre ellos, la intervención en los procesos de selección de jueces, ya sea mediante la elección popular o al menos la realización de audiencias públicas ante el Senado; el establecimiento de períodos renovables de duración de los cargos, la existencia de un sistema de rendición de cuentas, la legitimación amplia para participar en los procesos de interés público, la posibilidad de presentar *amicus curiae*, la obligatoriedad de la publicación de los fallos, la fijación de una fecha cierta para los acuerdos de la Corte Suprema para que la prensa pueda estar al tanto de lo que se va a resolver, entre otras cosas.

La implementación del juicio por jurados con amplios poderes resulta esencial para avanzar en esta dirección. Empero, aún con la implementación del juicio por jurados, las críticas de los constitucionalistas populares no serán acalladas (de hecho, esta escuela aparece en Estados Unidos, donde implementaron hace más de 200 años el juicio por jurados). Las críticas continúan ya que los jueces aún mantienen el papel predominante en la judicatura y la supremacía frente a los otros poderes, al reservarse la última palabra en cuestiones constitucionales.

Actualmente, en Estados Unidos, la Corte Suprema resolvió que la función del jurado es simplemente la de fijar los hechos del caso. Las cuestiones de derecho serán determinadas por el juez mediante las instrucciones (y esto es lo que podrá ser apelado y discutido en las instancias superiores). En el caso *Sparf et al v. U.S.*<sup>109</sup> la mayoría de la Corte resolvió que “sobre el tribunal descanza la responsabilidad de declarar la ley; sobre el jurado, la responsabilidad de aplicar la ley así declarada a los hechos que considere bajo su conciencia, que han ocurrido”. La minoría en ese caso, en cambio, consideró que el jurado tenía el derecho y el poder de decidir de acuerdo a su propio juicio y su conciencia todas las cuestiones, tanto el derecho como los hechos<sup>110</sup>.

Según el profesor Larry Kramer, la supremacía judicial tiene por objeto maximizar la autoridad de las cortes inculcando una actitud de deferencia y sumisión a sus fallos: “la supremacía significa decirle a los jurados que deben seguir las instrucciones del juez del

---

<sup>107</sup> Gargarella, “En nombre de la Constitución: el legado de El Federalista dos siglos después”, en *Filosofía política moderna. De Hobbes a Marx*, Boron, Atilio A. CLACSO, Universidade de Sao Paulo, 2006, p. 179. Acceso al texto completo: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/secret/filopolmpt/filopolmpt.html>

<sup>108</sup> Kramer, op. cit. p. 59.

<sup>109</sup> 156 US 102, 103 (1895).

<sup>110</sup> La minoría, consideró que “Puede haber menos peligro de prejuicio u opresión de jueces designados por un presidente electo popularmente que por jueces designados por una monarquía hereditaria. Pero, como la experiencia de la historia muestra, no puede considerarse que los jueces van a ser siempre justos e imparciales, y libres de alguna inclinación ... para amplificar su propia jurisdicción y poderes a expensas de aquellos otorgados por la constitución a otros cuerpos”. Ver Clay Conrad, *Jury Nullification, the evolution of a doctrine*, Carolina Academic Press, Durham, 1998, p. 105.

juicio para minimizar el uso de el poder de nulificar”<sup>111</sup>. Este poder de nulificar (*jury nullification*) las leyes implica que en el juicio los jurados desoigan las instrucciones sobre la ley aplicable que le imparte el juez, y resuelvan el caso del modo que consideren más justo, más allá de lo que determinen las leyes.

Este poder de nulificar las leyes sería similar al control de constitucionalidad que tienen los jueces, pero en manos de los miembros del jurado. El *jury nullification* implica de este modo una manifestación clara de la interpretación constitucional y legal en manos de la ciudadanía, y actualmente es bastante resistido.

A nivel general, la nulificación por el jurado ocurre cuando los jurados, voluntaria e intencionalmente, eligen no seguir la ley fijada por el juez. En los casos criminales, se entiende que hay nulificación cuando los jurados conscientemente se niegan a aplicar la ley ante imputados que consideran que no deben ser castigados<sup>112</sup>. Así, más allá de la prueba recolectada, el jurado resuelve absolver al imputado<sup>113</sup>. En estos casos, ni el juez del juicio ni ningún otro órgano puede revisar lo resuelto, gracias a la garantía contra la doble imputación (*non bis in idem*). La decisión de absolver del jurado es final, y el imputado queda libre.

Nancy Marder, profesora de la Universidad de Southern California, enumera tres tipos de razones por los que los jurados suelen nulificar las leyes. En primer lugar, para no aplicar la ley al imputado, ya sea por circunstancias personales (por ejemplo, debilidad mental), por creer que el caso es nimio y que no mereció llegar a juicio, o por pensar que la sanción aplicable sería muy gravosa dada la conducta<sup>114</sup>.

El segundo tipo de razones se encuadran en un descontento con una determinada ley, y son quizás el supuesto más interesante desde un punto de vista de la teoría democrática. Una determinada ley, impopular en alguna zona, es resistida por el jurado. El caso paradigmático —que fue el primer supuesto de nulificación registrado— lo constituyó la ley que condenaba por calumnias a un periodista por una nota realizada, en donde el jurado se negó a condenar al reportero<sup>115</sup>. Asimismo, también la *Fugitive Slave Act* de 1793 que perseguía a los esclavos fugitivos y a quienes los ayudaban a escapar, fue nulificada en los estados del norte de Estados Unidos; en casi todo Estados Unidos, se nulificó la ley de prohibición de producción, transporte y venta de alcohol (*National Prohibition Act* de 1919); e incluso en la actualidad, se ha nulificado la ley de “*three strikes*” en California<sup>116</sup>. La nulificación en estos supuestos de descontento con la ley nos mostrarían una instancia de control de

---

<sup>111</sup> Kramer, p. 233.

<sup>112</sup> Ver Nancy Marder, “The myth of the nullifying jury”, 93 *Northwestern University Law Review*, 877, 882 (1999). La voluntariedad y la intencionalidad distinguen la nulificación del mero error del jurado. Cuando el jurado yerra, no estamos en presencia de la nulificación.

<sup>113</sup> Abramsom, *We, the jury*, citado, p. 57.

<sup>114</sup> La autora también menciona las malas razones: por simpatía o enemistad racial con el imputado, por su belleza o carisma, etc. Ver Marder, op. cit. p. 888.

<sup>115</sup> *Rex v. Zenger*, How. St. Tr. 17:675 (1735). Ver Conrad, *Jury Nullification, the evolution of a doctrine*, citado, p. 32.

<sup>116</sup> Marder, op. cit. p. 893 y 895. La ley de California del “three strikes and you are out” implica que a la tercera condena por una falta aún menor, la pena será de prisión perpetua. En San Francisco, algunos jurados decidieron absolver antes que condenar a perpetuidad por robar una porción de pizza o unas galletas. No sucedió lo mismo en San Diego.

constitucionalidad realizada por el jurado y en algunos supuestos —del mismo modo que con los jueces profesionales— luego de una repetida nulificación de parte de distintos jurados, la ley es derogada o dejada sin efecto<sup>117</sup>.

El tercer supuesto que identificó Marder ocurre cuando la nulificación se da por otros factores sociales: descontento con el sistema judicial o con la aplicación de la ley discriminatoriamente contra determinado grupo. El ejemplo más claro que encuentra la autora es la nulificación en respuesta de las condiciones sociales, por el llamado “Jurado del Bronx”<sup>118</sup>. Este jurado difícilmente condene a un afro-americano en casos de drogas, porque entiende que el alto número de condenas que se registraron durante muchos años fueron producto de discriminación y racismo en la aplicación de la ley por los fiscales, contra determinada minoría. Pero, por otro lado, la nulificación también sirvió para que los jurados de los estados del sur absuelvan a líderes del Ku Klux Klan acusados de asesinar a líderes afroamericanos a fines de los años sesenta<sup>119</sup>.

Sin embargo, todas las cosas consideradas, creo que el poder del jurado de nulificar le otorga a la institución del juicio por jurados su mayor atractivo. Ahora será el jurado quién tenga que analizar en el caso concreto si la ley aplicable provoca un resultado justo. A su vez, puede ser un buen vehículo para que la ciudadanía controle la constitucionalidad de las leyes.

Esta interpretación constitucional y legal de modo directo por la ciudadanía permite a la sociedad a tener un mayor control sobre sus leyes. De este modo, las cuestiones constitucionales más importantes que regulan la vida diaria de la sociedad no quedará reservado a lo que decidan, casi sin límites, jueces no sujetos a control. Esto tiende a favorecer el autogobierno, ya que lo que opinen los ciudadanos debe ser tenido en cuenta seriamente.

Muchas veces la resistencia contra estas ideas es provocada por la concepción de que los temas constitucionales deberían ser decididos por técnicos y no quedar sujetos a los vaivenes de lo que piense determinado jurado o determinada mayoría circunstancial. Sin embargo, con el actual sistema quedamos sujetos a lo que piense en determinado momento el juez que por sorteo entienda en el caso, y en última instancia, la Corte Suprema, quizás designada hace varios años. Empero, creo que si en la aplicación de las leyes intervienen aquellos a quienes se les van a aplicar, la decisión tendrá una autoridad más legítima, y será más probablemente sentida como propia, aún por quienes deben cumplirla.

## **5. Lo resuelto en los casos Díaz y Tejerina**

Volviendo a la comparación entre los casos Díaz y Tejerina, surge la siguiente pregunta: ¿nulificó el jurado de Díaz? Lamentablemente, no lo podemos saber. La fuente más segura para conseguir esta información sería preguntarle a los jurados. Sin embargo, aún pudiendo encontrarlos, difícilmente los jurados cuenten por qué decidieron como lo hicieron. Muchas

---

<sup>117</sup> Por ejemplo, la ley de prohibición de producción, venta o transporte de Alcohol fue derogada en 1933. Ver Conrad, op. cit., p. 115.

<sup>118</sup> Marder, op. cit., p. 899.

<sup>119</sup> Abramson, *We, the jury, the jury system and the ideal of democracy*, citado, p. 62.

veces la gente no conoce que como jurado tiene el derecho a nulificar; incluso la existencia de este derecho está bastante cuestionada. Los jurados no saben si pueden llegar a ser procesados penalmente por nulificar o si están violando su juramento. Asimismo, la posición de observador externo impide conocer realmente qué pasó en la sala de deliberaciones<sup>120</sup>.

La explicación “oficial” es la que redactó el juez Mario Morán en la sentencia, sobre los fundamentos. Según la sentencia, debido a diversos indicios, la mayoría del jurado popular le otorgó mayor credibilidad a la perito psicóloga Gabriela Cuenca, y por ello, tomó por cierta la conclusión de que Díaz había estado bajo un estado de inconciencia al momento del hecho. El ordenamiento jurídico vigente, para estos casos, establece la absolucón. Si esto fue así, entonces no existió ninguna intención de incumplir el derecho, ya sea por las circunstancias especiales de Elizabeth Díaz, o por un desacuerdo en la ley de fondo.

Sin embargo, el fallo suscripto por los jueces técnicos en minoría, establece que la interpretación “correcta” del artículo 34 inciso 1 del código penal es la que fija la doctrina: que para que exista inconciencia el sujeto no debe tener dominio de sus actos: delirio febril, intoxicación etílica o por drogas, o hipnosis. Que lo que sucedió en este caso no alcanza para encuadrar en el “estado de inconciencia”, y por lo tanto, el ordenamiento jurídico vigente ordenaría condenarla.

El tribunal que condenó a Tejerina había realizado una evaluación similar, para descartar el trastorno de estrés post traumático, y con ello la inconciencia. Esto fue confirmado por el Superior Tribunal de la provincia. El tribunal jujeño, por su parte, citó jurisprudencia concordante con esta interpretación tanto de la provincia de Buenos Aires, como de Entre Ríos.

Pareciera que la solución técnica del caso no admitía un supuesto de inconciencia. Así lo dijeron todos los jueces de Tejerina y los dos que votaron en el caso de Díaz. Sin embargo, también pareciera que una condena en estos casos produciría una solución injusta. Los jueces de Jujuy —en el mejor de los casos— prefirieron adoptar la solución correcta antes que la justa, mientras que el jurado de Díaz no aceptó incurrir en tal injustia y prefirió interpretar el supuesto de ausencia de conducta de modo más amplio.

Luego de leer con atención los fallos, me parece que el jurado de Córdoba no quería condenar a Díaz por su situación personal. En la clasificación de las nulificaciones de Nancy Marder, encuadraría en el primer tipo. Una condena a prisión, en este caso (como en la mayoría) no hubiera logrado ningún objetivo valioso. Y por eso, encontraron la forma para sobrepasar lo que proponían los jueces técnicos, e interpretaron el artículo 34 inciso 1 de modo que también cubra el caso de Elizabeth. Si hubiera existido una instrucción acerca de cómo interpretar el artículo, probablemente la hubieran desoído<sup>121</sup>.

---

<sup>120</sup> Marder, “The myth of nullifying jury”, citado, p. 885.

<sup>121</sup> La ausencia de un procedimiento especial para los casos que van a ser resueltos por jurados en Córdoba produce este tipo de problemas. Existen algunos testimonios, sobre todo acerca del carácter, que pueden tener mucha influencia en el jurado. Quizas sea conveniente regular qué puede escuchar el jurado y qué no. Asimismo, los jurados deberían tener algún tipo de guía uniforme, consensuada con las partes, sobre cómo interpretar el derecho (instrucciones). Es cierto que en estos debates de escabinos los jueces pueden suplir estas



Presumo, también, que el jurado de Córdoba no tenía ningún elemento especial o característico (que sus miembros no eran especialmente inteligentes ni tontos ni perspicaces), por lo que seguramente, al mismo resultado hubieran llegado otros ciudadanos. Y por esto también presumo que la solución de Díaz dejó a más cantidad de gente conforme que la decisión de Tejerina. Al menos, ningún diputado o senador propuso rechazar el veredicto, ningún movimiento social se sintió especialmente afectado, etc.

Todo lo contrario ocurrió con el caso de Jujuy. Mucha gente se sintió disconforme con lo resuelto, y por ello, la justicia sumó descrédito. El sistema se vio debilitado y este caso es mostrado como un ejemplo de lo injusto que puede ser el sistema penal en nuestro país, y de qué peor forma trata a las mujeres.

## **6. Conclusión**

El fundamento de la autoridad del poder judicial es aún un problema pendiente de nuestra democracia. La sociedad parece no creer como correcto el modelo de autoridad adoptado, lo que se manifiesta en diversas encuestas de opinión, que muestran gran descontento con la actuación judicial. Y esto no es producto de que determinada judicatura se desempeña mal, sino que es un problema estructural. El descreimiento en la legitimidad de la justicia provoca descreimiento en las instituciones, lo que terminará debilitando al sistema institucional. La crisis social y política del 2001 fue una muestra traumática de esta pérdida de legitimidad de las instituciones.

La legitimación actual de los jueces —funcionarios apegados al texto de la constitución— tiene serios defectos, sobretodo debido al amplio poder discrecional del que gozan en su función. Esta discrecionalidad tanto en el modo de interpretar las normas, como en la ausencia de controles puede ser una importante causa de la pérdida de legitimidad de la justicia. La garantía de la independencia judicial fue utilizada muchas veces por la Corte Suprema para conseguir prerrogativas particulares, desprestigiando nuevamente la administración de justicia. Por su parte, el Consejo de la Magistratura no logró funcionar de un modo plural, ni esto demostró ser teóricamente suficiente.

La justicia conformada exclusivamente por jueces técnicos o profesionales no logró constituir un sistema satisfactorio. Para superar esto, y acercar a la ciudadanía a la administración de justicia, se pensó en permitir la participación ciudadana tanto en el proceso de selección de jueces (mediante las audiencias públicas) como luego en el trámite en particular (por ejemplo, mediante la presentación de *amicus curiae*). Sin embargo, este esquema sigue otorgando una gran preponderancia a funcionarios no electos por la ciudadanía, y a quienes no puede controlar ni remover. La posibilidad real de la ciudadanía de hacer escuchar su voz en este esquema es aún muy baja.

Para evitar estos defectos debería pensarse en incorporar a la sociedad a la administración de justicia de modo más efectivo. La propuesta de los antifederalistas norteamericanos de un

---

instrucciones, pero ¿qué debe hacer el jurado cuando los jueces no se ponen de acuerdo acerca de la correcta interpretación?

sistema bicameral, con jueces y jurados, donde sólo se podría obtener una sentencia cuando ambos estén de acuerdo, parece ser un buen camino. Esta suerte de “bicameralismo” podría ser un buen mecanismo para aumentar la autoridad del sistema judicial.

Los fallos analizados en este trabajo mostraron que el juicio por jurados puede ser una buena reforma para contribuir a legitimar la administración de justicia. Mediante este instituto, ya no serán unos jueces alejados de la sociedad los que decidan acerca de la responsabilidad de las personas, sino los mismos ciudadanos. Esto podrá provocar resultados que serán vistos más probablemente como correctos por la sociedad. La diferencia entre los casos de Tejerina y Díaz nos mostraron las ventajas que pueden producirse con un buen diseño institucional. El caso Tejerina fue sumamente criticado, y con él, la credibilidad de la justicia de Jujuy. En cambio, en el caso Díaz se entendió que se había llegado a la solución correcta. Como vimos, el jurado fue central en la adopción de esta decisión.

De todos modos, si bien el jurado escabino de Córdoba es un avance en este sentido y lo decidido en el caso de Elizabeth Díaz así lo mostró, creo que el jurado clásico es el único que permitiría a la ciudadanía recuperar el control acerca de la interpretación de las leyes y la constitución. Esto redundará en un mejor autogobierno y en una democracia mas completa.

Por otro lado, creo que las críticas al juicio por jurados en general demuestran una desconfianza en la sociedad y en la democracia misma. Esta desconfianza dio origen al modelo institucionales de frenos y contrapesos, por los Federalistas norteamericanos, donde se intentó excluir a la población de los ámbitos de decisión democrática. Sin embargo, ciento cincuenta años después, podemos ver que este resultado no fue el adecuado para nuestra democracia. Produjo descreimiento de la ciudadanía en las autoridades y debilidad institucional. El sistema se intentó sustentar en una concepción elitista, difícilmente compatible con una democracia igualitaria.

Sin embargo las conclusiones de este trabajo no pueden generalizarse. Las ventajas del juicio por jurados frente a la justicia técnica analizadas, se dieron en un caso *vis a vis* otro. Para poder sacar conclusiones generales habría que implementar el sistema en más casos y más jurisdicciones y de este modo realizar comparaciones sistemáticas, con estudios empíricos. Quizás una implementación de los jurados mediante planes piloto puede resultar un buen mecanismo para medir las ventajas del instituto. La experiencia de Córdoba nos muestra que no es imposible realizar juicios por jurados, y que sus resoluciones no son irrazonables sino todo lo contrario. Asimismo, creo que esa experiencia puede profundizarse, y pasar a un modelo de jurado clásico, para todos los delitos. Esto, claro, luego de que la evaluación del instituto pueda ayudarnos a concluir que aumenta su legitimación. En este trabajo, la comparación de estos dos casos, así lo mostró.