

JUICIO POR JURADOS: LA CONTRIBUCIÓN DEL PODER JUDICIAL AL DEBATE DEMOCRÁTICO

FEDERICO HUGO PRIETO*

Resumen: El presente trabajo aborda el juicio por jurados, tratado desde una perspectiva de la teoría de la democracia deliberativa. Comienza con un breve análisis de las teorías interpretativas, luego analiza cierta jurisprudencia para llegar a una conclusión novedosa.

Abstract: In this work, trial by jury will be discussed from the deliberative democracy theory viewpoint, analyzing interpretation theories and case law in the first place, to finally come up with an original conclusion.

Palabras Clave: Interpretación constitucional – Omisión inconstitucional- Jurados- Democracia deliberativa – Desuetudo – Jurado clásico – Jurado escabinado- Activismo judicial.

Keywords: Constitutional interpretation- unconstitutional omission – jurors – deliberative democracy – rule disuse – Classic jury – Mixed jury – Judicial ctivism.

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo trataré la temática del juicio por jurados desde una posición que tal vez no haya sido explorada aún. Sostendré que el accionar del poder judicial no ha contribuido al debate deliberativo democrático en cuanto a la institución que nos ocupa. Antes bien, mediante sus sentencias ha evadido y, consecuentemente, obstruido el debate deliberativo democrático.

Para ello demostraré que la interpretación constitucional reclama el juicio por jurados (o por lo menos su debate).

* Abogado (UBA). Para comentarios al autor fhprieto@gmail.com.

Luego demostraré que acudir a la declaración de omisión (inconstitucional) del Poder Legislativo no resuelve ningún problema. Entonces, finalmente, expondré cuál debería ser la solución, siempre desde una perspectiva de la teoría de la democracia.

II. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. (TEXTUALISMO-INTERPRETACIÓN LIBRE-ORIGINALISMO)

La Constitución es una norma, que por su vaguedad y ambigüedad, es decir, por la textura abierta del lenguaje¹ es constantemente interpretada y reinterpretada. Muestra de ello son las dispares sentencias dictadas por nuestro máximo tribunal. Para ejemplificar citaremos casos no tan lejanos: “San Luis” vs. “Bustos”, sobre pesificación; “Rodríguez vs. “Verrocchi” sobre decretos de necesidad y urgencia. Al margen de los móviles políticos de fondo y las diferentes composiciones de la CSJN como las presiones que hubieran recibido los jueces, tenemos que, aplicando una misma norma la CSJN llegó a soluciones diametralmente distintas². Por ello considero interesante en este punto preguntarme ¿dónde está el derecho? ¿es tan dúctil el derecho? ¿existe el derecho?³ Porque si en un caso X la solución es “b” y en otro caso, muy parecido a X la solución es “v”, pareciera que los jueces han hecho una interpretación –en alguno de los casos– por lo menos sospechosa.

Es que en nuestro país al igual que en los Estados Unidos, los jueces son los últimos interpretes del texto constitucional, y a su vez, conforman la rama menos (o no) democrática del poder; dándose la “paradoja de que la última autoridad, respecto de las cuestiones más importantes que [la comunidad democrática] debe enfrentar, no reside en el pueblo mismo (ni en sus delegados directos) sino en un grupo de funcionarios que (habitualmente) ni son electos por el pueblo ni se encuentran sujetos a un directo control popular”⁴.

¹ Cf. CARRIÓ, Genaro, *Notas sobre el derecho y el lenguaje*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968, pp. 27 y ss.

² O “construcciones jurídicas más o menos ingeniosas” en el decir del profesor Santiago. SANTIAGO, Alfonso, *La corte suprema y el control político*, Ábaco, 1999, p. 259. A lo que replico, ¿son jurídicas las soluciones?

³ Cuestiones que como futuros abogados debieran preocuparnos.

⁴ GARGARELLA, Roberto, “Interpretación del derecho”, AA.VV, *Derecho Constitucional*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2004, pp. 649-650.

Al margen de los problemas que esto suscita, debido a que se trata de “un cuerpo que no es electo, ni es políticamente responsable de otra manera significativa”⁵, aceptamos que la última palabra en materia interpretativa la tienen los jueces, más específicamente el máximo tribunal.

Ahora bien, al momento de interpretar nos podemos encontrar con casos relativamente fáciles y relativamente difíciles⁶. Pues nadie dudaría de que si a una de nuestras provincias se le ocurriera instalar un gobierno monárquico ello iría francamente en contra del artículo 5 de la Constitución y sería intervenida federalmente por no garantizar la forma republicana de gobierno; o que si una ley es modificada por la cámara revisora y no vuelve a la cámara de origen y es promulgada por el Presidente ella no será una ley, por violar el procedimiento para la formación y sanción de las leyes⁷. Pero creo que sí dudaríamos acerca de si la Constitución permite o no el aborto con fundamento en el art. 19; o si esta permitido o no el uso de

⁵ ELY, John H, *Democracia y desconfianza*, Siglo del hombre editores, Bogotá, 1997, traducido del inglés “Democracy and distrust” por Magdalena Holguín, p. 2.

⁶ La expresión de casos difíciles corresponde a HART. También el profesor DWORKIN los ha trabajado, aunque proponen soluciones diferentes. El modelo de Hart es el de la discreción. Así, sostiene que debido a que la vaguedad es una característica del lenguaje jurídico y a que en la decisión de los casos difíciles existe más de una interpretación razonable, cuando estos casos llegan a los estrados judiciales los jueces tienen discrecionalidad para escoger la interpretación que consideren más adecuada; en estas circunstancias excepcionales, el juez no está aplicando el derecho, sino creándolo para el caso concreto. Por otra parte Dworkin elabora el modelo de la respuesta correcta. Conforme a este modelo, el juez siempre encuentra una respuesta correcta en el derecho preestablecido; en los casos difíciles los jueces no basan sus decisiones en objetivos sociales ni en directrices políticas (que definen los otros poderes). Los casos difíciles se resuelven en base a principios que fundamentan derechos. De este modo la función del Poder Judicial no es crear derechos sino garantizar derechos preestablecidos, lo que resulta congruente con la separación de poderes y el sometimiento del juez a la ley. El juez no tiene poder político, su función es garantizar derechos individuales y no señalar los objetivos sociales. Su función es distinta a la de los otros poderes. Al no crear derechos el juez, sino garantizarlos, no crea normas, que además serían retroactivas. Extraído de RIVERA, Julio C, “Límites de las facultades judiciales. En el régimen de división de poderes y en el sistema de fuentes del Derecho Privado argentino” *La Ley*, 1999-D-1229. Vid. También DORADO PORRAS, Javier, “El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos”, *Cuadernos Bartolomé de la Casas* N° 3, Dykinson. Madrid, 1997, pp. 78 y ss.

⁷ Tal como ocurrió con la Ley 24.309 de declaración de necesidad de reforma de la Constitución. Aquí la CSJN evadió pronunciarse sobre esta cuestión en “Polino” por un problema de legitimación activa. Aunque a mi entender tendría que haber declarado la inconstitucionalidad de dicha ley. Ver la lúcida disidencia del Ministro Fayt.

estupefacientes para consumo personal con base en la citada norma⁸; o si integra el debido proceso adjetivo el derecho a ser juzgado por pares, con fundamento en los arts. 18, 24, 75 inc. 12 y 118. En estos últimos casos entiendo que el último intérprete debe ser el legislador –vía proceso deliberativo democrático– el que tiene que adoptar la decisión.

Ahora sí, y con relación al juicio por jurados, considero que esta problemática se encuentra, *a priori*, entre los casos relativamente fáciles a la hora de interpretar, por lo menos en cuanto a la existencia del juicio por jurados como proceso penal.

En teoría constitucional, al momento de interpretar y, como muy bien lo desarrolla Ely⁹, hay dos concepciones iusfilosóficas en conflicto: textualismo vs. interpretación libre. El textualismo sostiene que “los jueces que deben decidir asuntos de constitucionalidad deberían limitarse a aplicar normas establecidas en la Constitución escrita o claramente implícitas en ella” mientras que la posición contraria sostiene “que los tribunales deberían ir más allá de este conjunto de referencias (la Constitución escrita o normas claramente implícitas en ella) y aplicar normas que no pueden ser descubiertas en el cuerpo del documento”¹⁰.

Por otra parte tenemos a la escuela originalista (sub-especie del textualismo), que propone “recurrir a las intenciones originarias de los autores de los textos legales”¹¹, pues así evitaríamos los riesgos de la tiranía de los jueces¹². Escapando –paradójicamente tal vez– a la indeseable posibilidad de que los jueces traten de dar vida a la Constitución dejando que la justicia se guíe por la “mano muerta del pasado”¹³.

Supongamos ahora que a un juez se le plantee, en el curso de un proceso, la excepción de falta de jurisdicción en el mismo porque no se

⁸ Sin embargo la CSJN parece responder la pregunta afirmativamente en la causa “Arriola”, CSJN A. 891. XLIV, 25/8/2009.

⁹ ELY, John H., *Democracia y desconfianza*, *ob. cit.*, p. 19.

¹⁰ Otra diferencia muy importante es que el textualismo insiste “en que el trabajo de las ramas de poder puede invalidarse únicamente de acuerdo con una inferencia cuyo punto de partida, cuya premisa subyacente, pueda descubrirse con claridad en la Constitución”. Aunque “el que no sea posible encontrar en ella la inferencia completa –pues no es probable que se haya previsto la situación particular– es, por lo general, aceptado por las dos partes”, ELY, John, *ob. cit.*, p. 20.

¹¹ GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Ariel, Buenos Aires, 1996, p.61.

¹² Cfr. GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno...*, *ob. cit.*, pp. 61-62.

¹³ Ídem, p.62.

encuentra regulado en nuestro ordenamiento jurídico el juicio por jurados¹⁴ a pesar que se encuentra mencionado tres veces en la Constitución. Aquí el juez podría formularse las siguientes preguntas: ¿Qué dice nuestra Constitución al respecto? ¿Quiere ella el juicio por jurados? Para responder a estas preguntas hay que interpretarla. Pareciera obvio que el juez tendría que recurrir al textualismo (recordemos que estamos ante un caso fácil), como también pareciera obvio el rechazo de la interpretación libre (pues no hay normas que no puedan ser descubiertas en el documento); y aunque adoptar una posición originalista engendra ciertos problemas¹⁵, aceptémosla en el caso de juicio por jurados.

Tenemos entonces que desde cualquiera de las dos posturas que aquí aceptamos el juicio por jurados debiera existir. Aún más. Para reforzar el textualismo, acudimos a una interpretación orgánica que con respecto a la Constitución estipula, que “ninguna de sus cláusulas puede ser interpretada solitariamente, desconectándolas el todo que compone, sino que cabe entenderlas integrando las normas dentro de la unidad sistemática de la Constitución, comparándolas, coordinándolas y armonizándolas de tal forma que haya congruencia y relación entre

¹⁴ En el próximo acápite veremos cuál ha sido la posición del Poder Judicial.

¹⁵ Explicar todos y cada uno de los problemas excede el ámbito de este trabajo. Por ello tomamos un excelente ejemplo de Gargarella. El profesor nos invita a pensar en los poderes del presidente en la Constitución americana. Sabemos que Madison y Hamilton fueron personajes decisivos en su redacción. Pero diferían radicalmente en varias cuestiones; los poderes del presidente era una de ellas. Entonces “¿qué hacemos si nos encontramos con dificultades para establecer cuál es el significado de lo establecido en la Constitución, en materias como la citada (si el texto no nos deja claro, por ejemplo, cuál es el alcance de los “poderes de guerra” del presidente)? ¿qué implica la decisión de tomarnos en serio el significado original de la Constitución? ¿quiere ello decir que, en caso de dudas generadas por el texto, o silencios del mismo, debemos atarnos a la “voluntad” de Madison, que tenía una mirada restrictiva respecto de los poderes del presidente? ¿debemos inclinarnos, en cambio, por los criterios defendidos por Hamilton, que eran opuestos a los del anterior? ¿debemos “promediar” ambas voluntades? ¿debemos pensar en el contrafáctico de qué hubiera dicho la Convención de entonces, preguntada sobre el problema que hoy nos agobia? ¿debemos abrimos, más bien, a considerar voluntades de todos los presentes en la Convención Federal? ¿debemos prestar atención a los criterios prevalecientes en la comunidad a la hora en que se aprobaba el texto en cuestión? ¿o debemos excluir la consideración de toda voz que no estuviera presente en la convención constituyente, como muchos podrían razonablemente alegar? GARGARELLA, Roberto, “Interpretación del derecho”, AA.VV, *Derecho Constitucional*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2004, pp. 656-657.

ellas”¹⁶. Si armonizamos¹⁷ los artículos 24 –dedicado a las declaraciones, derechos y garantías–, 75 inc. 12 –dedicado a las atribuciones del Congreso– y finalmente el artículo 118 –dedicado a las atribuciones del Poder Judicial– de la Constitución Nacional, tendremos (por lo menos tengo para mí) que ella nos reclama el juicio por jurados.

No obstante la claridad de la norma, para robustecer mi postura, buscamos la solución en la escuela originalista. Y tenemos que en cuanto al juicio por jurados ella nos brinda argumentos a favor. Por ejemplo el ex presidente Mitre señalaba que “la institución del jurado es un dogma para todo pueblo libre”; a su turno Sarmiento expresaba que “el jurado es el paladín de las libertades públicas. Introducir al jurado es inocular un principio de vida y de existencia en el pueblo”; también Quintana consideraba que “para honor de esta cámara ninguna voz se ha levantado atacando la institución del jurado, que es una de las garantías más firmes sobre las que reposan las libertades públicas y privadas”¹⁸.

Advertimos que desde cualquiera de las dos posiciones (y sumamos la originalista) el jurado tendría que existir. Esta parece ser también la postura del Poder Judicial.

III. SOLUCIONES JUDICIALES

La CSJN se ha pronunciado acerca de la problemática, aunque de una manera muy complaciente con el gobierno de turno. Así ha dicho en “Don Vicente Lovira c. Eduardo T. Mulhall, por injurias y calumnias s/ Competencia” (1911) en “Ministerio Fiscal c. el director del diario “La Fronda” por desacato s/Excepción de falta de jurisdicción” (1932); y “Tiffemberg”(1947) que los tres artículos constitucionales “no han impuesto al Congreso el deber de proceder inmediatamente al establecimiento del juicio por jurados como tampoco ningún término perentorio...”

¹⁶ SAGÜÉS, Néstor P, “Interpretación constitucional y alquimia constitucional (el arsenal argumentativo de los tribunales supremos)”, JA 2003-IV-1220.

¹⁷ Diccionario de la Real Academia Española (<www.rae.es>): Armonizar: tr. Poner en armonía, o hacer que no discuerden o se rechacen dos o más partes de un todo, o dos o más cosas que deben concurrir al mismo fin.

¹⁸ Citas tomadas de CABALLERO, Roberto y HENDLER, Edmundo, *Justicia y participación. El juicio por jurados en materia penal*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1994.

Con este tipo de sentencias lo que hace la CSJN no es sino acompañar al gobierno de turno. Así, Santiago¹⁹ explica que “hay acompañamiento cuando se observa que, sin sumisión de ningún tipo, hay en las decisiones del tribunal una intención de facilitar el desarrollo de la función gubernamental, haciendo las adaptaciones y adecuaciones que se requieran para ello”. Es decir que frente a la inacción gubernamental la justicia propone soluciones constitucionales que no signifiquen trabas a los gobernantes.

Estimo que en las sentencias de la CSJN está implícita la aceptación de parte de los jueces de la omisión del Congreso²⁰; pero al no estar obligado constitucionalmente por plazo alguno, el Poder Judicial no puede hacer nada.

También se han pronunciado acerca de la problemática algunos de nuestros tribunales inferiores y nacionales.

En el año 1988²¹, 1989²² y 1991²³ la CNPenal Económico, sala II se pronunció acerca del juicio por jurados. En ninguno de los tres casos prosperó la excepción de falta de jurisdicción interpuesta por los apelantes al entender que debían ser juzgados por un jurado. Pero resultan interesantes los argumentos del Dr. Hendler²⁴. El juez sostuvo que aunque las cláusulas de la Constitución que aluden al juicio por jurados son programáticas “ello no quiere decir que no sean obligatorias e imperativas o que el Congreso pueda decidir discrecionalmente su proceder”. Luego sostiene que hay omisión y que ésta puede ser violatoria de la Constitución (aquí remite a un artículo de Bidart Campos que trataré más adelante).

Más interesante es el pronunciamiento del año 1991. Aunque el tribunal terminó rechazando la excepción de falta de jurisdicción que había sido solicitada, pues los jueces Repetto y Riggi reiteraron los argumentos de la CSJN, debe destacarse la disidencia del juez Hendler. Aquí el juez repitió

¹⁹ SANTIAGO, Alfonso, *La Corte Suprema y el control político*, Ábaco, Buenos Aires, 1999, p.387.

²⁰ Más adelante me referiré a la omisión inconstitucional.

²¹ “Fainstein” 22/9/1988. ED 130-603.

²² “Demarco” 2/6/1989. ED 136-521.

²³ “Martellos” 30/4/1991. LL 1991-E-215.

²⁴ Este juez rechaza la excepción de falta de jurisdicción en los dos primeros casos basándose en la distinción entre delitos, teniendo en cuenta la entidad de los mismos: “La implantación del enjuiciamiento por jurados que reclama la Carta Constitucional debe entenderse referida al instituto conocido en el mundo entero como tal y este, tanto en época de sancionarse la Constitución como en la actualidad, sólo se extiende a los casos de delitos de mayor gravedad entre los que no puede considerarse incluido aquel por el que se ha deducido acción en este caso” (voto del Dr. Hendler en “Fainstein”).

los mismos argumentos de las dos sentencias anteriores, pero como en este caso sí era viable el juicio por jurados debido a la consideración de la pena en abstracto, sentenció “que deberá cursarse una rogatoria a la EXCMA. Corte Suprema de Justicia de la Nación para que dirija comunicación a las autoridades del Poder Legislativo a fin de que sirvan sancionar las leyes necesarias al establecimiento del juicio por jurados”, y mientras ello se resolviera reservó las actuaciones.

El último pronunciamiento es el del juez de sentencia Cevasco en la causa “Rilo, Antonio”²⁵.

Aquí el juez de grado concedió la excepción de falta de jurisdicción para resolver, pues estimó que correspondía hacerlo a un jurado. Es destacable la interpretación que realizó el juez. Sostuvo que “las disposiciones constitucionales que hacen al funcionamiento de las instituciones republicanas, como aquellas que se refieren a la vigencia de los derechos individuales, no pueden ser descalificadas a los efectos de su aplicación y vigencia, con la diferenciación no emergente del texto de la carta fundamental y meramente doctrinaria, entre normas “programáticas” y normas “operativas”. Porque “tal distinción importa una mera justificación para explicar la omisión de los órganos pertinentes en cumplir el mandato de los constituyentes...”. “El art. 24 de la Constitución Nacional es terminante en cuanto en forma imperativa señala que el Congreso promoverá la reforma de la legislación en todos sus ramos y el establecimiento del juicio por jurados” (todo extraído del considerando 6°).

Más importante aún, destacó que la institución, “no es caprichosa, como ninguna cláusula constitucional, sino que obedece a la inteligencia de que tal sistema de juzgamiento es esencial por dos circunstancias: a) Importa una garantía para los ciudadanos que se integra con el debido proceso legal adjetivo y consiste en el derecho al juzgamiento por los pares...y b) Es la institución que permite cerrar el sistema de frenos y contrapesos”.

Para concluir que “la omisión en el establecimiento del juicio con jurados y más que ello, el dictado de sistemas procesales diametralmente opuestos a la previsión constitucional, deriva en una deformación de la Carta Magna en detrimento de específicas garantías de los ciudadanos y del funcionamiento institucional”. Por ello ordenó “librar oficios a los

²⁵ ED. 143-589. El fallo del juez de sentencia aparece publicado junto con la sentencia revocatoria de la Cámara.

presidentes de las Cámaras de Senadores y Diputados de la Nación solicitando se implemente en el próximo período legislativo el sistema de juicio por jurados contemplado en la Constitución Nacional”, y archivó las actuaciones.

Luego el fallo del juez de sentencia fue revocado por la Cámara de apelaciones²⁶, acudiendo en más y en menos a los argumentos ampliamente conocidos de la CSJN²⁷.

De los fallos analizados la interpretación que proponen Hendler y Cevalasco (en cuanto a la existencia del juicio por jurados) es la defendida en este trabajo; por otra parte, la solución que intentan es al menos novedosa. Son soluciones de una justicia activista, es decir una justicia que “más allá de ejercer la función de control respecto de las decisiones adoptadas por los poderes políticos, asume la iniciativa política y fija pautas de gobierno, adelantándose a la actuación de los otros órganos del Estado”²⁸.

Si bien coincido con la interpretación de los jueces activistas, no comparto la solución. Porque intimar a otro poder cursando rogatorias o librando oficios menoscaba y deprime la división de poderes que nuestra Constitución consagra²⁹.

IV. ARGUMENTOS PELIGROSOS

Ha dicho Palacio³⁰ que “el juicio por jurados ha sido derogado de la CN por vía consuetudinaria (desuetudo)”.

²⁶ “R.A” Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala I” 19/02/1992. ED 143-589.

²⁷ Pero interesa destacar un argumento. En un pasaje de la sentencia, vale decir que el juez de Cámara ya había argumentado que iba a revocar la sentencia de 1ra instancia, señaló que el juez de grado “parece descubrir en 1991 una omisión que lleva más de un siglo...”. El argumento es peligroso pues el día de mañana el Poder Judicial podría decir: “el apelante pareciera descubrir luego de X años: que las cárceles deben ser sanas y limpias; que la vivienda debe ser digna; que los DNU tienen un procedimiento especial para su vigencia y validez, lo mismo que la delegación legislativa (que no puede recaer en el jefe de gabinete, como se desprende del art. 37 de ley de administración financiera); que el Consejo de la Magistratura debe estar compuesto de forma equilibrada, etc.).

²⁸ SANTIAGO, Alfonso. *ob. cit.*, p.418.

²⁹ En el último acápite exhibiré mi propuesta.

³⁰ PALACIO, Lino, “La realidad jurídica y la proyectada integración de los tribunales penales”, VIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, La Ley, Buenos Aires, 1989.

Este argumento, por atractivo que nos parezca entraña ciertos peligros que tal vez no hayan sido advertidos por el gran maestro del derecho procesal.

Primero. Desconoce abierta y cabalmente cuál es la forma para reformar la Constitución, que es la dispuesta por el art. 30: “la Constitución puede reformarse en todo o en cualquiera de sus partes. La necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuará sino por una Convención convocada al efecto”. Por ello se la suele categorizar como rígida.

Segundo. Aplicando la “lógica Palacio” podríamos decir, que el jefe de gabinete ha caído en desuetudo³¹; que las cárceles sean sanas y limpias cayó en desuetudo, por lo tanto es una declaración de ilusiones, y por ende no la garantizamos; lo mismo con que la vivienda sea digna; igual salario por igual tarea, etc. Y podría seguir argumentando con la denominada “lógica Palacio” y tendríamos que la fuerza normativa de la Constitución y la supremacía constitucional no existirían³².

V. INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN. ¿QUÉ RESUELVE?

Sabemos que la Constitución no sólo se puede violar por acción de los órganos encargados de aplicarla y reglamentarla. También resulta violada cuando esos órganos omiten el mandato constitucional. Bazán³³, nos reenvía a Wessel, quien distingue entre omisiones absolutas y relativas. De acuerdo a la primera categoría “hay ausencia total de la norma que debería regular una determinada situación jurídica fijada constitucionalmente. En las relativas, el legislador, al propulsar la norma para “obedecer” el mandato constitucional, favorece a ciertos grupos y olvida a otros o acuerda ventajas a unos que no son dispensadas a otros”.

³¹ Pues con la incorporación de esta figura se procuró: a) desconcentrar funciones del presidente, asignándole al ministro jefe la “administración general del país”; y b) establecer un nexo entre el Poder Ejecutivo y el Congreso. A tal efecto el Jefe de Gabinete tiene que dar cuenta permanente al Congreso de la marcha del gobierno, y éste puede removerlo por medio de una moción de censura (art. 101 C.N).

³² Dejo en claro que ni un acérrimo defensor de la interpretación libre podría defender la que he llamado la “lógica Palacio”.

³³ BAZÁN, Víctor. Neoconstitucionalismo e inconstitucionalidad por omisión. L.L 2005-F-775.

En el caso de juicio por jurados la omisión es absoluta. Pues no podríamos pensar, que la omisión estaría salvada porque el legislador ha regulado el proceso penal³⁴.

Supongamos ahora, que un juez, o la CSJN declaran la omisión inconstitucional del legislador por no reglamentar el juicio por jurados. Pero la parte dispositiva también deberá indicarnos los pasos a seguir. Bidart Campos³⁵ nos ofrece dos soluciones: 1º, un sistema en el cual el tribunal emplazara al Congreso a dictar la reglamentación omitida. El autor no soslaya el problema que se presentaría si el órgano emplazado no dictase la reglamentación quedando todo como antes; pero no ofrece solución alguna este problema³⁶; 2º: una vez declarada que la omisión del Congreso es inconstitucional y reputando que la falta de reglamentación provoca una laguna en el orden normativo, el profesor nos propone “integrar el orden normativo lagunoso (...) echando mano de la autointegración (por analogía o por aplicación de los principios generales del derecho) o la heterointegración (acudiendo al valor justicia). Aquí tampoco evade que esta solución sólo serviría para el caso concreto. Estimo esta solución poco valiosa en sí para el sistema jurídico y político; para el jurídico porque, aún laguna de por medio³⁷, podría suceder, i.e, que algunos tribunales compongan el jurado acudiendo a los de tipo escabinado (y aquí las combinaciones entre jueces legos y jueces técnicos pueden ser incontables), otros a los del tipo clásico, etc. Redundando todo ello en detrimento de la seguridad jurídica. Tampoco es valioso para el sistema político, ya que al disponer qué tipo de juzgado entenderá, como cuál será su composición, etc., el juez estaría

³⁴ Como parece deslizarlo, aunque no explícitamente, la Cámara criminal y correccional en “Rilo, Antonio”. Sostuvo que “el Congreso si bien no atendió a la meta constitucional, no omitió regular el proceso penal, como lo demuestran, entre otra las leyes (...) y la reciente Ley 23.984 que sancionó el nuevo código de procedimientos en materia penal. Esta simple enumeración demuestra que el Congreso ha tenido reiteradas oportunidades de analizar la regulación de esta materia (juicio por jurados), por lo cual debe entenderse que aún no cumpliéndose con el citado objetivo constitucional relativo al juicio por jurados, no desamparó la garantía del debido proceso; a la que consagró una continuada labor legislativa”. CNCrim. y Correc., sala I. 19/02/1992. ED. 143-589.

³⁵ BIDART CAMPOS, Germán J, “La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión”, ED 78-789.

³⁶ En el próximo acápite veremos que mi propuesta es similar a esta, pero con fundamento en la democracia deliberativa y con soluciones al problema aludido.

³⁷ Aunque tengo para mí que en el caso de juicios por jurados no hay laguna, por lo menos en sentido estricto, pues el juez estaría apoyado en la Constitución.

tomando una decisión que compete al sistema político, vía deliberación democrática.

VI. PROPUESTA Y CONCLUSIÓN

Antes de introducir mi propuesta es necesario tener en cuenta la visión de la democracia [deliberativa] que propone Nino³⁸. Partimos desde la base de que “el proceso de discusión y decisión colectiva de todos los afectados tiene una considerablemente mayor confiabilidad, en cuanto al acceso a principios válidos de moral intersubjetiva, que la reflexión individual”. Entonces tenemos que es más valiosa la decisión que toman nuestros representantes, que la que tome un juez. Esta última es la posición que defiende Rawls, según Nino. Así, para el filósofo americano “el conocimiento de la verdad moral se alcanza sólo por medio de la reflexión individual”³⁹. Igualmente considera útil la discusión con otros pero sólo como elemento auxiliar de la reflexión individual.

Mi propuesta es la siguiente: los jueces no pueden fallar en casos como los estudiados aquí; por lo tanto deben archivar las actuaciones, pues así instarían el proceso deliberativo de toma de decisiones, pues si no se paralizaría la justicia (propuesta radical I).

Pero esta solución engendra un problema. Puede que no tengamos el proceso deliberativo añorado; pues, con el fin de impedir la “parálisis judicial” la ley se promulgaría en un plazo muy breve, sin que haya podido existir una deliberación en la que hayan intervenido todos realmente.

Entonces reformulo mi propuesta: mantengo mi propuesta original, pero el juez, aquí le deberá fijar un plazo prudencial (2 o 3 meses por ejemplo) al Congreso para que delibere y llegue a una decisión⁴⁰, aclarando que

³⁸ NINO, Carlos S, “Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad”, *Cuadernos y debates*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1991, p. 119. Ver también del mismo autor, *La Constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 2003, cap V.

³⁹ NINO, Carlos S, *La Constitución de la democracia deliberativa*, *ob. cit.*, p.161. Profundizar con el cap. V.

⁴⁰ Pero hay que tener en cuenta que “la capacidad epistémica del procedimiento democrático será menor o mayor en la medida en que se acerque o se aleje de las exigencias que generan su tendencia inherente a la imparcialidad: participación en el debate y en la decisión de de todos los afectados; libertad de presentación de todos los puntos de vista y relativa igualdad de las partes...”. NINO, Carlos S, “Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad”, *ob. cit.*, p.121.

si el Congreso no se expide en el plazo fijado, el juez archivará las actuaciones⁴¹. (Propuesta radical, con tintes conservadores).

Lo que he presentado es el camino que, según considero, debe tomar el Poder Judicial en la problemática del juicio por jurados. Así, haría una contribución al debate democrático; porque debemos confiar en la capacidad del sistema político para resolver las cuestiones constitucionales.

Con esta propuesta concluyo el trabajo, en el que no me he referido a la conveniencia o no del juicio por jurados dada nuestra cultura cívica; y si lo fuera, tampoco me he referido a si debe adoptarse un modelo de juicio por jurados de tipo clásico o escabinado; o si es el medio adecuado para resolver los problemas que presenta el proceso penal actual; o si es el medio adecuado para que los ciudadanos sientan más comprometidos con sus responsabilidades cívicas⁴²; ó, si defendiera el modelo clásico, como resolvería el problema de la no motivación de la sentencia; o cuál sería el ámbito de competencia del juicio por jurados (¿delitos dolosos? ¿delitos dolosos seguido de muerte, como proponía el proyecto del PE del 2004?) etc.

Considero que tales cuestiones deben ser sometidas al proceso democrático deliberativo de toma de decisiones. Y si, en última instancia, no existe el consenso para la implementación del juicio por jurados, este instituto debe ser eliminado de la Constitución Nacional (vía art. 30, y no acudiendo a soluciones demagógicas y poco democráticas como la ofrecida por algún autor, analizada más arriba). Todo ello, lo debe resolver el proceso político. Porque de algo que tenemos –por lo menos tengo– que estar seguro es de que los jueces no conforman “la rama menos peligrosa”⁴³. Ya que muchas veces, con sus decisiones, no hacen otra cosa que cerrar el debate que debiera darse en los parlamentos⁴⁴.

⁴¹ Nótese que mi propuesta no es como la de Bidart Campos.

⁴² Si este fuera uno de los fundamentos de la ley, sería inconstitucional, por interferir con los planes de excelencia personal de cada uno (art. 19 CN).

⁴³ Parafraseando el título del libro del profesor Bickel, Alexander, *The Least Dangerous Branch*, Bobbs- Merrill, 1962.

⁴⁴ Imaginemos que la CSJN resolviera que el aborto es inconstitucional, o no. La Constitución no es clara en este asunto, por ello, debe discutirse en el parlamento. Y la CSJN debe abrir el debate, no cerrarlo.