

Autor: Federico José Toranzo

Aportes del principio de subsidiariedad a la función social del derecho penal. La subsidiariedad como fundamento para la aplicación del instituto del juicio por jurados

Tesina de dogmática jurídica para optar al título de Magíster en Magistratura y Derecho Judicial de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral

Codirectores:

Horacio Jaime Romero Villanueva y Gustavo Sa Zeichen

Ciudad Autónoma de Buenos Aires

-Año 2021-

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN:	1
II. DEFINICIÓN DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD, SU EVOLUCIÓN Y CRISTALIZACIÓN.	3
III. ÁMBITOS DE APLICACIÓN E INCIDENCIA DEL PRINCIPIO.	9
a) En el área política y organizacional de los Estados en relación con las comunidades y organizaciones internacionales.	9
b) A modo de crítica “constructiva” y reconducción de las estructuras democráticas.	10
c) Como límite a las imposiciones centrales y los criterios uniformantes.....	10
d) En lo atinente al derecho a la educación.....	11
e) En la adecuación de protocolos y tratamientos médicos.....	11
IV. APROXIMACIÓN DEL CONCEPTO AL ÁMBITO JUDICIAL —JURÍDICO PENAL—.	12
a) El punto de partida: el <i>ius puniendi</i> y la legitimidad judicial.	12
b) Problema en concreto: la falta de legitimidad del Poder Judicial.	18
c) De los elementos relevantes del Juicio por Jurados que aquí serán utilizados.	
21	
V. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD AL JUICIO POR JURADOS.	28
a) De la centralidad del ser humano y del desarrollo de su propia capacidad.	29
b) Del valor gnoseológico y epistemológico del veredicto popular.....	36
c) Del creciente aprecio por la participación ciudadana.	40
e) De la prevención ante el autoritarismo y la subsidiariedad para alcanzar bienes y valores comunes.	45
VI. CONCLUSIÓN.	47
BIBLIOGRAFÍA	51

I. INTRODUCCIÓN:

Si bien la utilización del principio de subsidiariedad por el derecho penal y específicamente en el derecho penal general no es novedosa, aquí se propone abreviar nuevamente de la riqueza de dicho concepto y desde otras materias en las que, además, tuvo origen —entre ellas, la filosofía del derecho, la filosofía social y la doctrina social de la Iglesia—. Muchos autores abordan parcialmente dicho principio en sus tratados de derecho penal, poniendo foco en la utilización prioritaria de otros medios de control social antes de la aplicación de la sanción penal, realzando la tan aludida *ultima ratio*¹ o mínima intervención del ordenamiento sancionatorio penal. Tampoco es novedosa su aplicación respecto de la filosofía del derecho. A modo de ejemplo, John Finnis, un filósofo del derecho de origen anglosajón, lo utiliza al momento de abordar, entre otras cosas, la noción de bien común y las libertades individuales².

Aquí se intentará describir los componentes del referido principio a fin de ponerlo en relación con el proceso de aplicación de una sanción penal, la función social del proceso, la pena y la legitimidad de los actores jurisdiccionales para tal tarea. Se propondrá —a partir de una relectura del principio de subsidiariedad y desde una mirada filosófico-social— la revalorización del instituto del juicio por jurados para el cumplimiento de los fines y las funciones del derecho penal. Ello no significará que se adscriba al juicio por jurados como un instituto de carácter mágico o ajeno a inconvenientes y dificultades, ni que su aplicación resolverá todos los problemas del Poder Judicial. Aun con dichas salvedades, se advierte con énfasis que el instituto propuesto —jurado— al tiempo que constituye una manda constitucional —algunos lo conceptualizan como “garantía constitucional” del proceso penal— se verifica como

¹ Cilleruelo indica que procede únicamente “para la protección de bienes jurídicos de trascendencia y allí donde todos los medios de control social han fracasado” (Cfr. CILLERUELO, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Ad Hoc, CABA, 2018, 59). Por su parte, Yacobucci entiende la “subsidiariedad” como principio derivado y aplicable al derecho penal, emparentándolo con la última ratio del sistema penal y con la adopción mínima de la “violencia” para salvaguardar la dignidad humana y el bien común político (YACOBUCCI, Guillermo J., *El sentido de los principios penales*, B. de F Ltda., Buenos Aires, 2014, *passim*.).

² FINNIS, John, *Ley Natural y Derechos Naturales*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, 174, 188, 222, entre otras.

medio razonable y eficaz para empoderar al ciudadano, con aplicación del principio de subsidiariedad, y de ese modo robustecer el sistema de justicia criminal.

Desde hace tiempo tengo la intuición —que pretendo comprobar— en torno a que el principio de subsidiariedad puede arrojar luz a la convivencia social, en sus distintos ámbitos y niveles, en tanto permite reorientar la responsabilidad de cada persona, pero sin olvidar la necesaria unión —común— y los vínculos de asistencia y pertenencia de esta con las instituciones o los organismos inferiores o superiores que componen la sociedad humana. Así, a mi entender, por un lado permite precisar y defender la esfera de acción y de responsabilidad personal —ciudadana—, la de los vínculos familiares, la de las asociaciones intermedias y, finalmente, las prerrogativas del Estado mismo.

Me parece particularmente luminoso que al demarcar un espacio o una esfera de actuación personal —propia— en la que ninguna asociación o Estado puede sustituir al individuo o, en algunos casos, siquiera inmiscuirse directamente —porque la persona puede realizarla—, se realza la libertad/responsabilidad personal del sujeto, pero sin absolutizarla y reconociendo a su vez que necesita que la comunidad coadyuve a su capacidad para alcanzar el bien individual y social. Este principio se vincula con el principio de “sociabilidad”, que aprecia que el ser humano es, por naturaleza social, y por tanto requiere de los otros para desarrollarse en cuanto tal.

Pretendo aplicar el principio de subsidiariedad a fin de demostrar que el instituto del juicio por jurados permite la participación sólida, justa y adecuada de los ciudadanos en la trascendental decisión —por sus relevantes consecuencias sociales— que implica la emisión de un juicio de adjudicación —o no— de responsabilidad penal a una persona. Intentaré comprobar que el ciudadano es capaz para tal tarea, con la debida asistencia de los demás actores del proceso —capacitación, en sentido amplio—. Cuando éste es empoderado, al devolverse un rol participativo auténtico, se robustece el servicio de justicia, a la par que se emite un mensaje potente respecto de la vigencia de valores sociales fundamentales —dentro del orden constitucional vigente—. En este sentido, se recordarán aquellas palabras de Carlos Nino sobre el “valor epistemológico” del proceso democrático de búsqueda de valores en el Estado de derecho³.

³ NINO, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, Ed. Gedisa, Barcelona, 2003, *passim*.

Por último, conviene dejar asentado que aun cuando los autores aquí citados pertenecen a escuelas diversas del pensamiento jurídico-filosófico y que, más aún, probablemente algunos tendrían resistencias atendibles respecto del instituto que abordaré, ello no me impide articular sus aportes y buenas razones en tanto sirvan al fin propuesto.

II. DEFINICIÓN DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD, SU EVOLUCIÓN Y CRISTALIZACIÓN.

En cuanto a su origen y concepción histórico-filosófica, podríamos situar su raíz en el pensamiento aristotélico⁴, en tanto se reconoce al individuo la competencia para alcanzar, por sí mismo, los múltiples entes en sus diversos aspectos —bien, belleza, verdad (trascendentales del ser)⁵—, aunque sin olvidar la necesidad de actualizar su tendencia innata —sociabilidad—, que, a su vez, lo capacita para su propio desarrollo. En última instancia, tal desarrollo le permitirá al individuo, según el Filósofo, trascender más allá de sus propias necesidades y materializar el concepto de “generosidad”.

En este sentido, Aristóteles desarrolla su extensa obra identificando diversos ámbitos —sucesivos— del ser humano que no deberían ser avasallados —o, más bien, excesivamente centralizados— por los órdenes superiores (familia/vecindad/ciudad) en aras del bien comunitario. Así lo expresa en su obra sobre la política: “... es claro que la ciudad no es tan unitaria por naturaleza, como algunos dicen, y que lo que llaman el mayor bien en las ciudades las destruye. Sin embargo, el bien de cada cosa la salva. ... no es mejor buscar para la ciudad la unificación excesiva...”⁶.

Más adelante, frente a pretensiones comunitarias excesivamente unificadoras o centralizadoras, el Estagirita realza que la misma generosidad del individuo requiere autonomía: “Cada ciudadano, teniendo su propiedad privada, pone unos bienes al servicio

⁴ José Pedro Galvão de Sousa señaló que dicho principio “... está implícito en las enseñanzas de Aristóteles, reiteradas por Santo Tomás, al ver en la sociedad política una sociedad global compuesta de sociedades menores; es decir, no simples uniones de individuos, sino un conjunto orgánico de familias y de otros grupos o cuerpos intermedios. A la comunidad global le corresponde respetar la autonomía de tales grupos, ejerciendo una acción de suplencia respecto de ellos, cuando se muestran deficientes” (GALVÃO DE SOUSA, José Pedro, “El pensamiento político de Santo Tomás de Aquino”, 845, <http://fundacionspeiro.org/verbo/1981/V-197-198-P-833-853.pdf>).

⁵ Tomás de Aquino, *Summa Theologiae I*, q. 16, a. 3. Edición dirigida por Regentes de estudios de las provincias dominicanas en España.

⁶ ARISTÓTELES, *Política* (trad. Manuela García Valdés), Gredos, Barcelona, 1988, 90.

de los amigos y se sirve de otros comunes...”⁷ y advierte que de ejecutarse el modelo excesivamente centralizado “... nadie podrá mostrarse generoso, ni realizar ninguna acción generosa, pues en el uso de los bienes se ejercita la generosidad”⁸. Así parece remarcar que con la mediación cultural de esas entidades sociales, el ser humano puede alcanzar “el pleno despliegue de sus capacidades naturales que lo distinguen de los demás vivientes”⁹.

Tomás de Aquino refiere la existencia de “órdenes graduales” en la sociedad humana, con cierta autosuficiencia y una diversidad de jurisdicciones. El teólogo remarca, en el mismo sentido pero con aplicación inversa, que el “tirano” busca deliberadamente “disminuir todas las formas de solidaridad social entre sus súbditos, evitando que se reúnan en grupos y asociaciones entre individuos y familias, a partir de las cuales se generan la amistad, la familiaridad y la confianza”¹⁰.

El teólogo calvinista Johannes Althusius (1557-1638) subraya la existencia de diversas esferas de soberanía. Argumenta que la autoridad emerge “no desde un acuerdo entre individuos, sino entre asociaciones”¹¹ y que el poder central es neutro respecto de los intereses de las subunidades. Ello motivó el tratamiento de los holandeses Guillaume Groen Van Prinsterer (1801- 1876) y Abraham Kuyper (1837-1920), que dan forma al llamado “principio de soberanía de las esferas”. Dichos autores parten de la diferencia entre la soberanía divina y la humana, una absoluta, la otra limitada y dividida en las esferas señaladas, lo que los llevó a apoyar fuertemente la división de poderes y la red de pesos y contrapesos. Se ha señalado que ambos principios —el de soberanía de las esferas y el aquí analizado— aunque responden a corrientes del pensamiento marcadamente diferentes, contienen muchos puntos de encuentro relevantes: i) las concepciones sociales

⁷ *Idem*, 97.

⁸ *Idem*, 98.

⁹ VIGO, Alejandro, *Aristóteles. Una introducción*, Ed. Instituto de Estudios de la Sociedad, Santiago de Chile, 2007, 216, citado en BRAUN, Rafael, “La solidaridad en la sociedad libre”, en AAVV, *Revista Criterio*, Fundación Criterio, CABA, 1997, Número 2205.

¹⁰ ARONEY, Nicholas, “Subsidiarity in the Writings of Aristotle and Aquinas”, 23, citado en BRAUN, Rafael, “La solidaridad en la sociedad libre”, en AAVV, *Revista Criterio*, Fundación Criterio, CABA, 1997, Número 2205.

¹¹ BRAUN, Rafael, “La solidaridad en la sociedad libre”, en AAVV, *Revista Criterio*, Fundación Criterio, CABA, 1997, Número 2205.

o filosóficas extremas contra las que se erigen; ii) la comprensión del individuo como “ser social”, pero marcando su irreductibilidad al cuerpo social¹².

Luego el jesuita italiano Luigi Taparelli D’Azeglio (1793-1862) introduce el término “derecho hipostático”¹³, que se refiere a las relaciones de justicia entre los órdenes sucesivos de consorcios —pequeñas asociaciones— y la sociedad en sentido amplio. Allí especifica que esas asociaciones se establecen por “voluntad o deber o necesidad”¹⁴ personales, y preconfigura el principio orientador del obrar, que supone el respeto de la libre asociación, pero vinculado —y limitado— al bien de la sociedad toda: “Todo consorcio debe conservar su propia unidad, de tal manera que no dañe a la unidad del todo; y toda sociedad mayor proveer a la unidad del todo sin destruir la unidad de los consorcios”¹⁵. Además, observa que ante la histórica caída/destrucción de la autoridad en las sociedades —por vicisitudes políticas, militares, etc.—, suelen quedar vigentes las asociaciones menores¹⁶ —en última instancia, los vínculos más cercanos al individuo— para brindar un marco racional de orden y seguridad.

Por su parte, Wilhelm Emmanuel von Ketteler (1811-1877) desarrolla la idea de la “función supletiva del estado”, en el que esta entidad máxima aparece como ente coordinador, promotor y fortalecedor de las agrupaciones menores¹⁷.

¹² En este sentido, al analizar correlativamente las corrientes del pensamiento que dan origen a la “subsidiariedad” y la “soberanía de las esferas”, Jonathan Chaplin señaló: “... cada un[a] comienza repudiando tanto las teorías sociales individualistas, características del liberalismo ilustrado, como las teorías universalistas desarrolladas en reacción al mismo, sean románticas, hegelianas o socialistas. El individuo es reconocido como un ser esencialmente social, creado por Dios para vivir dentro de una variedad de diferentes comunidades y, no obstante, nunca para ser subsumido dentro de las mismas. Ambas desarrollan concepciones enfáticamente pluralistas de la sociedad, viéndola como consistente en una amplia variedad de cualitativamente diferentes destinadas a coexistir en un equilibrio armonioso. Cada una concibe al Estado como poseedor de una especial responsabilidad de reconocer y proteger estas comunidades, y advierte en contra del peligro tanto de la dominación estatal de tales comunidades como de la negligencia estatal al dejar de impedir el dominio de una comunidad por otra, o el dominio de los individuos por las comunidades más poderosas” (CHAPLIN, Jonathan, “Las concepciones católica y reformada del papel del estado”, *Stoa*, Vol. 4, no. 7, 2013, 121-148 ISSN 2007-1868, Cambridge, 134-135 https://stoa.uv.mx/index.php/Stoa/article/download/459/pdf_64)

¹³ Relativo a “hipóstasis”: “En la religión cristiana, supuesto o persona, especialmente de la Santísima Trinidad”, *Diccionario de la Real Academia Española*, <https://dle.rae.es/hipostasis>.

¹⁴ TAPARELLI D’AZEGLIO, Luigi, “Ensayo teórico de derecho natural apoyado en los hechos”, Volumen 1, Ed. Imp. de Tejado, 1866, 408.

¹⁵ *Idem*, 407.

¹⁶ *Idem*, 411.

¹⁷ BRAUN, 3.

En 1891, el papa León XIII se expresa en la encíclica *Rerum Novarum*¹⁸ sobre la situación de precariedad de los obreros en un mundo cambiante en el que han desaparecido algunas instituciones que los protegían —gremios de artesanos, asociaciones de mutuo beneficio, etc.—; y advierte que algunos eligen —equivocadamente— la vía de la confrontación, la violencia y el despojo de los bienes a sus legítimos usuarios, poseedores y dueños. Defiende la propiedad privada como derecho de los mismos obreros a transformar el salario y las ganancias en bienes, y subraya: “... no hay por qué inmiscuir la providencia de la república, pues que el hombre es anterior a ella, y consiguientemente debió tener por naturaleza, antes de que se constituyera comunidad política alguna, el derecho de velar por su vida y por su cuerpo”¹⁹. También resalta que el ser humano se adjudica legítimamente para sí aquella parte de la naturaleza corpórea que él mismo cultivó, “... en la que su persona dejó impresa [su] huella”²⁰. Así se pronuncia en contra de que el individuo o la familia “... sean absorbidos por el Estado”, indicando que “... lo justo es dejar a cada uno la facultad de obrar con libertad hasta donde sea posible, sin daño del bien común y sin injuria de nadie. No obstante, los que gobiernan deberán atender a la defensa de la comunidad y de sus miembros”²¹. Con ello se intenta conservar una posición equilibrada que reconozca la desigualdad y reaccione, pero que no acreciente el problema con soluciones arbitrarias y contrarias a la libertad y a las tendencias del ser humano.

En *Quadragesimo Anno*²² (1931) se establece que “... conviene, por tanto, que la suprema autoridad del Estado permita resolver a las asociaciones inferiores aquellos asuntos y cuidados de menor importancia, en los cuales, por lo demás, perdería mucho tiempo, con lo cual logrará realizar más libre, más firme y más eficazmente todo aquello que es de su exclusiva competencia, en cuanto que solo él puede realizar, dirigiendo, vigilando, urgiendo y castigando, según el caso requiera y la necesidad exija. Por lo tanto,

¹⁸ Divulgada el 15 de mayo de 1891, año decimocuarto de nuestro pontificado de León XIII (https://www.vatican.va/content/leo-xiii/es/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html)

¹⁹ Carta encíclica *Rerum Novarum* del sumo pontífice León XIII, “Sobre la situación de los obreros”, pto. N° 6.

²⁰ *Idem*, pto. N° 7.

²¹ *Idem*, pto. N° 26.

²² 15 de mayo de 1931, año décimo del pontificado de Pío XI. (https://www.vatican.va/content/pius-xi/es/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno.html).

tengan muy presente los gobernantes que, mientras más vigorosamente reine, salvado este principio de función «subsidiaria», el orden jerárquico entre las diversas asociaciones, tanto más firme será no solo la autoridad, sino también la eficiencia social, y tanto más feliz y próspero el estado de la nación»²³.

En el punto 187 del *Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia* —de ahora en adelante, CDS— se refiere respecto del principio de subsidiaridad que “... protege a las personas de los abusos de las instancias sociales superiores e insta a estas últimas a ayudar a los particulares y a los cuerpos intermedios a desarrollar sus tareas. Este principio se impone porque toda persona, familia y cuerpo intermedio tiene algo de original que ofrecer a la comunidad...”. Así el importante documento de la Iglesia define que “... no se puede quitar a los individuos y dar a la comunidad lo que ellos pueden realizar con su propio esfuerzo e industria, así tampoco es justo, constituyendo un grave perjuicio y perturbación del recto orden quitar a las comunidades menores e inferiores lo que ellas pueden hacer y proporcionar y dárselo a una sociedad mayor y más elevada, ya que toda acción de la sociedad, por su propia fuerza y naturaleza, debe prestar ayuda a los miembros del cuerpo social, pero no destruirlos y absorberlos...”. Aquí también se evidencian las fases negativa y positiva, más bien de omisión y de acción, por parte de los grupos superiores. Pero en su faz negativa —de omisión—, implícitamente nos aporta una gran valoración del individuo en cuanto capaz de conocer y contribuir en la historia personal, doméstica y comunitaria con su propio impulso y autenticidad.

Más recientemente, Finnis retoma el modelo de ámbitos sucesivos para el desarrollo del individuo y el bien común de la sociedad. En este sentido, se verifica la existencia valiosa de: a) el ámbito personal y todo lo que atañe al mismo, entre otras cosas, la privacidad, la libre actuación y elección personal de fines y medios adecuados y razonables, el arte, la responsabilidad, el amor a sí mismo y a los otros, el compromiso ciudadano, etc.; b) el ámbito familiar o cuasi familiar conforme las más diversas situaciones de vida, también llamado “casa” según Aristóteles. Allí el individuo integra una primera experiencia asociativa con el carácter de cierta “permanencia” y “exclusividad”, donde “se capacita para crecer en la posesión de sí mismo”²⁴, lo que para

²³ *Quadragesimo Anno*, pto. 80.

²⁴ FINNIS, John, *Ley Natural y Derechos Naturales*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, 176.

Finnis es un requisito sustancial para la autodonación en la amistad; c) las asociaciones intermedias —concepto emparentado con la “vecindad” de Aristóteles—; y d) el propio Estado o máxima estructura política. Allí el concepto de “bien común” reaparece, pero no como un ente que se impondrá necesariamente a los sujetos, sino como una vía o un sendero común donde todos los ámbitos antes señalados deberán ser incentivados y custodiados —activamente— tanto desde la omisión de sustitución como desde la acción supletoria y subsidiaria del orden superior.

Para Finnis entonces la “subsidiariedad” no significa subordinación o secundariedad, sino que realzando la raíz etimológica *subsidium* se caracteriza como un principio de justicia o de razonabilidad práctica que destaca que el fin asociativo es también el desarrollo personal y que para la consecución del bien común son necesarios la inventiva y el esfuerzo personal. Ese apoyo o auxilio presupone un ámbito de acción propio del asistido, en el que este actúa como protagonista —directamente— y asume también las consecuencias de su obrar.

Se ha sostenido en coincidencia que “... el principio de subsidiariedad tiene dos dimensiones... El Estado no debe hacer lo que la iniciativa privada [el individuo] está capacitada para llevar adelante ... y acercar el poder de decisión lo más posible al ser humano de carne y hueso... La segunda dimensión consiste en prestar ayuda —subsidiar— a personas e instituciones para que cumplan adecuadamente su misión, sin expropiarles su poder de decisión”²⁵. Así el principio proscribe y evita en primer lugar la “suplantación” del individuo en lo atinente a sus funciones propias, al tiempo que prohíbe la “abstención” e indiferencia de las organizaciones superiores respecto de su desarrollo y el comunitario.

En este último sentido —dual—, el principio de subsidiariedad, que fue concebido en el ámbito de la llamada “filosofía social”²⁶, hoy tiene la capacidad de converger hacia otras áreas del conocimiento, al informar y nutrir de razones a los diversos ámbitos en los que se relaciona el individuo —asistido— con los individuos o las asociaciones —asistentes—, y precisar sus límites y responsabilidades.

²⁵ BRAUN, 15.

²⁶ El CDS refiere a la subsidiariedad “... como principio importantísimo de la «filosofía social»” (CDS, pto. 186).

III. ÁMBITOS DE APLICACIÓN E INCIDENCIA DEL PRINCIPIO.

Aquí pretendo ilustrar los variados ámbitos en los que este principio encontró cabida al efecto de iluminar la realidad. Ello me servirá como antecedente para procurar su utilización en el tema elegido: el juicio por jurados en la órbita del derecho penal.

a) En el área política y organizacional de los Estados en relación con las comunidades y organizaciones internacionales.

El principio de subsidiariedad, en cuanto pretende la reducción de la acción del Estado y de las organizaciones superiores a aquello que los individuos y la sociedad civil no logran alcanzar por sí mismos, está, a criterio de quien suscribe, de alguna forma latente en la Constitución Nacional y en el esquema de organización federal, sobre todo en lo atinente a las facultades de las provincias y el Estado central. En contraste, resulta explícito en el Tratado Constitutivo de la Unión Europea. El artículo 5° del instrumento internacional de mención reza lo siguiente: “En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, solo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario”²⁷.

Desde esta perspectiva, y en el marco de la Comunidad Europea, se ha dado un debate formidable en torno al principio que en alguna medida provocó su divulgación en las discusiones públicas y los medios de comunicación. Básicamente, allí se definió un marco de actuación de la esfera de poder comunitaria frente a los Estados miembros. Por un lado, es limitante del poder central; y por otro, lo habilita, en tanto “... debe actuar cuando el objetivo se realiza mejor a nivel comunitario que a nivel de los Estados miembros por separado” y si “... la actuación aislada de los Estados resulta insuficiente, y si la acción de la comunidad es más eficaz”²⁸.

²⁷ Tratado de Roma, texto actualizado, 24.12.2002, Diario Oficial de las Comunidades Europeas C 325/33.

²⁸ DE LOMBAERDE, Philippe, LIZARAZO RODRÍGUEZ, Liliana, SÁNCHEZ AVENDANO, Gabriel, “La subsidiariedad como principio macro-organizacional: El caso de la Unión Europea”, INNOVAR, *Revista de las Ciencias Administrativas y Sociales*, N° 7. Enero. Junio de 2001.

Recientemente, algunos de los Estados integrantes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos —en adelante SIDH—, entre ellos la Argentina, han realizado una mención explícita a la vigencia del principio de subsidiariedad: “El principio de subsidiariedad, que da sustento a los presupuestos jurídicos de admisibilidad de una petición, tiene una doble dimensión. Por un lado, supone que el Estado concernido tiene la obligación de investigar toda violación a la Convención que acontezca en su territorio, y, por el otro, que dicho Estado tiene el derecho de que su propio sistema jurisdiccional resuelva la situación antes de verse sometido a una instancia internacional”²⁹. En coincidencia, el profesor de la casa Alfonso Santiago señaló que el principio en cuestión forma parte fundamental-constitutiva del SIDH, que se encuentra implícito en el preámbulo del pacto que dio origen al sistema, junto a los principios *pro personae* y el *pacta sunt servanda*³⁰. Esta concepción motivó también un exhaustivo abordaje por parte del autor³¹.

b) A modo de crítica “constructiva” y reconducción de las estructuras democráticas.

En nuestro país, Eliana De Rosa propuso demostrar que solo mediante la realización práctica del principio de subsidiariedad se puede conjurar el llamado “populismo” de las estructuras democráticas y también subsanarse las deficiencias de las que adolece el ejercicio de la autoridad sobre el tejido social³².

c) Como límite a las imposiciones centrales y los criterios uniformantes.

²⁹ El 11 de abril de 2019, los representantes permanentes ante la Organización de Estados Americanos (OEA) de Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Paraguay entregaron el documento al Secretario Ejecutivo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). <https://www.mre.gov.py/index.php/noticias-de-embajadas-y-consulados/gobiernos-de-argentina-brasil-chile-colombia-y-paraguay-se-manifiestan-sobre-el-sistema-interamericano-de-derechos-humanos>

³⁰ Clase magistral de Alfonso Santiago, “El principio de subsidiariedad y margen de apreciación nacional”, Escuela de Graduandos Águila & Calderón, EGACAL, <https://www.youtube.com/watch?v=7o9V387nsmQ&t=307s>

³¹ SANTIAGO, Alfonso, *Principio de subsidiariedad y margen nacional de apreciación. Articulación del sistema interamericano de protección de derechos humanos con los regímenes nacionales*, Ed. Astrea, CABA, 2020.

³² DE ROSA, Eliana, “Paternalismo populista y principio de subsidiariedad: acerca de la imposibilidad del populismo para garantizar derechos fundamentales”, *Revista RYD República y Derecho* / ISSN-L 2525–1937 / Volumen IV (2019) / Dossier Facultad de Derecho / Universidad Nacional de Cuyo / Mendoza – Argentina.

<http://revistaryd.derecho.uncu.edu.ar/index.php/revista/article/view/153/69>

Se ha aplicado para salvaguardar el campo de acción de los individuos y los diversos núcleos sociales, la familia, las asociaciones civiles, las fundaciones y las organizaciones sociales-políticas inferiores frente a las organizaciones superiores, entre ellas el Estado³³.

d) En lo atinente al derecho a la educación.

A modo ejemplificativo, el art. 26 de la Convención de la Declaración Universal de los Derechos Humanos garantiza a los individuos que “... tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos”. En este sentido, se ha indicado que “... esta disposición coincide con el principio de subsidiariedad, ya que la familia desempeña un rol primordial en la formación de sus integrantes, especialmente los menores”³⁴.

Aquí, el principio remarca su fase “omisiva” atinente a las organizaciones superiores, en tanto la esfera más cercana al individuo es de alguna manera priorizada si se presupone que puede alcanzar con mayor libertad y autenticidad el fin previsto —en este caso, la concretización del derecho a la educación—.

e) En la adecuación de protocolos y tratamientos médicos.

Sorprendentemente, el principio también se aplicó en el ámbito de la ciencia médica, sobre todo en lo relativo al espacio o ámbito individual de acción del paciente y la necesidad de asistencia en sus tratamientos. En un trabajo médico sobre la cuestión, se observan las siguientes valiosas afirmaciones: “La aplicación del principio de subsidiariedad en el empoderamiento de los pacientes permite la integración de las necesidades personales y de las comunidades en el cuidado de la salud a través de la participación”, y también “El concepto de subsidiariedad surge desde una visión antropológica del hombre bien precisa y debe asentarse en el respeto por la vida humana,

³³ ESPINOSA Diego. *El principio de subsidiariedad en la política social: el caso de familias en acción*. 2009.
https://www.researchgate.net/publication/49175278_El_principio_de_subsidariedad_en_la_politica_social_el_caso_de_familias_en_accion/citation/download

³⁴ MIRANDA NOVOA, Martha, “El derecho a la educación a la luz del principio de subsidiariedad”, *Dikaion*, 24 (2), 221-224.

su dignidad inherente, su autonomía y el compromiso de cada una de las personas de participar continuamente en la contribución del bien común y de la persona humana...”³⁵.

Así, en esta breve reseña de los ámbitos en los que el principio ha podido orientar el pensamiento y precisar baremos para juzgar las relaciones de los asistidos y de los asistentes en la multiplicidad de órdenes de la sociedad humana, podemos apreciar su creciente relevancia y propiciar su aplicación al ámbito propuesto.

IV. APROXIMACIÓN DEL CONCEPTO AL ÁMBITO JUDICIAL —JURÍDICO PENAL—.

a) El punto de partida: el *ius puniendi* y la legitimidad judicial.

Propongo formular, en primer término, una pregunta que, aunque clásica, resulta sustancial: ¿cuál es el origen del *ius puniendi* como prerrogativa del Estado? Me refiero específicamente al origen como “causa eficiente” en términos aristotélicos³⁶. Existen múltiples autores que han tratado acerca de las otras causas, en torno a la función y los fines del derecho penal, así como de la consecuencia jurídica más característica del subsistema —la aplicación de una restricción a la libertad en sentido fuerte—. Pero tales cuestiones, aunque trascendentales, nos alejan de la noción de quién, o quiénes, - lógicamente- dan origen —causa— al proceso de punición.

Desde el pensamiento de Tomás de Aquino, la causa eficiente, así como la final, son extrínsecas, en tanto no entran en la constitución interna del objeto analizado. A la primera se la denomina también causa “agente”, porque “designa al agente que obra”³⁷.

³⁵ MOYA, Graciela, “La aplicación del principio de subsidiariedad en el empoderamiento de los pacientes para el cuidado de la salud: el caso de las enfermedades raras en Argentina”, *Acta bioeth.* [online], 2012, vol. 18, n. 2, 181-188, http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-569X2012000200006&lng=es&nrm=iso

³⁶ Aristóteles refiere cuatro tipos de causas, aquí nos referimos al tercer nivel: “Se llama causa, en un primer sentido, la materia inmanente de la que algo se hace; por ejemplo, el bronce es causa de la estatua, y la plata, de la copa, y también los géneros de estas cosas. En otro sentido, es causa la especie y el modelo; y este es el enunciado de la esencia y sus géneros (por ejemplo, de la octava musical, la relación de dos a uno, y, en suma, el número) y las partes que hay en el enunciado. Además, aquello de donde procede el principio primero del cambio o de la quietud; por ejemplo, el que aconsejó es causa de la acción, y el padre es causa del hijo, y, en suma, el agente, de lo que es hecho, y lo que produce el cambio, de lo que lo sufre. Además, lo que es como el fin; y esto es aquello para lo que algo se hace, por ejemplo, del pasear es causa la salud. ¿Por qué, en efecto, se pasea? Decimos: para estar sano”. (cfr. ARISTÓTELES, *Metafísica*, Libro V, Cap. II, 25-35).

³⁷ GALVÃO DE SOUSA, 841.

En la búsqueda de causa eficiente —en sentido de origen— del *ius puniendi*, cabe presumir, en primer lugar, la existencia del ser humano, con los elementos de racionalidad y libertad³⁸. Al mismo tiempo, ese ser coexiste con semejantes, reconoce y aprecia determinados bienes como buenos a la par que verifica la ineficacia y los límites en la consecución y autodefensa de aquellos³⁹. Así, tácita o expresamente, da un paso en el desarrollo social y otorga a la autoridad determinadas prerrogativas que se encuentran de alguna forma vinculadas con esos bienes que anhela, lo que se ha llamado tradicionalmente “bien común”. En este sentido, a modo de simplificación, se plasma lo que se ha denominado el “contrato social”, o más bien —a criterio de los no contractualistas— la actualización, el paso de la potencia al ser, de la tendencia natural del ser humano —sociabilidad—⁴⁰. Tal consideración no significa suscribir a un contractualismo abstracto, ideal —no realista en términos gnoseológicos—. A mi parecer, en esa común-unió que responde a una tendencia, también se evidencia que los sujetos perciben necesariamente, tanto individual como comunitariamente, la belleza, la bondad y la apetencia de determinados entes materiales e inmateriales y su correspondencia con otros “bienes” instrumentales, tales como la paz, el orden, la previsibilidad, etc. que los hacen a su vez, cognoscibles⁴¹ y efectivos, al menos como medios para la consecución de los primeros.

Este punto de partida parece de radical importancia, pues contrariamente, un simple contrato que no reconozca una realidad común y coparticipable tornaría tal unión en voluntarista y, en última instancia, sería incapaz de dar fundamento a un cuerpo social, a sus valores y sus estructuras mínimas. Más allá de las discusiones en torno al “contrato

³⁸ YACOBUCCI, 876.

³⁹ Aunque con especial centro en la sociedad doméstica, Luigi Taparelli D’Azeglio refiere: “... las primeras en perder el derecho de guerra son las sociedades más elementales, como la doméstica, la feudal, etc., las cuales es posible que le tengan en los comienzos de la sociedad pública, pero no cuando esta adquiere la fuerza que le es natural para garantizar a las familias, pues entonces dotada ya de plena consistencia y coordinación, debe impedir a las familias... el usar cualquier vía de hecho que ponga en conflicto a la sociedad...” (TAPARELLI D’AZEGLIO, Luigi, *Ensayo teórico de derecho natural apoyado en los hechos*, volumen 1, Ed. Imp. de Tejado, 1866, 408).

⁴⁰ Aristóteles indicó: “... el hombre es por naturaleza un animal social, y que el insocial por naturaleza y no por azar es o un ser inferior o un ser superior al hombre...” (ARISTÓTELES, *Política*, trad. Manuela García Valdés, Gredos, Barcelona, 50).

⁴¹ “... así como lo bueno añade al ser la razón de apetecible, también lo verdadero añade algo por su relación con el entendimiento”. (TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae I*, q. 16, a. 3. Edición dirigida por Regentes de estudios de las provincias Dominicanas en España).

social”, sin lugar a dudas existe una asociación de mutuo beneficio, unos bienes comúnmente apreciados y ciertos valores como hitos de un sendero común⁴².

Podríamos decir, simplificando la cuestión y sin alusión a una verdad en términos históricos, que la autonomía que detentaba el individuo (o los grupos inferiores, la familia, el clan o la aldea) para procurarse su propia defensa progresivamente es delegada en la organización política “Estado” para que, a través de su ejecución centralizada y monopólica —monopolio de la fuerza—, se coadyuve a la pacificación, al orden, a la racionalidad, a la previsibilidad y a la consecución de todos los bienes humanos básicos que se encuentran tras los derechos reconocidos como fundamentales, con todas las formas, las modalidades y la impronta que cada sociedad les imprime. Ahora bien, es relevante que ese ejercicio de la autonomía fundante del individuo no solo puede tener un efecto cercenatorio, sino que su fin es posibilitar el libre desarrollo del ciudadano y la ampliación de sus capacidades y libertades. En este sentido, la soberanía que se encuentra en la base del *ius puniendi* es del pueblo, de los ciudadanos, quienes transfieren al Estado los “modos de ejercicio”⁴³.

Sobre uno de los tres poderes del Estado —al menos en nuestro sistema constitucional— reposa el ejercicio concreto del poder represivo en su máxima expresión: la pena⁴⁴. Allí el Estado, a raíz del monopolio de la fuerza —que originariamente reposaba fragmentado en el individuo, en la sociedad doméstica o sociedades intermedias⁴⁵—, procura defender algunos intereses vitales de la sociedad toda, sin los cuales esta podría alienarse al punto de poner en riesgo su identidad y seguridad (por ejemplo, vida, salud, subsistencia material, libertad personal, afectividad y sexualidad, vínculos de asistencia y familiares, administración del Estado y sociedades intermedias, el erario público).

⁴² FINNIS, John, *Ley Natural y Derechos Naturales*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, *passim*.

⁴³ Así lo ha entendido también el Magisterio de la Iglesia: “El sujeto de la autoridad política es el pueblo, considerado en su totalidad como titular de la soberanía. El pueblo transfiere de diversos modos el ejercicio de su soberanía a aquellos que elige libremente como sus representantes, pero conserva la facultad de ejercitarla en el control de las acciones de los gobernantes... Si bien esto es un derecho válido en todo Estado y en cualquier régimen político, el sistema de la democracia, gracias a sus procedimientos de control, permite y garantiza su mejor actuación”. (cfr. pto. 395, CDS.)

⁴⁴ Aquí no se resaltan tanto los fines de la pena, sino que en los hechos se produce una limitación grave y excepcional a la vida y libertad de las personas, por lo que reforzar la legitimidad del acto de imposición parece sumamente razonable.

⁴⁵ Una de las evidencias de dicha evolución es la limitación de la venganza a través de la fórmula ojo por ojo diente por diente, que aparece como un primer límite al ejercicio de la justicia por mano propia.

Finnis recuerda que para mantener viva la cooperación social por el amplio “sendero” del bien común antes caracterizado, una vez agotadas infructuosamente las apelaciones a la razonabilidad, es necesario dar a los desobedientes —actuales o potenciales— “un incentivo palpable” y además se debe proporcionar a quienes observen el derecho “el estímulo de saber que no están siendo abandonados a merced de los criminales”⁴⁶. Ahora bien, como ha referenciado Stratenwerth⁴⁷, esa construcción y ese reconocimiento de bienes como vitales y la consecuente criminalidad de su lesión es también el resultado de un proceso social de selección, por lo que, a criterio de quien suscribe, como se desarrollará más adelante, no se puede prescindir —concretamente— de los sujetos en los que reposa originariamente esa selección.

Aquí cabe hacer un alto y referenciar al menos la crítica que realiza Jakobs a la noción de “bien jurídico”, para quien este concepto “... tiene [solo] una justificación parcial”⁴⁸. En este sentido, al tiempo que señala la vaguedad del término respecto del derecho penal, dirige su mirada —para completar la prohibición— a lo que llama la “expectativa garantizada”, que, a su vez, se apoya en el rol que ostenta el sujeto activo sobre todo en la norma. Por eso, para él más que la afectación de bienes jurídicos, el delito es la “desautorización de la norma”⁴⁹ y, en referencia al sujeto, la “falta de fidelidad al ordenamiento jurídico actuada”.

Al colocar en tan alto valor aquellos “bienes jurídicos” —básicos— o, mejor dicho, esas “expectativas sociales” normativizadas de carácter estructurante de la sociedad, se justifica constitucionalmente y en abstracto la imposición de tan graves restricciones a la libertad humana a través de la pena. Sin embargo, para la imposición de la pena en concreto, no alcanzará solo con verificar los bienes lesionados —en abstracto—, sino que, a la par de la antijuridicidad de la conducta, será relevante apreciar —y por qué no, “cuantificar”— cuáles son el daño y los valores sociales vulnerados para

⁴⁶ FINNIS, John, 291.

⁴⁷ STRATENWERTH, Günter, *Derecho Penal, Parte General*, Edersa, Madrid, 1982, 15, citado por YACOBUCCI, Guillermo J., *La deslegitimación de la potestad penal*, Abaco, Buenos Aires, 2000, 108.

⁴⁸ JAKOBS, Günther, “¿Qué protege el derecho penal?: ¿Bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”, en “Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal”, Año 2001, Vol. 7, Número 11, 31.

⁴⁹ *Idem*, 39.

la adopción de un acto adjudicativo contundente y con suficiente razonabilidad —interna y externa— así como con un adecuado nivel de legitimidad⁵⁰.

Una vez más, cobra relevancia la noción de Jakobs, pues aun cuando la norma legal prescribe cierta orientación/delimitación de la expectativa y el rol social rector-normativo, lo cierto es que no alcanza, sino que tales nociones siguen siendo abstractas y genéricas, debiendo ajustarse al caso concreto. En este punto, parece insoslayable para la confirmación de que dicha conducta es una falta de fidelidad al orden jurídico, la referencia a la misma sociedad que así se estructura. Esto es así en tanto el mismo autor refiere que ante el delito se manifiestan dos razonamientos prácticos: i) el uso de la libertad realizado por el autor —sujeto activo del delito— “... no puede ser una conducta rectora”⁵¹; ii) esa conducta “configura una sociedad de estructura distinta”⁵² a la del ordenamiento jurídico. Estos dos puntos de llegada y de partida, a mi entender, suponen y requieren un contacto con la sociedad en concreto y sus valores puestos en juego.

Aquí se resalta la importancia y la gravedad que presupone dar por acreditada una conducta punible y lesiva, su culpabilidad, y atribuir su responsabilidad a alguien e imponer una pena, en tanto: a) enviará un mensaje a la sociedad en torno a la lesión de bienes, y el trasvasamiento expectativas normativas estructurantes y en última instancia de valores esenciales o constitutivos de ella; y b) restringirá libertades fundamentales.

Aun desde otra perspectiva, es interesante el planteamiento de Binder en torno a lo que llama “una tradición de desconfianza y precaución” con origen en la larga historia de abusos de poder que, según el autor, llevó a la construcción del sistema —actual— de garantías penales. Según esta visión, la opción por la verdad, el sistema de garantías y la presunción de inocencia, no es “racional”, sino más bien política: “... fundada en la experiencia y reacción directa frente a la arbitrariedad del poder”⁵³. Aunque desde un fundamento y punto de partida diverso, el autor resalta la gravedad de la decisión estadual

⁵⁰ Yacobucci refiere que el derecho penal nunca podrá ser entendido solo desde la mera noción de fuerza o violencia, sino que como acto del ser humano —dotado de inteligencia y voluntad—, tiene inteligibilidad y reclama siempre una cierta conformidad con el plexo de valores sociales que dan cuerpo e integración a la convivencia política (cfr. YACOBUCCI, Guillermo J. *El sentido de los principios penales*, B. de F Ltda., Buenos Aires, 2014, 38).

⁵¹ JAKOBS, 39.

⁵² *Idem*, 40.

⁵³ BINDER, Alberto M., *Derecho Procesal Penal*, Tomo V, Ed. Ad. Hoc, CABA, 2021, 34.

sobre la vida de las personas, lo que traerá aparejado el máximo esfuerzo en cautela, controles y legitimidad de la decisión al efecto de evitar a toda costa la arbitrariedad. Aquí, si se me permitiera un diálogo con tan eximio profesor, le consultaría si la elección “política” por la “verdad” podría eventualmente modificarse en un Estado de derecho; en otras palabras, ¿es posible la existencia de un sistema penal que no funde sus decisiones, en última instancia, en la razón práctica y en la proscripción de la arbitrariedad o la evitación de la condena de inocentes? Con la salvedad formulada en la inquietud, a mi entender el razonamiento basado en la constatación de la historia de arbitrariedades de graves consecuencias, que no podemos desconocer, parece particularmente luminoso y supone un punto de encuentro válido para el establecimiento de las mayores salvaguardas posibles a fin de evitar la “condena del inocente”⁵⁴.

De lo hasta aquí observado, deduzco que la lesión de bienes jurídicos “vitales” de una sociedad conlleva indefectiblemente la afectación de valores sociales fundamentales, pues como ha referido Welzel, el fundamento real de la pena es la existencia de una conducta —acción u omisión— “... intolerable para la comunidad jurídica a causa de su reprochabilidad ético-social”⁵⁵. Así se desarrolla un diálogo o una comunicación entre el proceso adjudicativo de una pena y estos valores que podríamos conceptualmente organizar en tres momentos: i) la selección de los bienes, los roles y las expectativas que merecen la protección penal en razón de los valores ético-sociales fundamentales —en abstracto—; ii) la constatación de una lesión de dichos valores en concreto; iii) el reaseguramiento —o no— de dichos valores a través de la imposición de la respuesta jurídica. Este último punto se encuentra vinculado con la función de clásica denominada como prevención general positiva de la pena.

Para la realización eficaz de los fines propuestos y en defensa de los bienes y derechos referidos, entre otros elementos, existe un cierto consenso en que las autoridades

⁵⁴ En este sentido, el papa Francisco refirió recientemente: “...La historia nos habla de muchas personas que fueron juzgadas y asesinadas, aunque eran inocentes: condenadas a muerte con la Palabra de Dios, contra la Palabra de Dios. Pensemos en la caza de brujas o en Santa Juana de Arco, y en tantos otros que fueron quemados o ajusticiados, porque según los jueces, «no se ajustaban a la Palabra de Dios». La injusta condena de Jesús es el caso más claro de quien, por ser fiel y haber obedecido la Palabra del Padre, acaba en la cruz...” (Homilía Santa Marta, 11 de abril de 2016).

⁵⁵ WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán*, Editorial Jurídica de Chile, 1993, 18.

que participen del acto de adjudicación del hecho y la imposición de la consecuencia deberían tener un buen grado de legitimidad.

Alguien podría cuestionar la función o relevancia de la legitimidad respecto de la autoridad jurisdiccional, a lo que se podría contestar, en primer lugar, que con la legitimidad de origen y de ejercicio se robustecerá no solo a los actores del sistema jurídico que deberán aplicar el derecho (por ejemplo, fiscal, querella, defensa, juez, jurados) frente a posibles interferencias extrañas, sino que también se acrecentará su ámbito de acción y decisión propias, lo que en última instancia dotará al acto de “imparcialidad” y, por último, fortalecerá —*ex post*— la decisión en tanto el cuerpo social será propenso a escuchar y acatar dicho acto.

Tal como desarrollaré más adelante, el acto adjudicativo final de un jurado —veredicto—, al ser reconocido como consecuencia de la participación social auténtica de los ciudadanos, en quienes reposa el poder originario, en un proceso democrático, reglado, racional y transparente —controlable— tendrá, utilizando las palabras de Nino, un “valor epistemológico”, una mayor posibilidad de acatamiento y un efecto multiplicador en cada uno de los partícipes de dicha decisión.

b) Problema en concreto: la falta de legitimidad del Poder Judicial.

Recientes estudios posicionan al Poder Judicial en el triste primer puesto en cuanto a la “desconfianza” de la ciudadanía argentina, en peor situación que los poderes Ejecutivo y Legislativo⁵⁶; otros informes coinciden esencialmente con la depreciación de la confianza ciudadana respecto de la judicatura⁵⁷. A eso se suma que solo el 19% de las personas encuestadas cree que los jueces y las juezas son imparciales⁵⁸.

⁵⁶ Según el estudio elaborado por el Observatorio de la Deuda Social de la Universidad Católica Argentina de 2018, solamente un 9,4% de las personas encuestadas en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante se abreviará como CABA) confía en el Poder Judicial.

⁵⁷ Conforme el informe realizado en 2017 por las universidades Austral, Belgrano, de Ciencias Empresariales y Sociales, de Palermo, del Salvador, y por la Fundación UADE.

⁵⁸ Un reciente estudio indica en forma concordante: “Los grupos que están peor evaluados son los políticos (desconfía el 90%), los sindicalistas (el 89%), los funcionarios públicos (el 84%), los empresarios (83%) y los jueces (el 81%)” [ver CIS (2016). Informes de Opinión Pública CIS UADE-VOICES Capital social: Confianza en Grupos Sociales. Centro de Investigaciones Sociales (CIS). Fundación UADE. Voices! Research and Consultancy. ISSN 2618-2173, en <https://www.uade.edu.ar/investigacion/centro-de-investigaciones-sociales-cis/informes>].

El expresidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina⁵⁹ ministro Dr. Carlos Rosenkrantz admitió en 2019 que “... los argentinos están perdiendo la confianza en el Poder Judicial...” y apreció que “... estamos a tiempo de revertir esa crisis de legitimidad”⁶⁰.

Más recientemente, en las XIV Jornadas de Derecho Judicial de esta casa de estudios, se mostró preocupado por lo que llamó la “politización del derecho” y la “judicialización de la política”, lo que creyó que tenía su origen en la pérdida de “fe en el derecho”⁶¹.

La existencia de una crisis de legitimidad —de origen⁶² y de ejercicio— que afecta al Poder Judicial es la referencia ineludible para cualquier trabajo o proyecto que abarque su quehacer y su función orgánico-social. En palabras de Sagüés, “... el Poder Judicial se ha encontrado en una seria inferioridad de condiciones si se lo compara con sus «pares» —Ejecutivo y Legislativo— (...) [padece] una debilidad congénita... una crisis de identidad...”⁶³, sufre en múltiples ocasiones de situaciones tensivas de acoso, domesticación y fraccionamiento de parte de los demás poderes⁶⁴.

Siguiendo a Weber, Muñoz Gaviria⁶⁵ ha definido la legitimidad como “un sistema de creencias socialmente compartidas que llena de sentido las acciones e instituciones sociales”. Este concepto permitirá entender y profundizar la relación entre el derecho, la norma y la disposición a la obediencia, en tanto, según se afirma, se requiere una cierta convicción o creencia respecto de la prioridad de las manifestaciones autoritativas.

⁵⁹ En lo sucesivo se aludirá a CSJN.

⁶⁰ Discurso de apertura del año judicial 2019 del entonces presidente de la CSJN, ministro Dr. Carlos Rosenkrantz —en ese período detentaba el cargo de presidente—.

⁶¹ Discurso de apertura a las XIV Jornadas de Derecho Judicial de la Universidad Austral. <https://www.youtube.com/watch?v=Uz2Rbbbasj0&t=3330s>.

⁶² Tal como referencí, algunos sostienen que ostenta un déficit democrático si se lo compara con los demás poderes del Estado.

⁶³ SAGÜÉS, Néstor Pedro, *El Poder Judicial y el equilibrio institucional de los poderes del Estado*, Lexis Nexis, CABA, 2005, 198.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ MUÑOZ GAVIRIA, Diego Alejandro, “Aportes sociológicos de Max Weber para la discusión de lo legal y lo legítimo en el marco de una teoría de la autoridad”, in *Ratio Juris*, pub. 15/06/17, 5. DOI: <https://doi.org/10.24142/raju.v12n24a14>

El profesor Vigo se refirió a las críticas de falta de legitimidad del Poder Judicial⁶⁶ sobre todo en lo atinente a la ausencia de elementos democráticos en su conformación como autoridad y expuso en forma pedagógica diferentes conceptos que daban valor a la función judicial en el Estado de derecho⁶⁷. Aludió a las explicaciones: a) “de carácter ontológico”, en tanto remarcaban que el derecho como elemento intrínseco a la sociedad debía necesariamente contar con la función judicial; b) “constitucionales”, que hacen referencia a la necesaria prevalencia del “mandato del constituyente” sobre los poderes constituidos; c) “democráticas”, orientadas a favorecer los procedimientos participativos en defensa de las minorías. Allí el Poder Judicial debiera ser un árbitro del proceso político e impedir que las autoridades constituidas reformen las reglas del juego en su propio beneficio. Uno de sus principales exponentes, Ely, introdujo la idea de una especie de mecanismo *antitrust* del mercado político⁶⁸; d) las llamadas “formales”, que “apoya[n] la legitimidad de los tribunales en virtudes pasivas procesales, tales como la independencia, sometimiento a la ley, motivación de las decisiones, etc.”⁶⁹; e) las axiológicas, con cierta oposición a las formales, resaltan la necesidad de defensa de los “valores sustanciales”; y f) las históricas, que parten del concreto y efectivo ejercicio de la función judicial incluso para la efectivización del control de constitucionalidad de los demás poderes, en los diversos estados.

Creo que algunas de esas explicaciones, si no todas, contribuyen a la conciencia de la necesidad de un Poder Judicial robusto, con autoridad y capacidad de resolver en un Estado de derecho constitucional y una ciudadanía plural, lo que le confiere una cierta legitimidad teórica. Ahora bien, ello no significa que no se reconozca lo anteriormente referido respecto de la ausencia de legitimidad social, en tanto —en concreto— la sociedad hoy descrea del Poder Judicial y de los jueces, cuyas decisiones, además, llegan demasiado lentas y se visibilizan, en muchas ocasiones, como lejanas al sentir y pensar

⁶⁶ VIGO, Rodolfo, “Poder Judicial y democracia”, en *En torno a la Democracia*, Coord. VIGO, Rodolfo, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 1990, 131.

⁶⁷ Aunque Vigo pone su mirada en lo que hace a la función de “control de constitucionalidad”, también se refiere a la legitimidad de la función judicial respecto de los otros poderes.

⁶⁸ LINARES, Sebastián, “Sobre el ejercicio democrático del control judicial de las leyes”, Universidad de Salamanca. 7/02/2008, 8, http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182008000100008.

⁶⁹ VIGO, Rodolfo, “Poder Judicial y democracia”, 132.

de la ciudadanía. Sin embargo, al momento de analizar el principio de subsidiariedad y el jurado, haré referencia a alguna de estas explicaciones.

El punto de partida descripto “crisis de legitimidad” es complejo y requiere un abordaje multidimensional. Para eso algunos privilegian la transparencia, otros la organización, la calidad —en sentido técnico—, la comunicación, la tecnología en la gestión de los casos, la formación de los agentes, etc.

Lo cierto es que la mentada crisis afecta especialmente al ejercicio del *ius puniendi* en sociedad, con detrimento real de la conciencia —y la expectativa— de que dichos bienes jurídicos y sus valores subyacentes son —y serán— defendidos eficaz, justa y legalmente desde el poder del Estado, con las prerrogativas y el monopolio de la fuerza que la ciudadanía le otorgó en forma primigenia.

c) De los elementos relevantes del Juicio por Jurados que aquí serán utilizados.

Aquí pretendo delinear los elementos que, según mi comprensión, son los mínimos y estructurales del juicio por jurados a fin de lograr una comprensión de la argumentación vertida en el presente trabajo. Esto no supondrá una enunciación exhaustiva de sus características, ni todas las variantes posibles del instituto.

Se ha de recordar hasta el hartazgo que la Constitución Nacional, aun con sus sucesivas reformas, siempre mantuvo la exigencia del juicio por jurados como procedimiento y garantía en los juicios criminales en nada menos que tres artículos (cfr. arts. 24, 75 inciso 12 y 118, CN). Por otra parte, dicha inclusión primigenia no emergió aislada, sino como fruto de un proceso que tuvo al menos dos antecedentes de proyectos constitucionales elaborados en el marco de la llamada Primera Junta: El proyecto de la Sociedad Patriótica⁷⁰ y el de la Comisión Ad hoc⁷¹.

⁷⁰ Este proyecto de Constitución estableció el juicio por jurados como norma general para todo “juicio criminal” -art. 175- y también lo incluyó explícitamente para los delitos contra la religión -art. 15-, para los delitos que presupongan un abuso de la libertad de prensa -art. 212- y finalmente, mediante una cláusula que consagra que “Ningún ciudadano puede ser desterrado o confinado a pretexto de una medida de precaución sin pasar antes por el juicio de jurados” -art. 189-. (Proyecto de Constitución Nacional elaborado por la Sociedad Patriótica en el marco de la Asamblea del Año 1813.) https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/proyecto-de-constitucion-de-la-sociedadpatriotica/html/6d95c592-cdc6-439c-bbf6-6cfd2752428f_2.html

⁷¹ Este proyecto incluyó dos artículos atinentes al instituto. EL art. 22: “El proceso criminal se hará por jurados y será público; el art. 23: “Los jueces de lo criminal aplicarán la Ley después que los ciudadanos hayan sido declarados culpables por sus iguales. La Ley determinará la forma de este juicio, la fuerza de sus sentencias y el lugar en que deben pronunciarse, según convenga mejor al interés del Estado.”

Por mucho tiempo las legislaturas han omitido dicho mandato constitucional, al punto que Sagüés señaló que dicha exigencia podría haber caído en un desuetudo sociológico⁷². Bidart Campos, en cambio, remarcó que la letra del art. 118 de la Constitución Nacional prescribe como mandato el instituto “...luego que se establezca en la república esta institución” y por tanto “La frase permite inferir que la voluntad del constituyente consiente dilatar el funcionamiento del jurado hasta que el congreso lo implante cuando lo considere oportuno”⁷³. Hoy se puede visibilizar el ocaso de esta polémica, pues ya al menos las provincias de Córdoba, Neuquén, Buenos Aires, Río Negro, Chaco y Mendoza han instaurado el jurado de forma creciente y la Corte Suprema de Justicia de la Nación recientemente ha confirmado el camino recorrido⁷⁴.

Procuraré atender a las características de relevancia práctica sobre todo respecto de la modalidad clásica, que no solo es la de mayor divulgación, sino también la más probada a lo largo del devenir histórico. Además, es la modalidad que los constituyentes —presumiblemente— tuvieron en consideración al incluirla en la Constitución Nacional. Esto no implica que una forma diversa del Jurado, como lo es la escabinada⁷⁵, se aleje de la prescripción constitucional, que en su letra es verdaderamente escueta y no añade mayores precisiones⁷⁶.

El Juicio por jurados penal es un sistema de participación de la ciudadanía en el proceso de aplicación de una sanción penal. En su modalidad clásica intervienen doce (12) ciudadanos sin versación previa en derecho que emitirán el veredicto: culpable o no culpable, en el marco de un juicio oral y público. El Juez orienta a los jurados respecto del derecho aplicable y custodia el debido proceso —la efectivización de las garantías penales y procesales— durante el juicio. Las partes cobran un gran protagonismo ya que fundamentan racionalmente tanto la acusación, como la defensa material y técnica en la

(cfr. Proyecto de Constitución Nacional de la Comisión ad-hoc elaborado en el marco de la Asamblea del año 1813; https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/proyecto-de-constitucion-de-la-comision-ad-hoc--/html/2b795fd7-e27f-43b1-ad02-88f45e2321da_2.html#I_53)

⁷² SAGÜÉS, Néstor P. *Derecho constitucional. Teoría de la Constitución*. Editorial Astrea, 2017, *Passim*.

⁷³ BIDART CAMPOS, German, *Manual de la Constitución Reformada*, Tomo I, Ediar, 2006, 19.

⁷⁴ Cfr. CSJN, “CANALES, Mariano Eduardo y otro s/ homicidio agravado - impugnación extraordinaria”, resuelto el 02/03/2019.

⁷⁵ Modalidad adoptada en la Provincia de Córdoba (cf. Ley provincial N° 9.182).

⁷⁶ Alberto Binder expresó que si bien el constituyente tenía en vista la modalidad clásica del jurado, esto no obsta a la existencia de otras formas, pues el texto constitucional solo exige la existencia del jurado, sin calificaciones (cfr. BINDER, Alberto, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Ed. Ad Hoc. 1999, 111.)

audiencia de juicio y presentan objeciones que servirán como antecedente frente a una eventual apelación.

La modalidad escabinada trae como principal diferencia la diversa conformación del jurado y añade jueces profesionales a los jueces legos. Otra diferencia radica en la elaboración/explicitación por parte de los jueces profesionales de lo que consideran los “fundamentos” del veredicto⁷⁷.

Como elementos estructurantes del jurado clásico o “puro” aquí enunciaré: i) la conformación del jurado —sorteo, excusaciones y recusaciones—; ii) las instrucciones del Juez al Jurado; iii) la centralidad de la audiencia de Juicio —debate y producción de prueba—; iv) juicio de cesura; v) doble conforme —revisión judicial y proscripción de arbitrariedad—.

i) La conformación del Jurado.

Como se ha dicho, el Jurado representa en forma directa al pueblo, en tanto es elegido por sorteo, sin mediar en primera instancia otro mecanismo, salvo su incorporación al padrón, la aleatoriedad y los impedimentos legales propios de cada sistema: vgr. saber leer/escribir/hablar el idioma nacional; tener domicilio en la jurisdicción; en algunos casos formar parte de los pueblos originarios; integrar el cupo por género, ser mayor de 18 años, etc.

Una vez realizado el sorteo para un caso concreto y notificadas una cantidad de ciudadanos que suele triplicar —según cada sistema— a los doce (12) y sus suplentes, se realiza la audiencia llamada de *Voir Dire*. Allí se inicia el proceso de excusaciones y recusaciones. Es una carga pública ser jurado, sin embargo, los seleccionados pueden excusarse por alguna de las causales previstas, aunque debe tenerse en cuenta que en líneas generales el padrón debiera encontrarse depurado de las personas que presenten incompatibilidades (vgr. ser funcionario electo, ministro, funcionario jerárquico, ministro religioso, etc.).

Respecto de las recusaciones, se procederá primero con causa a través del pedido formulado por las partes en la audiencia y sustanciación de por medio; luego se recusará

⁷⁷ El art. 44 de la Ley de la Provincia de Córdoba N° 9.182 establece la explicitación de la “fundamentación lógica y legal” del veredicto por parte de los jueces profesionales que integran el jurado.

sin causa a tantos potenciales jurados. Así se obtiene a los doce (12) ciudadanos que efectivamente lo integrarán —y sus suplentes conforme cada sistema—. Para esta tarea se suelen relevar datos pertinentes de los/as posibles jurados y en su caso, realizar una lista de preguntas, bajo el control de la otra parte y la anuencia del/de la juez. Son las partes las que deben generar elementos/información relevante para convencer al/a la juez del peligro de parcialidad de un/a jurado y dar lugar a la contra argumentación de la otra parte al respecto. En cambio, en la recusación sin causa las partes hacen uso de la facultad de exclusión de uno o varios jurados (dependiendo de la regulación) sin referencia alguna a las características de la personalidad del sujeto o los fundamentos del pedido de apartamiento.

Toda este sub-proceso incide sobre la legitimidad de origen de los elegidos y también despeja en el caso concreto los temores de parcialidad, en tanto las partes podrán desechar la presencia de alguno/s de los jurados que a su criterio podrían ser adversos y/o tener prejuicios.

ii) Las instrucciones del Juez al Jurado

Luego, cobra relevancia la elaboración participativa de las instrucciones en tanto serán la orientación e ilustración del Juez respecto del derecho aplicable. Suele efectuarse en diversos momentos, brevemente al iniciar el debate y con mayores explicitaciones con anterioridad a que el Jurado se retire a deliberar. Su elaboración no es solo trabajo del Juez profesional, sino que sobre todo supone el ejercicio de un amplio control por parte de la acusación y la defensa. En todos los sistemas las partes pueden proponer, discutir y, en su caso, objetar, las palabras con las que el/la Juez indicará al jurado cuáles son las pautas que el derecho ofrece o impone al efecto de la valoración de los hechos.

En las instrucciones iniciales el Juez suele advertir al jurado sobre las reglas del debate y alguna cuestión de valoración probatoria. En las instrucciones finales el magistrado suele nutrir al jurado con conocimientos básicos sobre la duda razonable, la inimputabilidad, las causas de justificación, las reglas mismas para la emisión del veredicto, los delitos incluidos en la acusación, etc. Tienen especial importancia -para la eventual revisión de la alzada- las oposiciones, las objeciones y las reservas que efectúe la parte agraviada. Las instrucciones así elaboradas constituirán el marco racional que, junto a la acusación, la defensa ejercitada y la audiencia, darán fundamento al veredicto.

En este sentido, la ley por jurado de la Provincia de Buenos Aires indica: “las instrucciones del juez al jurado constituyen plena y suficiente motivación del veredicto” (cfr. art. 101, Ley PBA N° 14543 -Texto sistematizado- con las mod. por la Ley 14.589). Con más exactitud la Ley de jurado de la CABA expresa: “Las instrucciones de el/a Juez/a al Jurado, el requerimiento de elevación a juicio y el registro íntegro y obligatorio del juicio en taquigráfica, audio y/o video constituyen plena y suficiente base para el control amplio de la decisión.” (cf. art. 6, Ley de Juicio por Jurados de la CABA, L.C ABA N° 6.451).

iii) La centralidad de la audiencia de Juicio.

En tercer lugar, resalto la centralidad que cobra —realmente— en este instituto la audiencia oral y publica que precederá a la deliberación del Jurado y al veredicto. Alguien podría objetar que actualmente en los juicios profesionales también se produce una audiencia oral y publica, sin embargo, la audiencia ante jurados legos e imparciales — que han sido objeto de amplios controles— que son mucho más ajenos a la temática a tratar, en tanto carecen *prima facie* de experiencia y conocimientos atinentes a la problemática, es difícilmente comparable con la presencia de un juez profesional. Además cabe considerar que los jurados no han conocido detalles del caso en los pasillos de los tribunales, ni han tenido acceso al expediente o la prueba escrita —salvo que se la incorpore a través de los testigos correspondientes—, todo lo cual produce un efecto contundente: la prueba y los alegatos vertidos en el juicio realmente incidirá —o al menos preponderantemente— en el veredicto final. Esta audiencia además es grabada siempre en el sistema, lo que posibilitará conocer exhaustivamente lo único necesario para comprender la razonabilidad del veredicto: la audiencia, las instrucciones del Juez, la acusación, las defensas erigidas.

iv) Veredicto y juicio de cesura; calificación.

Al concluir la audiencia de debate con los alegatos finales incluidos, el jurado se retira a deliberar. Una vez culminada la deliberación, un representante del Jurado —suele denominarse presidente— dará aviso al funcionario o empleado encargado de asistir a ese cuerpo que se ha arribado a una decisión. En la versión más pura del instituto el veredicto se alcanza por unanimidad. Algunos sistemas admiten mayorías calificadas para todos o ciertos delitos. Ya en la sala de audiencias, el Juez profesional consultará por el veredicto,

que podrá ser: no culpable, culpable con la especificación del delito por el que fue acusado u otro menor incorporado o inimputable.

Después de un intervalo de tiempo para que las partes puedan producir prueba respecto de la concretización de la pena o en su caso, la medida de seguridad que podría ser adoptada, se realiza la audiencia de cesura en la que el Juez profesional adopta una decisión definitiva sobre la pena o medida. En este caso, la decisión del juez sí será motivada.

v) Doble conforme —revisión judicial y proscripción de arbitrariedad—.

Tal como se ha señalado, la “íntima convicción” y la falta de motivación no significa ausencia de fundamento. Aquí cobra relevancia que la razonabilidad y fundamento del veredicto no radica en un escrito formulado por alguien, sino en una cuantiosa multiplicidad de elementos que permiten, inferir las razones que condujeron al jurado a tal decisión: sobre todo los alegatos de las partes, las instrucciones del Juez y la prueba producida. Para lograr un acceso acabado de las instancias superiores a estos elementos, muchas de las leyes que instauraron el jurado indican expresamente que se grabará la audiencia de Juicio y no solo se llevará registros escritos.

En la etapa recursiva se garantiza la habilitación de la segunda instancia al condenado. En cambio, tanto el acusador público o el privado se encuentran restringidos para solicitar una modificación del veredicto de no culpabilidad o de inimputabilidad, pero si pueden apelar el juicio de cesura del Juez profesional.

Harfuch ha señalado que la amplitud del recurso propugnada en nuestro precedente “Casal” es desde hace mucho tiempo la regla en los sistemas de juicios por jurados, con un extenso desarrollo respecto del derecho probatorio, las “reglas de evidencia” y la convicción —o la duda— que la prueba producida razonablemente genera⁷⁸. La reciente Ley de Jurados de la CABA explicita los motivos para la revisión del veredicto: “a) La inobservancia o errónea aplicación de las reglas referidas a la constitución y recusación del Jurado y a la capacidad de sus integrantes, cuando hubiera hecho protesta en el momento oportuno; b) Cuando se hubieran cuestionado oportunamente las instrucciones al Jurado y se entendiera que éstas pudieron condicionar

⁷⁸ HARFUCH, Andrés, Inmotivación, secreto y recurso amplio en el juicio por jurados clásico, Revista Derecho Penal. Año I, N° 3. Ediciones Infojus, p. 113, Id SAIJ: DACF130006, 93.

su decisión; c) Ante la arbitrariedad de la decisión que rechace o admita medidas de prueba, de modo que se hubiera cercenado el derecho de defensa en juicio y condicionado la decisión del jurado; d) Cuando el veredicto fuere arbitrario o se apartare manifiestamente de la prueba producida en el debate” (cfr. art. 67, Ley de Juicio por Jurados de la CABA, L.CABA N° 6.451). En el mismo sentido se pronuncia la normativa de la PBA (cfr. art. 448, Ley PBA N° 14543 -Texto sistematizado- con las mod. por la Ley 14.589).

Ya desde hace unos años en nuestro país las Cámaras revisoras se encuentran abocadas con amplitud al control del veredicto y sus fundamentos racionales. En un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, se afirmó respecto de la actividad de la Cámara revisora: “...el tribunal revisor analizó uno a uno los testimonios prestados en el juicio con indicación precisa de su ubicación dentro del registro audiovisual mediante la cita de los minutos donde ocurrieron, evaluó las evidencias restantes, abordó y descartó las distintas hipótesis presentadas por la defensa de los encartados y concluyó en la suficiencia probatoria como para despejar toda duda razonable y avalar la decisión del veredicto de culpabilidad y sentencia.”⁷⁹. Se puede observar que tanto para la Cámara como para el Superior tribunal y para las partes, resulta asequible la valoración de la prueba producida y las razones que llevaron al veredicto, al efecto de discutir su legalidad y su razonabilidad extrínseca e intrínseca, procedimental y sustancial.

La función de la Cámara revisora no pasa por la realización de un nuevo juicio, sino por estimar la suficiencia probatoria; que la prueba producida ante el Jurado haya sido real, es decir, existente -no falaz-, válida, legal y suficiente, para tener por comprobado más allá de duda razonable, la existencia del hecho y su autoría.

Hasta aquí he formulado una breve síntesis de los elementos que me parecen relevantes del Jurado a los fines de explicitar como en la práctica se produce la participación efectiva del ciudadano —tal como se explicitará— de acuerdo al principio de subsidiariedad.

⁷⁹ SCJPBA, “AREF, Vanesa Anahí; BERTOLANO, Brian Nicolás y MORALES GÓMEZ, Nicolás s/ Recurso extraordinario de inaplicabilidad en causa n° 75.937 del Tribunal de Casación Penal, Sala I”, resuelto el 06/11/2019.

V. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD AL JUICIO POR JURADOS.

Como ya se ha referido, este principio realza y defiende al individuo para que pueda concretar aquellos bienes que están realmente en el ámbito de sus propias capacidades. Aun cuando el ejercicio del *ius puniendi* y la titularidad de la acción penal pública reposa en el Estado, específicamente en los representantes del interés de la sociedad, no puede perderse de vista que, en última instancia, la soberanía, según el texto constitucional, radica en el pueblo de la nación argentina (cfr. preámbulo de la Constitución Nacional, en adelante CN). A su vez, desde una lectura consecuente del art. 22 de la CN⁸⁰, cabe entender que el pueblo delibera y gobierna “... por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución”, incluidas las establecidas en los artículos 24, 75 inciso 12 y 118 también de la CN, que consagran el instituto aquí impulsado —la garantía y el proceso del juicio por jurados—.

Aquí tomaremos distancia por un momento de la manda constitucional para advertir desde una relectura del principio de subsidiariedad que el juicio por jurados se erige como una verdadera alternativa a la crisis antedicha —legitimidad—, propiciando el empoderamiento del ciudadano.

Como se ha indicado, el principio de subsidiariedad fue abordado por la doctrina penal clásica con un sentido análogo al aquí propuesto, aunque limitado a su faz negativa —limitativa de la acción y sanción respecto del imputado—, emparentando este principio con el de *ultima ratio*⁸¹. Tal criterio solo circunscribe la aplicación a la protección de “bienes jurídicos de trascendencia”, pero olvida al sujeto que efectivamente vivencia tales valores esenciales y sustanciales: el ciudadano. Este, además, cuando integra el órgano social y deliberativo “jurado” en un proceso transparente y permeable a críticas y objeciones, ostenta una inmensa legitimidad social para aplicación del castigo.

⁸⁰ “El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución” (Cfr. art. 22, CN).

⁸¹ En este sentido, G. Yacobucci retoma ese significado entendiendo a la “subsidiariedad” como principio derivado y aplicable al derecho penal, emparentándolo con la última *ratio* del sistema penal y con la adopción mínima de la “violencia” para salvaguardar la dignidad humana y el bien común político. (YACOBUCCI, Guillermo J., *El sentido de los principios penales*, B. de F Ltda., Buenos Aires, 2014, *passim*).

Se propone la aplicación del instituto del juicio por jurados en cuanto logra una integración del individuo y sus capacidades propias al efecto de emitir un juicio —veredicto— realmente trascendente sobre los hechos que privarán —o no— la libertad de un conciudadano y, a la vez, generará una cadena de efectos positivos —integradores y comunicadores de los valores sociales fundamentales—. Así, entiendo que esta alternativa —jurado— se torna valiosa cuando se aprecia desde una lectura del principio de subsidiariedad.

a) De la centralidad del ser humano y del desarrollo de su propia capacidad.

Desde hace algún tiempo, en el plano del derecho internacional se procura “situar nuevamente a las personas en el centro del proceso de desarrollo”⁸², entendido como un proceso de ampliación de su capacidad. Esto llevó a los Estados a revisar los conceptos de desarrollo sostenible e incluso a la conformación del llamado “índice de desarrollo humano”. Y condujo también a la profundización del principio de participación⁸³ y del de subsidiariedad, a los fines del progreso de las sociedades modernas.

Con aplicación de estos principios a la vida política e institucional del Estado, se afirmó: “... mientras más se desplacen hacia abajo las instancias de toma de decisiones, más probablemente resultará fortalecida la vida comunitaria”⁸⁴.

Ahora bien, en lo que aquí nos concierne, algunos detractores del juicio por jurados e impulsores del mantenimiento del poder del juez profesional en lo relativo al juicio de los hechos probados y el derecho aplicable han referido —a veces en forma solapada— una especie de incapacidad gnoseológica del individuo no formado en las artes jurídicas para emitir tal juicio. En primer lugar, no hay evidencia empírica de que la emisión del veredicto —culpable o inocente— sobre la base de los elementos de prueba vertidos en el juicio —audiencia oral— y los elementos jurídicos brindados por el juez sea inalcanzable para el jurado popular. Contrariamente, se efectuaron estudios que

⁸² MARGEMAT PERALTA S.I., José M., IBÁÑEZ RUIZ DEL PORTAL, Eduardo, “Soberanía y subsidiariedad para un desarrollo humano integral”, *Revista de Fomento Social* 72/3-4 (2017), 469.

⁸³ *Idem*, 474.

⁸⁴ ALVARADO, Claudio, GALAZ, Eduardo, “Subsidiaridad y vida pública: una mirada a los orígenes”, en AAVV. *Subsidiariedad. Más allá del Estado y del mercado*. ORTÚZAR, Pablo (editor) ORTÚZAR, Santiago (coord.) Santiago de Chile: Institutos de Estudios de la Sociedad (IES), 2015, pág. 37, citado en Eliana De Rosa, “Paternalismo populista y principio de subsidiariedad: acerca de la imposibilidad del populismo para garantizar derechos fundamentales”, *Revista RYD República y Derecho* / ISSN-L 2525-1937 / Volumen IV (2019) / Dossier Facultad de Derecho / Universidad Nacional de Cuyo / Mendoza – Argentina, 12.

indican que el jurado es propenso a coincidir con las decisiones de los jueces profesionales⁸⁵. En un relevamiento se concluyó: “Los resultados de las investigaciones empíricas sugieren que la introducción de jurados o de jueces legos como determinadores de los hechos puede dar lugar a diferencias modestas en la resolución de las causas. Los jurados legos y los jueces profesionales son propensos a coincidir. Cuando ellos difieren, en la mayoría de los casos, los jurados legos se inclinan a ser más favorables hacia los acusados que los jueces profesionales”⁸⁶.

Esta objeción y su respuesta se encuentran vinculadas con el primer presupuesto para la aplicación del principio de subsidiariedad, que exige la conservación de la facultad y el ámbito en el que el individuo resulta competente y hábil, aun cuando el Estado deba prestar una asistencia.

Respecto de la capacidad gnoseológica para emitir un juicio, sin perjuicio de la coincidencia empírica antes mencionada, cabe referir que el juicio de acreditación probatoria del hecho endilgado debe responder a criterios de razón práctica —en nuestro ámbito, “sana crítica racional”— y amplitud probatoria que, aun con un desarrollo de la ciencia jurídica, no se alejan de la comprensión ciudadana *per se*, más aún si se considera que se contará con la asistencia del juez y las partes para la explicitación del derecho.

Será el sentido común el que permita al jurado, con la asistencia del juez en sus instrucciones, deliberación de por medio y desde la evidencia rendida en el juicio, arribar a una solución —controlable— sobre la ocurrencia del hecho más allá de duda razonable. En este sentido, Harfuch ha señalado insistentemente respecto de las altas posibilidades de control y la “amplitud recursiva”⁸⁷ del veredicto a partir de las inferencias lógicas de las pruebas producidas en el juicio —sin el acceso al expediente escrito—. El autor también resalta el desarrollo de un derecho probatorio y las prácticas de revisión de

⁸⁵ Según un estudio reciente, un 83% de los jueces profesionales y los jurados coincidían en su veredicto; la diferencia radicaba principalmente en que un 13% de los jueces profesionales condenaban (Estudio de KALVEN y ZAISEL citado en HARFUCH, Andrés, *Juicio por jurados. Investigaciones sobre la Deliberación, el Veredicto y la Democracia. Colección Jurados y Participación Ciudadana en la Administración de Justicia*, Ad Hoc, CABA, 2014, 12.

⁸⁶ HARFUCH, Andrés, *Juicio por jurados. Investigaciones sobre la Deliberación, el Veredicto y la Democracia. Colección Jurados y Participación Ciudadana en la Administración de Justicia*, Ad Hoc, CABA, 2014, 12.

⁸⁷ HARFUCH, Andrés, *Inmotivación, secreto y recurso amplio en el juicio por jurados clásico*, Revista Derecho Penal. Año I, N° 3. Ediciones Infojus, p. 113, Id SAIJ: DACF130006, 127.

veredictos en los países donde el instituto ya forma parte de la cotidianeidad jurídica, aun con inclusión de las cuestiones de hecho y de valoración probatoria y con anterioridad a los clásicos precedentes citados en nuestro ámbito nacional “Herrera Ulloa”⁸⁸ y “Casal”⁸⁹.

Con cierta correspondencia con lo anteriormente señalado, tampoco el juicio de subsunción debiera ser tan complejo que imposibilite su comprensión para la población general, pues lo contrario implicaría —lógica y necesariamente— la imposibilidad de exigir el cumplimiento de la norma penal al ciudadano ordinario. En este sentido, si la prohibición encarnada por la norma es obligatoria y se presume conocida, el ordenamiento asume su cognoscibilidad. Así no solo se afirma aquí que el ciudadano debiera poder comprender el deber infraccional y los valores que lo sostienen, sino que, además, dicho acto intelectual será también relevante para establecer cuál era la comprensión que debía tener el sujeto activo al momento de la realización de la conducta. Así esa cercanía gnoseológica —y, por qué no, afectiva y situacional— entre el sujeto enjuiciado (imputado) y sus jueces (el jurado) —ambos ciudadanos— resulta un elemento cualitativamente apreciable.

Es interesante mencionar respecto de este punto que Finnis, al situar el concepto de “razón práctica” en el centro de la comprensión del derecho —no como un salto lógico de los hechos al derecho—, precisa siguiendo a Tomás de Aquino “que el razonamiento práctico no comienza comprendiendo esta naturaleza como desde fuera, mediante observaciones y juicios psicológicos, antropológicos o metafísicos, que definan la naturaleza humana, sino experimentando la propia naturaleza, por decirlo así, desde adentro, bajo la forma de las propias inclinaciones. Uno no juzga que «yo tengo (o todos tienen) una inclinación a aprender sobre las cosas» y entonces infiere que por ende «el conocimiento es un bien que ha de ser perseguido». Más bien, por un simple acto de comprensión no inferencial uno capta que el objeto de la inclinación que uno experimenta es un caso de una forma general de bien, para uno mismo (y para otros semejantes a uno)”⁹⁰.

⁸⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, Sentencia de 2 de julio de 2004.

⁸⁹ Corte Suprema de la Nación Argentina, Exp N° 1681 “Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa”, 20 de diciembre de 2005.

⁹⁰ FINNIS, 67-68.

Además, es incontrastable que “... las concepciones ético-sociales desempeñan un papel clave, pues el derecho penal castiga generalmente como delito las infracciones graves de las normas de la ética social”⁹¹. Así, si bien el principio de legalidad impone que los tipos delictivos sean establecidos por ley y con anterioridad al hecho, lo cierto es que si estas conductas constituyen infracciones graves a las normas ético-sociales, pareciera ser razonable y conveniente que el proceso aplicativo concreto de la pena requiera —no prescinda de— la apreciación del cuerpo social: la ciudadanía. En este punto, una vez más, resalto la visión de Jakobs al referir que no basta con la noción abstracta de bien jurídico, sino que será necesario conocer cuál es la “expectativa garantizada” por el ordenamiento jurídico que estructura la sociedad⁹². De este modo, a mi parecer, si estas expectativas, estos roles y estas normas están en la conformación del cuerpo social, no solo cabe la presunción de conocimiento respecto de la norma ética fundante, sino que también su lectura y aplicación por parte de ciudadanos “pares” resulta relevante. Insisto en que no se trata de normas que encarnan valores secundarios, sino primarios y presuntamente incuestionables, en tanto deben gozar de un amplio consenso social para la aplicación de consecuencias tan graves, aun cuando no sean absolutamente invariables.

En el acápite, relativo a la formación del concepto de subsidiariedad, hemos hecho referencia a Taparelli D’Azeglio, quien también observó que la cercanía existencial al sujeto permitía la adopción de una decisión de razón práctica más adecuada: “... cuando se trata de aplicar estas disposiciones universales dentro de las sociedades menores a los individuos que hacen parte de ellas, esta aplicación individual puede hacerla mejor quien mejor conoce los individuos y está en contacto con ellos”⁹³.

Desde el progresivo desgaste del positivismo y de la pretensión de una interpretación meramente mecánica o lógica en sentido cartesiano de la subsunción legal, y, a la vez, desde la comprensión de la complejidad hermenéutica que supone la interpretación de la norma en el caso concreto, en relación con los valores ético-sociales que la fundamentan —y dan sentido—, se puede visibilizar también el mayor protagonismo que cobra el intérprete en lo que se refiere a los hechos verificados —

⁹¹ CILLERUELO, Alejandro R., *Derecho Penal Parte General*, 38.

⁹² JAKOBS, *passim*.

⁹³ TAPARELLI D’AZEGLIO Luigi, 415.

derecho probatorio— y el derecho de fondo aplicable. En este sentido, un profesor de la casa de estudios refirió: “Hoy en día resulta difícil no advertir las constantes referencias que hace el derecho a criterios valorativos y el destacado papel que dichos criterios desempeñan en las decisiones judiciales”⁹⁴.

En este punto, el actor jurisdiccional que ostente el poder-deber de producir una declaración culpabilidad penal requiere hoy una legitimidad —de origen y ejercicio— importante. Me atrevo a referir que tal peso —en su totalidad— no puede ni debe recaer en una sola persona o parte del proceso, sino que ha de ser reconducido y sobrellevado desde una vinculación concreta con el poder originario —la ciudadanía—.

En contraste con la preponderante centralización del poder de juzgar en manos del juez profesional, Aristóteles refirió que un ciudadano debía ser definido, más que por cualquier otro rasgo, por su participación en las funciones de gobierno y judiciales⁹⁵, estableciendo como condición *sine qua non* que este debía participar de la función deliberativa y “judicial”⁹⁶.

Observo que, por mucho tiempo, se ha menospreciado la perspectiva y capacidad relativa al conocimiento del ciudadano común, quien no solo se encuentra plenamente capacitado para advertir la lesión del bien jurídico, la infracción de la norma —con asistencia del juez del derecho— y los valores en ella representados, sino que además es el más idóneo para juzgar la conducta de un “par” comenzando desde su propia comprensión.

Insisto, el desarrollo de la amplia revisión a través de su contenido, exógeno y endógeno tal como indica Harfuch⁹⁷ en relación con Taruffo, da cuenta de la posibilidad de examinar la “razón”, la inteligibilidad y los nexos lógicos del veredicto del jurado, lo que permite inferir la capacidad del jurado para tal acto. La Corte Europea de Derechos

⁹⁴ ETCHEVERRY, Juan B. “La relevancia del derecho que remite a la moral”, publicado en el *Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho* 223. (<https://riu.austral.edu.ar/bitstream/handle/123456789/483/La%20relevancia%20del%20Derecho....pdf?sequence=1>)

⁹⁵ “Un ciudadano sin más por ningún otro rasgo se define mejor que por participar en las funciones judiciales y en el gobierno” (ARISTÓTELES, *Política*. 153)

⁹⁶ “... quien tiene la posibilidad de participar en la función deliberativa o judicial, a ese llamamos ciudadano de esa ciudad; y llamamos ciudad, por decirlo brevemente, al conjunto de tales ciudadanos...” (ARISTÓTELES, *Política*. 155-156).

⁹⁷ HARFUCH, 126.

Humanos desarrolló esta cuestión e indicó que las múltiples preguntas e instrucciones que se dan al jurado componen un argumento que da base a la decisión, que estas precisiones compensan con adecuación la falta de motivación⁹⁸ y que generan un “recuadro o marco de razonabilidad” y evitan el riesgo de la arbitrariedad⁹⁹. Esto fue retomado recientemente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁰⁰ en el caso “V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua”¹⁰¹, y finalmente por la Corte Suprema Argentina en “Canales, Mariano Eduardo y otro s/ homicidio agravado - impugnación extraordinaria”¹⁰². La idea que subyace y es retomada por estos tribunales radica en la necesidad de un examen integral del juicio por jurados a los efectos de reconocer no solo su legalidad, sino también su razonabilidad interna y, en última instancia, los motivos que habrán conducido al jurado, con la prueba y los alegatos vertidos en el debate, a emitir un veredicto de convicción “más allá de duda razonable”.

La CSJN, además, se ha inclinado por una valoración optimista —se entiende, realista— de la capacidad de los ciudadanos para arribar a una solución justa y adecuada; a la par, consideró la capacidad del juez lego para enriquecer la decisión jurisdiccional del siguiente modo: “... el juicio por jurados es una alternativa que permite conjugar la «precisión» propia del saber técnico con la «apreciación» propia del saber popular, congregando la garantía inherente al debido proceso y la percepción de la realidad propia de una decisión basada en el sentido común”¹⁰³.

Como se evidenció empíricamente y de acuerdo con lo reflejado por Harfuch¹⁰⁴, los jurados legos son propensos a coincidir con los profesionales en el veredicto. Esto también fue relevado en los incipientes estudios realizados en nuestro país, principalmente en las provincias de Neuquén y Buenos Aires¹⁰⁵. El pueblo y sus

⁹⁸ Cfr. STEDH, Caso “PAPON c. FRANCIA”, resuelto el 07/06/2001.

⁹⁹ Cfr. STEDH, Caso “TAXQUET v. BÉLGICA”, resuelto el 06/10/2010.

¹⁰⁰ En adelante, Corte IDH.

¹⁰¹ Cfr. Corte IDH, “V.R.P., V.P.C. y otros vs. NICARAGUA”, resuelto el 08/03/2018.

¹⁰² Cfr. CSJN, “CANALES, Mariano Eduardo y otro s/ homicidio agravado - impugnación extraordinaria”, resuelto el 02/03/2019.

¹⁰³ *ibid*, considerando 20 del voto de la mayoría.

¹⁰⁴ Cfr. HARFUCH, Andrés, “Inmotivación, secreto y recurso amplio en el juicio por jurados clásico”, *Revista Derecho Penal*, Año I, N° 3, Ediciones Infojus, *passim*.

¹⁰⁵ SCHIAVO, Nicolás, “El juicio por jurados. La experiencia de Buenos Aires y Neuquén”, *Revista Ius et Praxis*, Año 25, N° 2, 2019, 223-260.

representantes directos —los jurados— pueden comprender y juzgar los actos de sus conciudadanos más allá de toda duda razonable, con la asistencia obvia y necesaria del juez profesional y de los órganos de apoyo ya ensayados en la práctica anglosajona y recientemente en la Argentina.

Ahora volviendo al principio de subsidiariedad, cabe remarcar que en su faz negativa —requiere una omisión por parte del Estado y organizaciones superiores— subyace lógicamente la confianza en la persona y su capacidad gnoseológica y volitiva, su aptitud —razón práctica— para discernir, discutir, motivarse en el bien y comunicar los valores alcanzados a través del proceso de deliberación a otras personas. En este sentido, el juicio por jurados es el único instituto jurídico penal que, además de ostentar raigambre constitucional en nuestro país, permite una adecuada responsabilización del ciudadano para la adopción de una de las más importantes decisiones con consecuencias graves sobre la vida de un conciudadano, enviando a la vez un mensaje a todo el cuerpo social.

A la luz de tal principio, también podemos observar que la centralización —“unificación” en términos aristotélicos— de todo ese poder en un juez profesional es una carga que no solo atenta contra la función jurisdiccional, sino que además desgasta al propio sistema centralizador y burocrático.

En lo relativo a la faz activa del principio, el instituto no coloca irracionalmente toda la decisión en manos del jurado, sino que lo hace a través de un proceso reglado, que custodia la imparcialidad de los integrantes, mediado a su vez por el juez y todos los organismos de apoyo —jurisdiccionales y administrativos— que coadyuvan —en subsidio— al jurado al explicitar el derecho que deberá aplicar, y dan apoyo a sus necesidades propias, otorgando un marco de racionalidad al proceso decisional. En este sentido, cobra relevancia la faz activa del principio, en tanto prescribe la capacitación y cooperación a fin de que el individuo pueda realizar las conductas que se encuentran dentro de su propio ámbito.

En este plano, quien haya observado un juicio oral y público con jurados seguramente podrá advertir que la labor del juez no se empequeñece, sino que se precisa respecto de la formulación de las instrucciones, el control de la prueba, la resolución de las objeciones, etc. Esa tarea cobra más relevancia al advertirse que el jurado solo cuenta

con lo que sucede en la audiencia, al menos de forma mucho más drástica que el juez profesional, al no poder acceder a otros elementos —escritos, actas, partes del expediente o legajo, etc.—. También el juez controlará el decoro y el orden en la audiencia a los fines de dotar y facilitar al jurado de un espacio genuino y auténtico para la construcción del veredicto. Cabe resaltar que este arduo trabajo del buen juez en la audiencia tendrá repercusión en su posición de “tercero imparcial” y, de alguna forma, lo comprometerá en menor o mayor medida respecto de la decisión final, otra razón para concentrar su actividad en ese primer ámbito.

A mi parecer, acierta Binder al observar que “... concentrar la solución de este problema [evitar la arbitrariedad] en la figura del juez ha sido el más constante desatino que hemos cometido y el modo como la tradición inquisitorial distorsionó la cuestión, hasta convertirla en la idea contraria”¹⁰⁶. El autor no desconoce que frente a un juez inmoral y deshonesto se estará más seriamente desprotegido, sino que advierte que el sistema penal no puede colocar sus esperanzas en la virtud moral del juez.

Resulta reconfortante advertir que la confianza absoluta en la moralidad del juez no ha sido un fetiche incuestionado, como parecen sostener algunos. Desde la riqueza histórica que nos traen diversas tradiciones, se ha observado que los jueces fueron apreciados también como seres humanos muy falibles. Cabe rememorar el episodio bíblico en el que aquellos “jueces”, después de haber intentado coaccionar a una digna hija de Israel llamada Susana, mujer “sumamente delicada”, para que consintiera en dar pie a sus placeres sexuales, la acusaron de adulterio por haberse negado. Allí Daniel advierte al pueblo en su rol “jurisdiccional” y con actual vigencia señala: “¿Tan torpes son, hijos de Israel, que condenan sin averiguación y sin evidencia a una hija de nuestro pueblo? Vuelvan al tribunal...” (Dn. 13, 1-64).

En síntesis, aquí se postuló desde varias perspectivas, una “prudente” desconfianza respecto del poder —excesivamente centralizado— del juez profesional, al tiempo que se remarcó la capacidad del ciudadano en el marco de un proceso reglado y con múltiples garantías y controles.

b) Del valor gnoseológico y epistemológico del veredicto popular.

¹⁰⁶ BINDER, 43.

Aquí se resaltarán en primer lugar, que las teorías del conocimiento y su diferenciación con la “creencia”, tal como refiere Finnis¹⁰⁷, serán sumamente relevantes en lo atinente a los fundamentos racionales que habrá de tener un veredicto. Aun desde otra mirada, tal como señala Binder, ese esclarecimiento —o búsqueda racional— tendrá por objeto último evitar la arbitrariedad o la condena a un inocente¹⁰⁸.

Se ha criticado al iusnaturalismo o a las corrientes que presuponen una interrelación entre la moral y el derecho, su racionalidad y la consecuente oponibilidad de una norma sobre la base de la razón práctica, señalando que, si alguno conoce lo que nos conviene a todos o a alguien “lo bueno”, entonces nos podrá imponer tal conducta¹⁰⁹. En este sentido, se afirmó que el ejercicio de la violencia muchas veces ha sido ejecutado por sujetos que creían en una verdad tan clara que hasta podrían imponerla a la fuerza.

Si bien se comprende la ilación lógica de tal argumentación, en primer lugar, se podría contestar que si tal violencia —por imposición— es caracterizada como injusta o ilegítima contra una persona, lo es en razón de apreciar bienes y criterios de razonabilidad práctica. Pero, en segundo lugar, más en conexión con el tópico tratado, debe afirmarse que la cognoscibilidad —en sentido amplio— del ser en sus trascendentales bien, verdad y belleza, no implica *per se* la necesidad de su imposición. Contrariamente, “lo bueno” en concreto, pero en potencia, podrá ser realizado de muchas maneras y formas que dependen de los sujetos racionales actuantes. Así, como primer paso, esa concreción —de la potencia al ser— será especificada de una pluralidad, muchas veces inconmensurable, de opciones y grados enteramente válidos en el plano de la razón práctica.

Por otra parte, en la mayoría de las ocasiones el bien no es “bueno” —en concreto— si no se ejecuta libremente desde la conciencia individual/libre o con la participación del sujeto y en los tiempos necesarios para la maduración de la decisión, por lo que una vez más cobra importancia el principio de subsidiariedad. Así esa bondad

¹⁰⁷ FINNIS, 91.

¹⁰⁸ BINDER, *passim*.

¹⁰⁹ GARZÓN VALLEJO, Iván, “Bien común, pluralismo y derechos”, en ETCHEVERRY, JUAN B. (Ed.), *Ley, moral y razón. Estudios sobre el pensamiento de John M. Finnis a propósito de la segunda edición de Ley natural y derechos naturales*, Universidad Nacional autónoma de México, 2013, 146.

pretendida, se transforma en negativa a través de un procedimiento que se vive sin autenticidad y como una imposición externa.

Tal apreciación no es del todo novedosa, ya Finnis al momento de precisar el concepto de “bien común” indicó que esta noción no lleva aparejada su imposición al individuo. En este sentido, como tercera acepción del concepto de bien común, refirió que se trata de “... un conjunto de condiciones que capacita a los miembros de una comunidad para alcanzar por sí mismos objetivos razonables o para realizar razonablemente por sí mismos el valor (o los valores) en una comunidad...”¹¹⁰. En un sentido análogo al aquí propuesto, aunque no aplicado al instituto en cuestión, Garzón Vallejo sostuvo que la coordinación del bien común en relación con el principio de subsidiariedad es responsabilidad del Gobierno¹¹¹.

Aquí no solo se parte de la confianza en la capacidad del individuo para alcanzar juicios con razonabilidad práctica mediante sus sentidos, su intelecto, su intuición, su resonancia afectiva, su sentido común, etc., sino que por añadidura este sujeto, inmerso en una comunidad dialogal y respetuosa de las convicciones, puede potenciar —con mayor legitimidad— el discernimiento de lo justo, lo verdadero, lo adecuado y lo bueno, al tiempo que es más representativo de las partes e intereses en juego. Es por ello que incluso aunque no se asuma un paradigma gnoseológico respecto de la capacidad de alcanzar criterios de verdad y razonabilidad práctica, el juicio por jurados ostenta un valor que Carlos Nino pudo apreciar —respecto del proceso democrático—, creo que con cierta independencia de la posición filosófica que se adopte.

Nino hablaba del “valor epistemológico” de la democracia e infería que “la discusión y la decisión intersubjetivas constituyen el procedimiento más confiable para tener acceso a la verdad moral, pues el intercambio de ideas y la necesidad de ofrecer justificaciones frente a los otros no solo incrementa el conocimiento que uno posee y detecta defectos en el razonamiento, sino que ayuda a satisfacer el requerimiento de atención imparcial a los intereses de todos los afectados”¹¹². A su vez, el autor citado no despreciaba con ello la factibilidad de alcanzar el resultado correcto mediante la reflexión

¹¹⁰ FINNIS, 184

¹¹¹ GARZÓN VALLEJO, 152.

¹¹² NINO, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, Ed. Gedisa, Barcelona, 2003, 161.

individual, pero advertía que el proceso colectivo tenía varios valores agregados y en última instancia es más confiable, en términos generales.

Por cierto, Nino no creía que mágica e irrisoriamente varias personas juntas otorgarían más valor a sus conclusiones. Contrariamente, apreció que la capacidad epistémica de la discusión colectiva estaba condicionada a una serie de elementos o requisitos. Así, refería que: i) todas las partes interesadas debían participar en la discusión y decisión; ii) todos deben tener una base razonable de igualdad; iii) no debe existir coerción; iv) que todos puedan expresarse respecto de sus convicciones y justificarlas con argumentos genuinos; v) la inexistencia de minorías aisladas o “congeladas”¹¹³; vi) y que los sujetos no deben encontrarse determinados o condicionados “por emociones extraordinarias”¹¹⁴.

Aun cuando el autor afirmaba que cumplidos esos prerrequisitos la mayoría no siempre daría con la respuesta adecuada¹¹⁵, remarcaba que el valor epistemológico general de la institución democrática provee una razón para obedecer la decisión, incluso en aquellos casos en los que nuestra reflexión individual no coincida con la conclusión adoptada.

Me permito advertir algunos puntos de conexión de ese pensamiento con lo que ya refería el mismo Aristóteles al abordar la cuestión sobre si es mejor el gobierno de los pocos mejores o de las mayorías —entendiendo que se refiere especialmente al ámbito deliberativo y judicial—: “En efecto, los más, cada uno de los cuales es un hombre mediocre, pueden, sin embargo, reunidos, ser mejores que aquellos [los más excelsos], no individualmente, sino en conjunto. Lo mismo que los banquetes, en que han contribuido muchos, son mejores que los sufragados por uno solo. Al ser muchos, cada uno tiene una parte de virtud y de prudencia, y, reunidos, la multitud se hace como un solo hombre con muchos pies y muchas manos y muchos sentidos; así también ocurre con los caracteres y la inteligencia...”¹¹⁶.

¹¹³ *Idem*, 192.

¹¹⁴ *Idem*, 180.

¹¹⁵ Nino refirió: “Esto no es una confirmación del eslogan demagógico *vox populi, vox dei*” (NINO Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, Ed. Gedisa, Barcelona, 2003, 181).

¹¹⁶ ARISTÓTELES, *Política*, 180-181.

Asimismo, el Filósofo nos dejó también una referencia a la riqueza que se experimenta en el tejido social, cuando se articula la pluralidad de caracteres y conocimientos en un proceso decisional: “Pues todos reunidos tienen suficiente sentido, y mezclados con los mejores son útiles a las ciudades, de la misma manera que el alimento no puro mezclado con el puro hace el conjunto más provechoso que una pequeña cantidad de alimento puro. Pero cada uno por separado es imperfecto para juzgar...”¹¹⁷.

En resumen, se aprecia que, con cierta prescindencia de la adecuación del resultado a parámetros racionales, la subsidiariedad “colectiva” en la búsqueda de lo adecuado, lo bueno, lo justo, otorga al proceso y al resultado un punto adicional de legitimidad a través de la implicación de una mayor cantidad de sujetos que representan a la comunidad de base y que, en última instancia, permitirá mayores posibilidades de que los destinatarios no vivan el veredicto solo como una imposición de algunos.

c) Del creciente aprecio por la participación ciudadana.

El valor del instituto analizado desde esta perspectiva —subsidiariedad— no solo está dado por la cantidad de sujetos implicados, sino por su representatividad, su cercanía al acusado, su cercanía con la ciudadanía, la atención imparcial a los intereses de todos los afectados, la partición republicana del poder y la no perpetuidad en el cargo, la centralidad de la audiencia de juicio de carácter público, la especialización del juez en el control concreto de las garantías penales y una consecuencia comunicacional para nada despreciable, tal como se abordará en el siguiente acápite.

Tal como he referido, en los últimos tiempos ha habido un creciente aprecio por la participación ciudadana en los poderes del Estado, lo que ha llevado, en Europa, Latinoamérica y otras partes del mundo, a una progresiva incorporación —en muchos casos, constitucional— de mecanismos de aportación ciudadana a los distintos procesos. Ahora bien, llama la atención que dicho auge se ha producido en ámbitos del poder que ya ostentaban un origen democrático.

El Poder Judicial carece de esa legitimación democrática —legitimación de origen—, pero lo hace en virtud de una necesidad práctica que se apoya, tal como refirió el profesor Vigo¹¹⁸, en las razones “constitucionales”, “ontológicas”, “axiológicas”,

¹¹⁷ *Idem*, 182.

¹¹⁸ VIGO, Rodolfo, *Poder Judicial y democracia, passim*.

“formales” o “procedimentales”, “históricas” e incluso “democráticas”, que permiten inferir la necesidad de que éste no encuentre su origen directo en la elección. Pero aquí no se impulsa en esos términos “la democratización del Poder Judicial”, sino la especificación de sus caracteres y función propias en orden al bien común, en el marco de una sociedad democrática.

Por eso a partir de esta ausencia del elemento democrático —que tiene como se ha visto un fundamento racional en el Estado de derecho— y ante la constatación de la “debilidad congénita” antes referenciada por Sagüés, es que cobra relevancia la implementación del mecanismo constitucional para provocar la participación ciudadana, sin pervertir la función propia del Poder Judicial.

Se ha referido que “la democracia deliberativa no solo se ejercita a través de la elección —mediante votación— de representantes, sino a través de todas las formas de participación ciudadana”¹¹⁹. Por su parte, Pérez Luño¹²⁰, al realizar un análisis del sistema constitucional español en referencia al tópico, verifica que en el ámbito de la administración de justicia “el principio de participación” se encuentra concretado por medio del jurado (art. 125, Constitución Española¹²¹).

También la doctrina social de la Iglesia incentiva fuertemente la participación ciudadana al expresar que “la comunidad política debe regular sus relaciones con la sociedad civil según el principio de subsidiariedad: es esencial que el crecimiento de la vida democrática comience en el tejido social...”¹²²; y Juan Pablo II, en la encíclica *Centesimus Annus*¹²³, indicó —según el CDS— que “todos deben mirar con confianza

¹¹⁹ Fabián Novak incluye dentro de los mecanismos: el derecho de petición, de información, de iniciativa, el referendo, los plebiscitos, la revocación, el voluntariado o la colaboración ciudadana, la participación en la gestión pública, los cabildos abiertos, las demandas de rendición de cuentas, la participación y de consulta de los pueblos indígenas, y la defensa de intereses difusos, entre otros. (NOVAK, Fabián, “Mecanismos de participación directa y fortalecimiento de la democracia representativa”, *Agenda Internacional*, Año XVIII, N° 29, 2011, 67-90 ISSN 1027-6750 <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6302317.pdf>)

¹²⁰ PÉREZ LUÑO, Antonio, *Democracia directa y democracia representativa en el sistema constitucional español*, Ed. Universidad de Sevilla, *passim*. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/909329.pdf>

¹²¹ “Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales” (art. 125, Constitución Española).

¹²² CDS, Pto. 419 y cctes.

¹²³ De fecha 1° de mayo de 1991 por el papa Juan Pablo II.

estas potencialidades y colaborar con su acción personal para el bien de la comunidad en general y en particular de los más débiles y necesitados. Es también así como se refuerza el principio de la «subjetividad de la sociedad»¹²⁴. Parece de interés que en la encíclica anteriormente citada el magisterio se pronuncia fuertemente en contra de una mentalidad individualista, al tiempo que exalta la subjetividad participativa del ciudadano como camino para conjurarla.

En el Fallo de la Corte Suprema Estadounidense “Powers v. Ohio”, en el que se discutía si un imputado —condenado— blanco podía cuestionar que el jurado no estaba compuesto por ninguna persona de raza “negra” —lo que le quitaba representatividad— se expresa de algún modo uno de los pilares de la institución del jurado en relación con poder judicial: “Los jurados preservan el elemento democrático de la ley resguardando el derecho de las partes y asegurando la continua aceptación de las leyes [el derecho] por parte del pueblo”¹²⁵. En este sentido, la participación ciudadana robustece la función propia del Poder Judicial.

En síntesis, desde la creciente conciencia de que el valor de la democracia no solo está dado por las votaciones periódicas, sino más bien por una forma de relación que implica mayores espacios de escucha, de diálogo, de intercambio y de consenso para la adopción de decisiones, ante la constatación de la debilidad congénita referida por Sagüés, se torna saludable el incremento de esos espacios también en el ámbito del Poder Judicial.

d) Del sentido comunicacional del veredicto popular.

No es novedoso el abordaje del “sentido comunicacional” que ostenta el derecho penal. Sería interesante un análisis de la resonancia social que produce la investigación penal preparatoria, el proceso, la audiencia de juzgamiento, la declaración de culpabilidad o inocencia, y la aplicación de una pena, aun cuando ese análisis rebasa por mucho las pretensiones de este trabajo. En un sentido análogo, se suele hablar de la “prevención general positiva” para hacer referencia a la “reafirmación de los valores de la conciencia jurídica de la sociedad a través de un sentido cuasi pedagógico, orientador y confirmatorio

¹²⁴ CDS, Pto. 420 y ctes.

¹²⁵ “*Juries preserve the democratic element of the law by guarding the rights of the parties and insuring continued acceptance of the laws by all the people*” (Corte Suprema de los Estados Unidos, “Powers v. Ohio.” Oyez, www.oyez.org/cases/1990/89-5011. Accessed 19 Dec. 2020.)

de la vigencia del orden jurídico”¹²⁶. En este punto, pienso que el instituto en cuestión favorece dicha interrelación comunicacional performativa y enriquecedora con la sociedad toda. Ello, en primer lugar, en tanto los actores judiciales, acusador y defensa, deberán plasmar en palabras comprensibles, aquellos conceptos que resulten útiles para la decisión del caso.

Segundo, ello motivará un debate, auténtico, que tendrá un marco racional en el derecho mediado por las instrucciones del juez. En concreto en ese proceso deliberativo se pondrá en juego el sentido común del ciudadano, que va a actualizar, comprender y adecuar las normas ético-sociales reales que imperan como valores en la sociedad. La cercanía de ese debate oral y público al interlocutor ordinario —otros ciudadanos expectantes— también propiciará una mayor legitimidad y comprensión de la decisión.

Tal como he expresado, la primigenia “delegación” del ejercicio de la fuerza punitiva en el Estado no supone que el discernimiento y acto de adjudicación de la pena en virtud del acto prohibido se hagan a espaldas de la sociedad. Contrariamente, de acuerdo con el principio aquí aludido, la ciudadanía debe estar incluida en tanto esa ruptura de normas supuso una violación a los principios ético-sociales y a los valores que se encuentran en la base auténtica de la sociedad. Es aquí donde la participación de la sociedad y el ciudadano parece exigible no solo en la conformación del orden social, sino también en la reparación del mismo al constatarse una violación y fractura.

En efecto, cierto es que “... los individuos eran quienes, al momento de constituir una sociedad, establecían ciertos valores, que permitían la vida social y el desarrollo de cada individualidad... un orden ético-social, a la vez que delegaban el poder punitivo en el Estado”¹²⁷. Considero que tal apreciación, aunque verdadera, es parcial en tanto supone una creación en un origen histórico, que parece culminar con la delegación. Allí se pierde de vista que los valores se desarrollan y modifican con algún dinamismo, tal como la sociedad, por lo que parece razonable que ese proceso debiera validarse o en su caso renovarse —con el debido respeto del principio de legalidad— respecto de un caso en el que se aplicará la mayor sanción del ordenamiento —con grandes repercusiones para el individuo y la sociedad—. Ello cobra más vigencia al considerar que el derecho penal

¹²⁶ YACOBUCCI, Guillermo J., *El sentido de los principios penales*, B. de F Ltda., Buenos Aires, 2014, 877.

¹²⁷ CILLERUELO, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Ad Hoc, CABA, 2018, 65.

busca una respuesta que logre motivar con orientación al futuro e incidir sobre las expectativas de los habitantes.

Por eso considero que tal delegación del poder punitivo no es una facultad que puede ejercerse discrecionalmente, sino que también debe practicar de acuerdo con el principio de subsidiariedad que sitúa al ciudadano en su rol soberano en aquellas funciones que puede desarrollar por sí —con asistencia de los organismos que correspondan—.

Así, el instituto en cuestión, considerado en forma holística, supone un enriquecimiento de todos sus componentes y partícipes que a mi parecer es encomiable, no solo respecto del resultado, sino sobre todo del proceso en sí mismo. El sociólogo Merton¹²⁸ precisa que los hechos sociales contienen “funciones manifiestas”, aquellas que fueron buscadas y que responden a necesidades, intereses y propósitos; a diferencia de las funciones “latentes”, que se encuentran “... bajo el umbral de la observación superficial”¹²⁹. En este sentido, el autor advierte que los contactos sociales no se limitan al fin estipulado y común, sino que extienden sus efectos ostensiblemente, más allá de la voluntad inicial. Así el instituto del jurado contiene, no solo una mayor legitimidad en cuanto procedimiento de enjuiciamiento criminal, sino también —y especialmente— cabría atender a las denominadas “funciones latentes” como hecho social. Sin hacer un examen exhaustivo de esta cuestión que corresponde a la sociología —y que motivaría un desarrollo autónomo—, como funciones latentes puedo contar: i) el “camino” de formación ciudadana que propicia; ii) el acercamiento de la ciencia jurídica y de los actores especializados respecto de la cultura real y la ciudadanía; iii) la simplificación necesaria del lenguaje para lograr la comprensión general de las posiciones de las partes y las instrucciones del juez; iv) el aumento del compromiso cívico —concreto—; v) el refuerzo del sentido de pertenencia al pueblo que genera a partir de la participación activa y la vivencia concreta del principio de igualdad ante la ley.

Tal como han referido Cilleruelo¹³⁰ y la doctrina clásica, el derecho penal, mediante la aplicación de una pena —frente al hecho consumado—, buscará

¹²⁸ MERTON, Robert K., *Teoría y Estructura Sociales*, 2ª reimpresión, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1970, *passim*.

¹²⁹ *Idem*, 72.

¹³⁰ CILLERUELO, 37.

preponderantemente la defensa y protección del bien jurídico —*ex post*— en la medida en que se logre la generación de conciencia en la ciudadanía. Por ello, todo el proceso de traducción y acercamiento de los conceptos al pueblo seleccionado y el proceso de deliberación y la consecuente interrelación con el poder jurisdiccional es algo que no se debiera desdeñar de esta antigua institución. En el reciente fallo de la Corte IDH al que hice mención, se calificó al instituto “[...] como una forma de devolver a la sociedad la confianza en el sistema judicial, como forma de democratización y acercamiento de la impartición de justicia a la comunidad, otorgándole un rol fundamental en aquellos delitos sensibles al orden público”¹³¹.

Son ya clásicas las referencias de Alexis de Tocqueville —jurista, sociólogo e historiador francés—, quien al describir (en 1835), fruto de sus viajes, el sistema norteamericano del jurado en la incipiente república manifestó que el instituto era “... uno de los medios más efectivos de educación popular...”¹³². También relató en modo descriptivo que “el ser elegido para jurado... hace sentir [al ciudadano] que tiene deberes con la sociedad...” y que “... la mayor ventaja del jurado está en que aumenta las luces naturales del propio pueblo”. Es interesante en cuanto que supone que todos tenemos una base gnoseológica común, algo así como un “sentido común” que posibilita “comprender la criminalidad de los actos”. Así Alexis de Tocqueville remarca que el instituto aumenta y potencia la capacidad intelectual del ciudadano ordinario al crear ese espacio auténtico para un debate que tendrá consecuencias no solo para el caso concreto, sino para la sociedad en toda su extensión.

En definitiva, si se parte de los “efectos sociales” que produce un veredicto por jurados a diferencia de un fallo profesional y del análisis de las “funciones latentes” —siguiendo a Merton— de los hechos sociales, parece evidente que el primero incrementa el poder performativo del veredicto mediante la participación de personas ajenas al proceso, la democratización del lenguaje y efecto multiplicador del debate y de su resultado.

e) **De la prevención ante el autoritarismo y la subsidiariedad para alcanzar bienes y valores comunes.**

¹³¹ Corte IDH, “V.R.P., V.P.C. y otros vs. NICARAGUA”, resuelto el 08/03/2018, Pto. 222.

¹³² HARFUCH, Andrés, *El veredicto del jurado*, Ed. Ad Hoc, CABA, 2019, 122.

Aun cuando aquí se parta de la capacidad gnoseológica del individuo y su sentido común¹³³ para alcanzar lo bueno, lo verdadero, lo bello, lo justo, etc., ello no empece lo trabajoso, arduo y limitado del pensamiento humano, ni la multiplicidad de formas que se pueden adoptar, ni la necesaria libertad del individuo en las concreciones. Por todo ello, dentro de las alternativas razonables para la resolución del conflicto del individuo con la ley penal, se ha de elegir aquella que realce la legitimidad de los actores jurisdiccionales en pos de robustecer la fuerza de la decisión y emitir un mensaje contundente respecto de la vigencia del orden básico.

Si bien se comparte, tal como lo he indicado, que el derecho no es tal si no responde a la razón práctica y no evita la arbitrariedad, cobra sentido lo referido por Raz en torno a la necesidad de dirigir la atención hacia la noción de autoridad a fin de robustecer la decisión, aportar razones para la acción y excluir el balance de razones. Etcheverry resume en este sentido: “La autoridad, para Raz, depende de que por lo menos algunas de las órdenes o instrucciones autoritativas de una persona sean consideradas por otras personas como razones para realizar un acto, junto con una razón excluyente para no abstenerse de actuar si tales razones entran en conflicto con otras razones”¹³⁴. Es necesario robustecer la autoridad misma, a fin de que sus órdenes sean respetadas y valoradas como razones autoritativas, y tal como se ha hecho referencia, aquí cobra virtualidad el concepto de “legitimidad”, que para María Inés Bergoglio —quien retoma en este punto el pensamiento de Weber— es “... la calidad de una autoridad o institución que conduce a la gente a sentirse obligada a seguir sus reglas o decisiones”¹³⁵.

¹³³ Desde una perspectiva aristotélico tomista —lo que se ha llamado “realismo”— el “sentido común”, aludido también por la CSJN en “Canales”, es central, común al ser humano y reñido con una concepción elitista del saber, al menos en comprensión básica y fundamental. En coincidencia Pedro de Sousa indicó respecto del pensamiento de Tomás de Aquino: “... apoyado en el conocimiento experimental de las cosas, una vez que la inteligencia conoce la realidad aprehendida primeramente por los sentidos y, de ahí, pasando por la abstracción, al concepto. El ser inteligible de las cosas sensibles no proviene de ideas innatas ni de apriorismos de tipo kantiano. El universal no existe en el mundo platónico de las ideas, sino que se alcanza a través de las particularidades de los seres que nos rodean. Para el realismo aristotélico-tomista, el sentido común es el vestíbulo de la filosofía y el problema del conocimiento...” (GALVÃO DE SOUSA, José Pedro, “El pensamiento político de santo Tomás de Aquino”, 834). <http://fundacionspeiro.org/verbo/1981/V-197-198-P-833-853.pdf>

¹³⁴ ETCHEVERRY, Juan B. “La relevancia del derecho que remite a la moral”, publicado en el *Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 212.

¹³⁵ BERGOGLIO, María Inés, “Participación popular y legitimidad judicial: A propósito del juicio por jurados”, XIII Congreso Nacional y III Latinoamericano de Sociología Jurídica, Viedma, 2012

Entiendo que el camino progresivo de selección —y *deselection*¹³⁶— del jurado, el contralor y la contribución del juez profesional en el campo de acción propio —el derecho—, el control de las partes, la oralidad y necesidad de que todo ocurra en la audiencia —los jurados no tienen acceso al expediente—, y la posibilidad de comprender, ante una eventual vía recursiva, todo a partir de lo sucedido en la audiencia de juicio, sin duda refuerzan la autoridad del jurado. Pero aun con todo eso, esa pluralidad seleccionada representa eficazmente al pueblo soberano, y lo que es más importante, cada jurado es realmente un par respecto del imputado.

El juicio por jurados se erige como un sistema capaz no solo de alcanzar razonabilidad en la decisión basada en el criterio común de los ciudadanos, sino que además robustece el acto decisorio con fundamento en la legitimidad de origen del jurado, lo que debería conjurar el autoritarismo y visibilizar que aun en la pluralidad, existen valores y bienes comunes que no resultan disponibles. Así, el principio de subsidiariedad resulta relevante al momento de concretar el razonamiento jurídico que concluye que: i) se violó una norma prohibitiva penal; ii) que se lesionó a la vez un bien de importancia radical y un valor social indisponible; iii) todo ello en una sociedad que busca resolver sus conflictos basándose en el diálogo, el encuentro y el consenso.

VI. CONCLUSIÓN.

El principio de subsidiariedad, en su dualidad prescriptiva —acción y omisión— respecto del Estado, permite realzar las capacidades y la libertad de la persona humana, aunque también nos otorga una conciencia de su finitud y la necesidad de asistencia comunitaria.

Por otra parte, hasta aquí he destacado tanto la importancia funcional del Poder Judicial como también la crisis de legitimidad, de origen y de ejercicio que éste padece. Tal déficit no puede ser subsanado —en nuestro sistema constitucional— mediante una pretensión de una “democratización” que implique la adopción de un criterio “electivo” de representación mayoritaria o dependiente —excesivamente— del poder político, pues

Comisión 6: Organización Judicial. Acceso a la justicia. 3.

http://www.sasju.org.ar/interfaz/blog_nivel_3/115/archivos/bergogliomines.pdf

¹³⁶ No existe a mi entender una palabra adecuada. El vocablo inglés parece más preciso, en tanto la conformación del jurado es un proceso complejo en el que interviene no solo la elección positiva, sino preponderantemente las recusaciones con y sin causa.

como se ha dicho, ello redundaría en un perjuicio del control de legalidad, el examen de racionalidad, la imparcialidad y la protección de las minorías, entre otras cosas.

Esto último, de alguna manera, ha sido puesto de relieve tanto por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal ¹³⁷, como recientemente por la CSJN¹³⁸ al señalar, respecto del Consejo de la Magistratura, que un criterio democrático, electivo y preponderantemente político para la elección de los Jueces, se aleja del diseño institucional del Poder Judicial Argentino y no es equilibrado.

Por esto considero que el instituto analizado a la luz del principio de subsidiariedad es de vital importancia, pues permite una vinculación del Poder Judicial con el poder soberano que enriquece y robustece el acto de justicia institucional llamado “veredicto”, que marcará al imputado —sea absuelto o condenado— para toda su vida, al confirmar el orden jurídico establecido. Aquí no solo dejo expresado que el ciudadano, con los debidos apoyos institucionales, puede realizar efectiva y racionalmente tal juicio, sino también que éste es quien se encuentra *prima facie* más próximo —existencialmente— al acusado: es un par. Por tanto, es quien ostenta más posibilidades de comprender su rol, su perspectiva y sopesar adecuadamente la prueba vertida y la relevancia de su conducta respecto de la expectativa social normativizada. En este sentido, solo ese contacto con el pueblo soberano permitirá constatar la efectiva ruptura de los valores sociales fundamentales que estructuran los roles asignados y especifican los “bienes” comunes indisponibles.

El proceso mismo y el veredicto de un jurado contienen un “valor” que algunos llaman “epistemológico”, debido —entre otras cosas— al diálogo, al respeto, a la búsqueda de consensos, a la pluralidad de conformación de miembros, al repaso de los valores esenciales comunes. Esto sumado a un encomiable sentido comunicacional para con los demás actores sociales, permite concluir en términos generales, que el veredicto de un jurado es difícilmente comparable a la calidad de la decisión definitiva de un juez profesional.

¹³⁷ Sala II de la CNACAF, CAF 29053/2006/CA1-CS1 Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y otro c/ en - ley 26.080 - dto. 816/99 y otros s/ proceso de conocimiento. 19/11/21.

¹³⁸ CSJN, CAF 29053/2006/CA1-CS1 Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y otro c/ en ley 26.080 - dto. 816/99 y otros s/ proceso de conocimiento. 16/12/21.

Por todo esto considero que muchas de las características estructurantes del juicio por jurados, se corresponden y se entienden mejor desde el principio de subsidiariedad, entre ellos:

- a.** La centralidad del ser humano —el ciudadano—, a cuyo servicio están las instituciones, inclusive el Poder Judicial.
- b.** El ejercicio del poder punitivo del Estado se ejerce ante la ruptura de valores y normas básicas y fundamentales de la sociedad, que son discernidos en concreto, por quienes vivencian efectivamente tales expectativas —los ciudadanos— y sin miradas que podrían estar afectadas, ser intelectualizantes o estar distanciadas del sentido común básico.
- c.** El dialogo estructurado entre los representantes directos del pueblo con el apoyo —asistencia— de los actores institucionales y el consenso alcanzado, otorgan al veredicto un valor y una legitimidad adicional, al tiempo que conjuran el autoritarismo.
- d.** La participación ciudadana afianza los vínculos sociales y dan poder a las normas que congregan al pueblo en el mismo sendero social. Se agrega el efecto multiplicador que dicha experiencia producirá en los actores y la resonancia social —amplificada por los medios de comunicación— que provoca el hecho de que quienes no tienen más en común que la pertenencia a un pueblo, coincidan respecto de la verificación —o no— de un hecho y la ruptura de normas y valores fundamentales.

En estos puntos y en otros que he referido visibilizo la cristalización constructiva del principio de subsidiariedad y de participación en el ámbito del Poder Judicial.

La doctrina social de la Iglesia aprecia que el principio de subsidiariedad propicia “... una adecuada responsabilización del ciudadano para «ser parte» activa de la realidad política y social del país ...”¹³⁹. Recientemente el papa Francisco indicó en la carta encíclica *Fratelli Tutti* que “lo que se necesita es que existan diferentes canales de expresión y participación social... Aquí muestra su valor el principio de subsidiariedad, inseparable del principio de solidaridad”¹⁴⁰.

¹³⁹ CDS, num.187, in fine.

¹⁴⁰ Carta encíclica del papa Francisco sobre la fraternidad y la amistad social, pto. 187.

En los albores del proceso democrático en su etapa actual, el profesor Vigo, en el prólogo de una obra atinente a la democracia —pero también al Poder Judicial—, refirió: “Si queremos realmente un futuro mejor para la Argentina, uno de los factores que juega como condición necesaria es, precisamente, el adquirir el hábito del diálogo, con todas las implicancias éticas que el mismo encierra”¹⁴¹.

¹⁴¹ VIGO, Rodolfo, *En torno a la democracia*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1990, 7.

BIBLIOGRAFÍA

ARISTÓTELES, *Política* (trad. Manuela García Valdés), Gredos, Barcelona, 1988.

BENENTE, Mauro, “Democracia deliberativa, platonismo y negación de la violencia del derecho. Nino, Gargarella y Michel Foucault”, Asociación Latinoamericana de Ciencia Política, Buenos Aires, 2010. Disponible en <https://cdsa.academica.org/000-036/429.pdf>.

BERGOGLIO, María Inés, “Participación popular y legitimidad judicial: A propósito del juicio por jurados”, XIII Congreso Nacional y III Latinoamericano de Sociología Jurídica, Viedma, 2012, Comisión 6: Organización Judicial. Acceso a la justicia. http://www.sasju.org.ar/interfaz/blog_nivel_3/115/archivos/bergogliomines.pdf

BICHARA, Maria O., “El juicio por jurados ¿vs? la garantía de la doble conformidad judicial”, <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/02/doctrina42873.pdf>

BINDER, Alberto M., *Derecho Procesal Penal*, Tomo V, Ed. Ad. Hoc, CABA, 2021.

BINDER, Alberto, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Ed. Ad Hoc. 1999.

BRAUN, Rafael, “La solidaridad en la sociedad libre”, en AAVV, *Revista Criterio*, Fundación Criterio, CABA, 1997, Número 2205.

CILLERUELO, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Ad Hoc, CABA, 2018.

CHAPLIN, Jonathan, “Las concepciones católica y reformada del papel del Estado”, *Stoa*, Vol. 4, no. 7, 2013, 121-148 ISSN 2007-1868, Cambridge, pág. 134-135
https://stoa.uv.mx/index.php/Stoa/article/download/459/pdf_64

DE ROSA, Eliana, “Paternalismo populista y principio de subsidiariedad: acerca de la imposibilidad del populismo para garantizar derechos fundamentales”, *Revista RYD República y Derecho* / ISSN-L 2525–1937 / Volumen IV (2019) / Dossier Facultad de Derecho / Universidad Nacional de Cuyo / Mendoza – Argentina
<http://revistaryd.derecho.uncu.edu.ar/index.php/revista/article/view/153/69>

ESPINOSA Diego. El principio de subsidiariedad en la política social: el caso de familias en acción. 2009.
https://www.researchgate.net/publication/49175278_El_principio_de_subsidariedad_en_la_politica_social_el_caso_de_familias_en_accion/citation/download

ETCHEVERRY, Juan B. “La relevancia del derecho que remite a la moral”, publicado en el *Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*
(<https://riu.austral.edu.ar/bitstream/handle/123456789/483/La%20relevancia%20del%20Derecho....pdf?sequence=1>)

FINNIS, John, *Ley Natural y Derechos Naturales*, Abeledo Perrot, 2000.

GALVÃO DE SOUSA, José Pedro, “El pensamiento político de santo Tomas de Aquino” (<http://fundacionspeiro.org/verbo/1981/V-197-198-P-833-853.pdf>)

GARGARELLA, Roberto, “La constitución de la democracia deliberativa según Carlos Nino”, *Comentarios Bibliográficos*.
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n3N1Abril1998/031Juridica14.pdf

GARZÓN VALLEJO, Iván, “Bien común, pluralismo y derechos”, en Etcheverry, Juan B. (Ed.), *Ley, moral y razón. Estudios sobre el pensamiento de John M. Finnis a propósito de la segunda edición de Ley natural y derechos naturales*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2013.

HARFUCH, Andrés, *Juicio por jurados. Investigaciones sobre la deliberación, el veredicto y la democracia*. Colección Jurados y Participación Ciudadana en la Administración de Justicia, Ad Hoc, CABA, 2014.

HARFUCH, Andrés, *El veredicto del jurado*, Ed. Ad Hoc, CABA, 2019.

Informes de Opinión Pública CIS UADE-VOICES Capital social: Confianza en Grupos Sociales. Centro de Investigaciones Sociales (CIS). Fundación UADE. *Voices Research and Consultancy*. ISSN 2618-2173, en <https://www.uade.edu.ar/investigacion/centro-de-investigaciones-sociales-cis/informes>].

JAKOBS, Günther, “¿Qué protege el derecho penal?: ¿Bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año 2001, Vol. 7, Número 11.

LINARES, Sebastián, “Sobre el ejercicio democrático del control judicial de las leyes”, Universidad de Salamanca. 7/02/2008.
http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182008000100008

LUIGI TAPARELLI D' AZEGLIO, *Ensayo teórico de derecho natural apoyado en los hechos: Volumen 1*, Ed. Imp. de Tejado, 1866.

MIRANDA-NOVOA, Martha, *El derecho a la educación a la luz del principio de subsidiariedad*, *Dikaion*, 24 (2).

MUÑOZ GAVIRIA, Diego Alejandro, “Aportes sociológicos de Max Weber para la discusión de lo legal o lo legítimo en el marco de una teoría de la autoridad”, en *Ratio Juris*, pub. 15/06/17, pág. 5. DOI: <https://doi.org/10.24142/raju.v12n24a14>

MARGEMAT PERALTA S.I., José María, IBÁÑEZ RUIZ DEL PORTAL, Eduardo, “Soberanía y subsidiariedad para un desarrollo humano integral”, *Revista de Fomento Social* 72/3-4 (2017), 469-479.

SAGÜÉS, Néstor P., *El Poder Judicial y el equilibrio institucional de los poderes del Estado*, Lexis Nexis, CABA, 2005.

SAGÜÉS, Néstor P., *Derecho constitucional. Teoría de la Constitución*. Editorial Astrea, 2017.

SANTIAGO, Alfonso, *Principio de subsidiariedad y margen nacional de apreciación. Articulación del sistema interamericano de protección de derechos humanos con los regímenes nacionales*, Ed. Astrea, 2020.

SELLÉS, Juan Fernando, “Razón teórica y razón práctica según Tomás de Aquino”, *Cuadernos de Anuario Filosófico*, Universidad de Navarra, Pamplona 2000.
<https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/4016/3/101.pdf>

SCHIAVO, Nicolás, “El juicio por jurados. La experiencia de Buenos Aires y Neuquén”, *Revista Ius et Praxis*, Año 25, N° 2, 2019, 223-260.

VIGO, Rodolfo, *En torno a la democracia*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1990.

WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán*, Editorial Jurídica de Chile, 1993.

YACOBUCCI, Guillermo J., *El sentido de los principios penales*, B de F Ltda., Buenos Aires, 2014.

YACOBUCCI, Guillermo J., *La deslegitimación de la potestad penal*, Abaco, Buenos Aires, 2000.

Fallos:

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, Sentencia de 2 de julio de 2004.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “V.R.P., V.P.C. y otros vs. NICARAGUA”, resuelto el 08/03/2018.
- Corte Suprema de la Nación Argentina, Exp N° 1681, “Recurso de hecho Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa”, 20 de diciembre de 2005.
- Corte Suprema de la Nación Argentina, “Canales, Mariano Eduardo y otro s/ homicidio agravado - impugnación extraordinaria”, 02/03/2019.

- Corte Suprema de la Nación Argentina, CAF 29053/2006/CA1-CS1 Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y otro c/ en ley 26.080 - dto. 816/99 y otros s/ proceso de conocimiento. 16/12/21.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos —STEDH—, “Taxquet vs. Bélgica”, 6 de octubre de 2010.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos —STEDH— “PAPON c. FRANCIA”, resuelto el 07/06/2001.
- Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, CAF 29053/2006/CA1-CS1 Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y otro c/ en - ley 26.080 - dto. 816/99 y otros s/ proceso de conocimiento. 19/11/21.
- Corte Suprema de los Estados Unidos, "Powers v. Ohio." Oyez, www.oyez.org/cases/1990/89-5011. Accessed 19 Dec. 2020.

Documentos eclesiales:

- Carta encíclica *Fratelli Tutti*, sobre la fraternidad y la amistad social.
- Carta encíclica *Quadragesimo Anno*.
- Carta encíclica *Rerum Novarum*.
- Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia, Pontificio Consejo “Justicia y Paz”.