

# EL JUICIO POR JURADOS COMO GARANTÍA DE LA CONSTITUCIÓN

**Por Edmundo Samuel Hendler\***

(Trabajo publicado en revista El Derecho, año 2000)

## **1.- El debate acerca del carácter de garantía de las normas sobre el jurado**

Las garantías se reconocen, en el Derecho Constitucional, como prerrogativas que se ejercen frente al estado para asegurar el goce de los derechos subjetivos. Estos últimos, a diferencia de aquéllas, son oponibles no sólo frente al estado sino también *erga omnes*. Ambos, garantías y derechos, integran la parte llamada dogmática de los textos constitucionales y constituyen una característica del constitucionalismo clásico, surgido a fines del siglo XVIII, cuyo rasgo distintivo es la finalidad de limitar al estado y dar seguridad al individuo frente a él.<sup>[1]</sup> En la Constitución Nacional argentina están incluidos en la primera de las dos partes en que se divide el texto, designada, precisamente: "Declaraciones, derechos y garantías".

El juicio por jurados aparece referido en la segunda parte del texto constitucional, designada "Autoridades de la Nación", donde se establece que es atribución del Congreso dictar las leyes necesarias para su implantación (artículo 75 inciso 12) y que es ése el modo en que deben concluir los juicios criminales ordinarios (artículo 118). Pero la referencia se encuentra también en la primera parte, la ya mencionada concerniente a declaraciones, derechos y garantías. El artículo 24 proclama que "El Congreso promoverá ... la implantación del juicio por jurados" y en textos de Derecho Constitucional se trata el tema bajo la rúbrica de los derechos y las garantías.<sup>[2]</sup> La disyuntiva que surge y que, por supuesto, no hubo necesidad de dilucidar mientras está y sigue estando pendiente el cumplimiento de esas normas, es si se impone con ellas una garantía que resguarda el derecho a ser juzgado, como solía decirse, "por sus pares", o si se trata de una estructura organizativa de las autoridades que ejercen el poder jurisdiccional. Como consecuencia se discute también si cabe declinar del derecho que asiste a cada uno, de ser juzgado con determinada forma de integración del tribunal, o si es obligatorio sujetarse a un modo de ejercicio de la autoridad que incumbe colectivamente a la soberanía popular.

La aparente ociosidad de la polémica resultó desmentida hace relativamente poco tiempo al surgir un cuestionamiento de ciertas reformas del proceso penal, las concernientes al juicio abreviado que, pese a ser ajenas al tema en sí, y pese también a persistir el cómodo desentendimiento del mandato constitucional, suscitó planteos referidos al alcance de las disposiciones en cuestión. Tuve ocasión de participar en el debate abogando por la primer alternativa, es decir por atribuir al juicio por jurados el carácter de un derecho garantizado a cada uno y, por ende, renunciable, en la nota intitulada: *El juicio*

*por jurados: ¿derecho u obligación?* que fue publicada en la revista *El Derecho* y en la obra colectiva *El juicio por jurados en el proceso penal*[3]. En aquella ocasión me hice cargo de la jurisprudencia del máximo tribunal norteamericano acerca de la interpretación del texto constitucional que es antecedente del nuestro, el artículo III de la constitución de los Estados Unidos que, a semejanza del artículo 118 de la Constitución Nacional (anteriormente, antes de la reforma de 1994, era el artículo 102), alude a que “todos los juicios criminales” se lleven a cabo por jurados, y la enmienda VI de la carta estadounidense que, si bien no tiene parangón en nuestro texto, aclara que se trata de un derecho que asiste a quien es acusado criminalmente. La cuestión desembocó en referencias históricas que puntalicé en esa oportunidad, recordando la coerción empleada en la Inglaterra medioeval para obligar a aceptar el jurado, contrastándola con el reclamo dirigido por los colonos norteamericanos al rey Jorge III, del jurado como “beneficio”, que es la que inspiró la independencia de los Estados Unidos y el texto de la constitución que es antecedente de la nuestra. En lo que sigue trataré de aportar nuevos datos que enriquecen y también, en parte, aclaran mejor esa referencia.

## **2.- Los antecedentes históricos**

La investigación de los hechos sociales presenta una dificultad al historiador inadvertido: la de las tergiversaciones que, inevitablemente, suceden en el devenir de los acontecimientos que se constituyen en costumbres de la sociedad y que hacen que éstas surjan como tales cuando la idea originaria y el sentido que tuvieron en un comienzo se ha perdido o vuelto anacrónico. La observación pertenece a Ortega y Gasset y tiene clara aplicación en el historial del juicio por jurados, según tuve ocasión de advertirlo en la obra que publicamos con Ricardo Cavallero *Justicia y participación: el juicio por jurados en materia penal*[4], lo mismo que en el ya recordado artículo *El juicio por jurados ¿derecho u obligación?* La indagación, de todos modos, de los antecedentes remotos de una institución, es imprescindible para entender su verdadero significado aunque, fuerza es reconocerlo desde ahora, no es válido derivar de ella un argumento concluyente en pro o en contra de ese significado, ya sea el originario, el actual o cualquiera de los surgidos en el tiempo.

Con esa salvedad es del caso recordar, en primer término, el antecedente del derecho romano. Mommsen describe el procedimiento ante el magistrado y los comicios explicando que la sentencia del primero, que podía imponer la pena de muerte o una multa, era susceptible de impugnación por el condenado oponiéndose éste a la ejecución de la pena mediante una apelación a la decisión última de la ciudadanía.[5] Está claro entonces que esa modalidad de participación ciudadana era un derecho que podía o no ser ejercitado por aquél en cuyo favor se encontraba establecido. El dato resulta corroborado con otra observación del mismo autor que refiere que muchas leyes romanas contemplaban una petición dirigida a los magistrados en general para que impusieran multas a los autores de hechos punibles, excediendo sus facultades coercitivas, de manera de permitir que el sancionado ejercitara el derecho de provocación a la ciudadanía[6]. La investigación histórica de un autor más

reciente, Bernardo Santalucia, apunta que el derecho de provocar la intervención del pueblo contra una medida represiva es anterior, inclusive, a la antiquísima *Ley de las doce tablas*[7]. Se trataba de un derecho, dice este autor, que sólo pertenecía a los ciudadanos, no a los extranjeros ni a los esclavos[8].

Más allá del derecho romano, una indagación muy completa es la efectuada por John P. Dawson, publicada en 1960 con el título *A history of lay judges* (Una historia de los jueces legos)[9] en la que, después de analizar los antecedentes de Grecia y Roma y las transformaciones de las prácticas en Francia, Alemania e Inglaterra a partir de la Edad Media, se plantea el interrogante acerca de las razones que explican la participación popular en la justicia. Aunque la primera alternativa que propone es de orden político --se trata de una cuestión vital de organización de la comunidad— sugiere también una explicación de índole sociológica: la mejor aceptación por los litigantes del juzgamiento por quienes son sus pares a la que le encuentra raíces en Roma en el procedimiento pretoriano de la república tendiente a restringir las atribuciones de los magistrados. La otra observación de interés es que el “juzgamiento por los pares” tiene que ver con el sistema feudal y con el derecho de los vasallos de ser juzgados por otros vasallos, especialmente en disputas con el señor feudal, o sea que la cláusula 39 de la Carta Magna de 1215 no era, como muchos creíamos, una prerrogativa reservada sólo por los barones del reino sino por todos los “hombres libres” (*freeman*). Entiende Dawson que esa característica, aunque originariamente no tenía que ver con el juicio por jurados, siempre significó una restricción al poder real y eso es lo que sirvió, siglos después, para convertirla en un símbolo de libertad frente a la opresión. Cita la obra de un tal Keeney *Judgment by Peers* quien habría demostrado que la famosa cláusula no procuraba abarcar toda clase de litigios privados sino que se refería especialmente a pleitos entre el rey y los súbditos. Con ese antecedente, y aun cuando Dawson no toma partido en la disyuntiva que nos interesa, parece claro que el histórico documento sólo pudo dar fundamento a un derecho individual frente a la autoridad.

El derecho común de Inglaterra es, de todos modos, en miras al texto de nuestra constitución, el antecedente histórico más significativo. De él surgió, por un lado, la constitución de los Estados Unidos, fuente de inspiración de la nuestra. Por otro lado, también influyó en la reforma de las leyes de procedimiento prohijadas por la Revolución Francesa que habrían de tener, a la vez, influencia, directa o indirecta, en nuestras leyes de procedimiento. Es indudable que el jurado norteamericano lo mismo que el francés, imitado por varios países europeos —al menos en sus comienzos— tienen parentesco con el consuetudinario *common law* de Inglaterra. De allí que convenga prestar alguna atención, brevemente, a sus ancestros, ya explicados en la obra *Justicia y participación* y espigados igualmente en el artículo *El juicio por jurados: ¿derecho u obligación?*

La práctica de los combates o duelos judiciales como mecanismo para dirimir los litigios fue llevada a Inglaterra con la conquista normanda en el siglo XI. Para superar los inconvenientes y los riesgos de esa práctica evitando que los

denunciantes tuvieran que enfrentar el combate, y para favorecer la centralización de autoridad por los monarcas, fue creado el sistema de las "encuestas" que en el continente europeo habría de desembocar en el establecimiento del sistema inquisitivo de procedimiento y que, en el territorio insular dio lugar a una práctica diferente. La encuesta era confiada en Inglaterra al vecindario de cada comarca y era la asamblea de esos vecinos la que "presentaba" ante los funcionarios reales itinerantes, a las personas sospechadas de cometer delitos. Al desaparecer otras formas de ordalía por órdenes de la iglesia de Roma del año 1215 —antiguamente eran respaldadas por los sacerdotes católicos-- los funcionarios ante los que se presentaban las denuncias tuvieron que acudir al testimonio de los mismos vecinos para decidir sobre la culpabilidad o inocencia de los denunciados. Como la imparcialidad de esos vecinos, que habían sido los denunciantes era obviamente cuestionable, en muchos casos los funcionarios reales ampliaban el número de ellos acudiendo a los de otras localidades. Recién en 1352 y a raíz de las protestas de los "comunes" se estatuyó concretamente el derecho de los acusados a recusar a quienes hubieran formado parte del conjunto de los presentantes de la denuncia. Eso condujo a la distinción de las dos especies de jurado: el *Grand Jury* o Gran Jurado o jurado de acusación y el *Petty Jury* o Pequeño Jurado o jurado de enjuiciamiento. Hacia 1376 se generalizó la costumbre de integrar el primero con veintitres personas que decidían por mayoría la formulación de la acusación y el segundo con doce personas de las que se requería un veredicto unánime para establecer la culpabilidad del acusado.

En el excelente trabajo de Leonard W. Levy dedicado a los orígenes del juicio por jurados en el que se explican los antecedentes que acabo de referir,<sup>[10]</sup> se distingue claramente el modelo de procedimiento acusatorio surgido con esa forma de juzgamiento y se consigna una observación importante: la característica distintiva del modelo acusatorio era el consentimiento del acusado, la que no resultaría desvirtuada, según este autor, por el hecho de que muchas veces se lo inducía por coerción. Con esa observación surge una perspectiva distinta de la que yo proponía en la nota *El juicio por jurados: ¿derecho u obligación?* La práctica de la "*peine forte et dure*" a la que me referí en ese trabajo, con la que se torturaba a los acusados hasta lograr que se sometieran al juzgamiento por los jurados, me sugirió contrastarla con lo ocurrido siglos después, cuando ese modo de enjuiciamiento fue reclamado como prerrogativa por los revolucionarios independentistas norteamericanos. Levy propone una mirada distinta del mismo hecho: tomando en cuenta que lo que se inducía por la coerción no era el reconocimiento de culpabilidad sino, simplemente, el manifestarse frente a la imputación de manera de permitir el juzgamiento --se trataba de obtener de su parte un "*plea*" o sea una declaración de culpabilidad o inocencia-- con lo cual, entiende, se consagraba el principio de que el juicio respondía a la voluntad del acusado y también, sostiene, el de que el más terrible delincuente tenía derecho a un juicio. Refiere igualmente Levy que la alternativa de sustraerse al combate fue acordada no solo al denunciante sino también al denunciado. Cuando se iniciaba el procedimiento por vía de una acusación privada, aquél podía invocar que se tratase de una denuncia inspirada por odio o malicia para buscar el amparo de

la autoridad, el que debía ser gestionado por medio de una orden real escrita, un *writ*, que implicaba al mismo tiempo aceptar el veredicto de la asamblea vecinal. Se lo conocía como el *writ de odio et atia*. Fue establecido en el reinado de Enrique II y se lo otorgaba contra pago de un arancel. Posteriormente se denominó *writ of life and limb* y la Carta Magna de 1215 lo hizo gratuito. [11]

Con la observación de Levy que acabo de referir no se desvirtúa la que yo había hecho en cuanto a la existencia de un contraste entre lo que acontecía en el medioevo y lo que habría de ocurrir siglos después. Lo que surge a partir de esa observación es un diferente enfoque del mismo hecho histórico que corrobora que, también en sus orígenes, el juicio por jurados era algo concerniente a los derechos del acusado y que a él le correspondía aceptarlo o no.

### 3.- El antecedente de los Estados Unidos

El antecedente que más interesa al intérprete de nuestra constitución es, claro está, el de los Estados Unidos, herederos de la tradición del *common law* inglés. El reconocimiento del carácter de garantía renunciable del juicio por jurados fue establecido en un precedente de la Corte Suprema que data del año 1930 en el que, también, se abordó con detenimiento el marco histórico de la cuestión. En el caso "*Patton v. United States*" resuelto el 14 de abril de 1930, [12] se entendió legítima la renuncia que el acusado había hecho, a ser juzgado por un jurado de doce personas, fundándolo en una prolija revisión de precedentes y en un análisis histórico que toma en cuenta, en particular, el contexto en que fueron adoptadas las cláusulas de la constitución estadounidense que se refieren al punto. Aunque en apariencia en ese caso se planteó una cuestión distinta --la de la admisibilidad de un jurado de sólo once y no doce integrantes—está claro que se discutía sobre la renuncia al juicio por jurados en si mismo ya que el tribunal daba por descontado que el único jurado válido como tal era el de doce personas. La doctrina del fallo no puede entenderse alterada por la circunstancia de que, con posterioridad, la Corte hubiese variado su criterio acerca de la exigencia de los doce integrantes. [13] La cuestión crucial abordada en "*Patton*", según se la enuncia en el voto del juez Sutherland, compartido por la mayoría de la Corte, está expresada en estos términos: "Las disposiciones constitucionales referidas al juicio por jurados ¿tienen por consecuencia establecer un tribunal que forma parte de la estructura del gobierno o solamente garantizan al acusado el derecho a esa forma de juicio?" La respuesta es concluyente en el sentido de esta última disyuntiva.

Ese criterio es el que fue criticado por Mario Magariños, en su voto como juez en un recordado precedente en el que se puso en cuestión la constitucionalidad de la ley que autorizó el juicio abreviado en los tribunales nacionales (ley n° 24825). La postura del magistrado, contraria a la admisibilidad de la abreviación del juicio, se sustenta, entre otras cosas, en el carácter indeclinable que atribuye al juicio por jurados establecido en la Constitución Nacional. Al polemizar con él, en la nota *El juicio por jurados ¿derecho u*

*obligación*.<sup>[14]</sup> cuestioné sus críticas al fallo "Patton" a las que llegué a calificar de aventuradas. Aunque sigo convencido de que la interpretación propiciada por Magariños es errónea debo sin embargo desdecirme del calificativo de aventuradas y admitir, en prenda de honestidad, que también otros autorizados autores han objetado el criterio de la corte estadounidense.

Akhil Reed Amar, en su obra *The Bill of Rights*, sostiene que la incorporación de la sexta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, que es la que habla del "derecho" al juicio por jurados y que, según la Corte en "Patton", complementa lo establecido en el artículo III que habla de "todos los juicios criminales", obedeció al propósito de garantizar el derecho a ser juzgado por un jurado del "distrito" en el que se cometió el delito, de donde sigue que el derecho renunciable para el enjuiciado era el de tener un jurado del "distrito". No habría consagrado en cambio el derecho a renunciar al jurado en sí mismo. En palabras de Amar: "eso demuestra una vez más que el juicio por jurados no siempre fue simplemente un derecho individual sino también una institución de localismo y soberanía popular".<sup>[15]</sup> Este autor objeta el criterio establecido en "Patton" y se atiene a un fallo anterior del mismo tribunal, de 1898 que, según afirma, habría sido dejado de lado por la Corte con el fácil argumento de que trataba el punto como simple acotación. De todos modos, los puntos de vista de Amar en el sentido de que el único derecho renunciable para el acusado es el de ser juzgado por un jurado "del distrito" pero no el de ser juzgado "por un jurado", son especulativos y no descartan la posibilidad de renunciar al jurado por la vía del reconocimiento de culpabilidad o "*guilty plea*".

El otro autor que ha tratado recientemente la cuestión en el aspecto histórico, Leonard W. Levy, a diferencia de Amar, rescata en todo momento la índole de garantía, que las disposiciones concernientes al jurado tienen, respecto de los derechos del acusado. Sus referencias a los antecedentes del texto constitucional estadounidense son bien ilustrativas. Menciona, por ejemplo, lo que se considera como la primera constitución del estado de Massachusetts, el documento conocido como "*Massachusetts Body of Liberties*" de 1641, en el que se autorizaba al acusado a elegir entre ser juzgado por jueces o por jurados. Lo mismo que el Congreso Continental de 1774 cuya Declaración de Derechos aludía a la "grande e inestimable prerrogativa de ser juzgado por sus pares del vecindario" (*the great and inestimable privilege of being tried by their peers of the vicinage*). También menciona la Declaración de Causas y Necesidad de acudir a las armas de 1775 en la que igualmente se alude al juicio por jurados como inestimable prerrogativa. Y, por supuesto, finalmente, a la Declaración de la Independencia en la que el Congreso recriminó al rey de Inglaterra Jorge III "por privarnos (a los colonos), en muchos casos, del beneficio del juicio por jurados" <sup>[16]</sup>.

En cuanto al fallo de la Corte estadounidense de 1898 invocado por Amar, difícilmente puede admitirse que haya fijado un criterio distinto al de "Patton". La cuestión tratada en ese caso era, principalmente, la de la irretroactividad de la disposición contenida en la constitución del estado que permitía el juicio por ocho personas y no por el jurado de doce. La alusión al carácter indeclinable del derecho del acusado aparece en la transcripción de un fallo anterior en el que

se discutía sobre el derecho a estar presente en el juicio. Por otra parte, aún los términos en que está concebido el fallo de 1898 resultan ambiguos y dan pie también a la conclusión contraria. Se alude en él al derecho a no ser privado de libertad sin el veredicto de un jurado y se lo califica como un derecho sustancial que le pertenecía al acusado (*it was his constitutional right to demand that his liberty should not be taken from him except by the joint action of the court and the unanimous verdict of a jury of twelve persons ... To hold that a state could deprive him of his liberty by the concurrent action of a court and eight jurors would recognize the power of the state not only to do what the United States, in respect of Thompson's crime, could not, at any time, have done by legislation, but to take from the accused a substantial right belonging to him when the offense was committed*). [17](Subrayado añadido)

La doctrina de "Patton", aunque indudablemente es la vigente en la jurisprudencia norteamericana y es la que se indica en los textos de la materia[18], debe ser objeto de una salvedad. La ley federal y las leyes de varios estados, al contemplar expresamente la renuncia al jurado que puede efectuar el acusado, le imponen como requisito que tenga también el consentimiento del fiscal o la aprobación del tribunal o, como ocurre con la ley federal, ambos requisitos. Con relación a esta última, contenida en las Reglas Federales de Procedimiento Criminal,[19] la Corte Suprema consideró constitucionalmente válida la norma sin perjuicio del derecho reconocido al acusado de renunciar al jurado. Ese derecho, entendió, no implica el correlativo de ser juzgado por un juez profesional. El presidente de la Corte, el prestigioso juez Warren, expresando la opinión del tribunal, reflexionó que: "La Constitución reconoce un sistema acusatorio como método apropiado para determinar la culpabilidad, y el Gobierno, como litigante, tiene interés legítimo en procurar que los casos que considera merecedores de condena sean juzgados ante el tribunal que la Constitución contempla como el más inclinado a producir un resultado justo".[20]

Es indudable que ese interés puede estar en pugna con el derecho del acusado a la renuncia y su reconocimiento desvirtúa de alguna manera el fundamento primigenio de ese derecho: el resguardo frente a las atribuciones de la autoridad. Tan sólo la consideración final de Warren tiende, al parecer, a morigerar la evidente incompatibilidad de ambas prerrogativas. Aclara el presidente de la Corte que la convalidación de la norma federal parte de la base de que un fiscal federal no es un litigante común y que cabe desechar la hipótesis de que fuera a reclamar un juicio por jurados por motivos innobles. La ingenuidad de la consideración resulta luego un tanto mejor explicada con lo que parece ser una salvedad de la salvedad: pueden existir razones que justifiquen la opción del acusado de no someterse a un jurado. Tales serían, por ejemplo, las pasiones, prejuicios o sentimientos del público. No, en cambio, el simple propósito de acelerar el trámite procesal que era lo único argumentado en el caso Singer. De manera entonces que la doctrina de la Corte a partir de ese caso puede ser interpretada en el sentido de que reconoce el derecho del imputado consagrado en la jurisprudencia anterior pero lo circunscribe notoriamente al hacerlo depender de que existan razones que justifiquen la renuncia al jurado. Esto, claro está, con referencia a la validez de los condicionamientos que una ley puede imponer a esa renuncia pero sin

desconocer que esta última es, de conformidad con el texto constitucional, atribución del inculpado.

#### **4.- La cuestión sustancial**

Concluyo, entonces, el aporte de datos históricos, con la observación de que el jurado en el que se inspiran las disposiciones respectivas de la Constitución Nacional tuvo, en sus orígenes, tanto en la carta estadounidense, como en el derecho común de Inglaterra o en el antiguo derecho romano, el significado de una prerrogativa individual cuyo ejercicio implicaba, de algún modo, un resguardo frente a la autoridad del gobierno. Consecuente, sin embargo, con la advertencia efectuada al comienzo de la incursión histórica, debo dejar en claro que esa comprobación de ningún modo implica un argumento concluyente en cuanto al punto de vista que sostengo. Sólo sirve para explicar mejor el significado de ese punto de vista. Los hechos sociales, como ya he dicho, están configurados en muchos casos con tergiversaciones de lo que pudieron ser en sus orígenes. El significado primigenio de una institución social es frecuente que quede desvirtuado, cosa que en el caso de que se trata ocurriría al establecerse una aplicación obligatoria, contra la voluntad de aquél en cuyo resguardo fue creada. La hipótesis no es descabellada y, de hecho, existen opiniones que la respaldan y ordenamientos jurídicos que la establecen.

Dejadas de lado, entonces, las argumentaciones que se basan en una interpretación histórica, y prescindiendo igualmente de circunscribir la polémica a una dilucidación siempre opinable sobre el alcance literal de los textos, el verdadero debate que interesa plantear es el referido a las razones sustanciales que abonan una y otra postura. De lo que se trata en definitiva es de evaluar cuál es el resultado preferible o, si se quiere, hacer una interpretación teleológica ponderando las finalidades a obtener con una u otra de las dos alternativas en juego. En otras palabras, lo que importa es optar entre el interés colectivo en una determinada modalidad de ejercicio del poder y el interés individual en conservar un resguardo frente al poder. En un caso habremos de entender las disposiciones relativas al jurado como inherentes a la parte orgánica de la constitución, de la misma índole que las que establecen, por ejemplo, la composición bicameral del poder legislativo que, obviamente, no son renunciables ni atañen a ningún individuo en particular. En el otro caso estaremos frente a una garantía individual de la misma índole que el derecho a no autoincriminarse que sólo puede ser ejercido o declinado por aquél a cuyo favor se lo reconoce.

Planteada de ese modo la cuestión es indudable que ella pone en juego el basamento mismo del sistema punitivo. De cuáles sean las metas que se entiendan perseguidas por ese sistema dependerá la preferencia por una u otra alternativa. Si nos atenemos, por ejemplo, a la prolija recorrida de los avatares del pensamiento penal que propone una obra reciente como la de Zaffaroni, Alagia y Slokar, la finalidad del derecho penal mismo se sintetiza finalmente, luego de verificar lo que estos autores llaman la genealogía, la decadencia y el impulso pensante, como la limitación y contención del poder punitivo en miras a minimizar la selectividad y la violencia que son universalmente inherentes al ejercicio de ese poder<sup>[21]</sup>. Por consiguiente, añadido por mi parte, la opción debería inclinarse en favor del sujeto sobre el que se ejerce el poder punitivo y no de la sociedad –democráticamente organizada o no—que lo ejerce. En

suma, la elección del modo de enjuiciamiento tiende a minimizar la selectividad y la violencia del castigo penal si se la deja en manos del enjuiciado mientras que, por el contrario, puede volverse peligrosamente virulenta y discriminatoria si queda en manos de la sociedad y, por ende, en las de quienes ejercen el poder en nombre de ella, por más que estos últimos la representen de la manera más democrática que cabe.

Enteramente coincidente con ese punto de vista, Luigi Ferrajoli, quien mejor ha expresado el significado de las garantías penales atribuyéndoles la función de deslegitimar la potestad punitiva, propone, como finalidad del derecho penal, la protección del más débil, considerando que esa rama del derecho es, al mismo tiempo, un instrumento de prevención de delitos y una técnica de minimización de la violencia y del arbitrio en la respuesta al delito.<sup>[22]</sup> El mismo Ferrajoli, en un artículo publicado en 1982, puntualizaba ya que el constitucionalismo moderno introdujo un cambio revolucionario en la naturaleza misma de la democracia al trascender de las normas formales que disciplinan los poderes públicos y consagrar principios y derechos fundamentales que garantizan una "democracia sustancial"<sup>[23]</sup>. Destaco de ese trabajo del autor italiano el párrafo siguiente "*Desde esta perspectiva, el estado de derecho precede a la democracia política, no sólo históricamente, en el sentido que nace con las monarquías constitucionales antes que con la democracia representativa, sino también axiológicamente, en el sentido que es un conjunto de límites y vínculos a la misma democracia política*"<sup>[24]</sup>.

Consecuente con esto último, Ferrajoli efectúa una afirmación importante para la disyuntiva que nos ocupa: sostiene que el juez no necesita contar con el consenso de la mayoría pero que, en cambio, es imprescindible que cuente con la confianza del imputado ya que, advierte, éste (el imputado) es: "... *habitualmente expresión no de la mayoría, sino de minorías más o menos marginadas y siempre en conflicto con el interés punitivo del estado y sus expresiones políticas.*" Aunque las fundamentaciones que invoca en sustento de su idea están referidas a las recusaciones amplias y sin necesidad de expresar causa de los jurados populares --el mismo Ferrajoli lo advierte al citar en respaldo de su punto de vista a los autores clásicos italianos: Beccaría, Filangieri, Pagano, Carrara, Luchini y Pessina-- este autor entiende que ese requisito se satisface con la posibilidad de recusación de los jueces profesionales que debe ser tan amplia cuanto fuera posible para el acusado y, asimétricamente, en cambio, estrictamente acotada para el acusador.<sup>[25]</sup> Por mi parte entiendo que el mismo fundamento que explica esa amplitud y esa asimetría, es decir la pertenencia frecuente de los imputados a minorías marginadas, justifica que se les brinden todas las opciones posibles: la de recusar jueces o jurados y aún también la de sustraerse a los consensos mayoritarios que cabe esperar sean expresados por un jurado popular. En otras palabras, la violencia y la selectividad del sistema se morigeran cuando el destinatario de ellas tiene posibilidad de elegir en qué sector de la sociedad habrá de reclutarse el tribunal que debe juzgarlo, incluyendo el de una oligarquía profesional presumiblemente ilustrada, y el de una representación popular seguramente expresiva de los criterios de la mayoría.

Aunque, en definitiva, la confianza en el juzgador postulada por Ferrajoli, en el caso de sectores marginales, es una aspiración difícil de alcanzar, resulta de gran importancia que existan cuantas alternativas sean posibles para lograrla. A pesar de que esa opción de alternativas pueda conducir a que el jurado popular sólo llegue a ser convocado en muy reducido número de casos, igual se satisface con ella el propósito garantizador de que se trata. Del mismo modo que suele ser frecuente que los imputados declinen del derecho a guardar silencio porque entienden más conveniente hablar y exponer sus descargos, es muy probable que también el derecho a ser juzgado por jurados sea declinado y que los imputados o sus defensores encuentren más favorable el juzgamiento de un tribunal profesional permanente. Esa verificación, sin embargo, no resta significado a una y otra garantía. Basta que uno entre muchos quiera valerse de ellas para que sea necesario que estén consagradas.

En síntesis, entonces, para dejar claro mi punto de vista debo decir que, en la disyuntiva de establecer el juicio por jurados como una modalidad orgánica de ejercicio del poder judicial o como una garantía del enjuiciado, me inclino decididamente por esta última. La perspectiva histórica de los orígenes del instituto, si bien no constituye una razón concluyente, da cuenta clara de ese funcionamiento garantizador que creo preferible. La idea de un derecho penal limitador del poder punitivo, por su lado, explica la preferencia.

\* Profesor titular en el Departamento de Derecho Penal y Criminología-Facultad de Derecho- Universidad de Buenos Aires.